

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

X 4589
1931-1932

DIPLOME D'ÉTUDES SUPÉRIEURES
Droit Romain et Histoire du Droit

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
DE
DROIT ROMAIN
APPROFONDI

rédigées d'après le Cours et sous le contrôle
de

M. COLLINET

Professeur à la Faculté de Droit de Paris



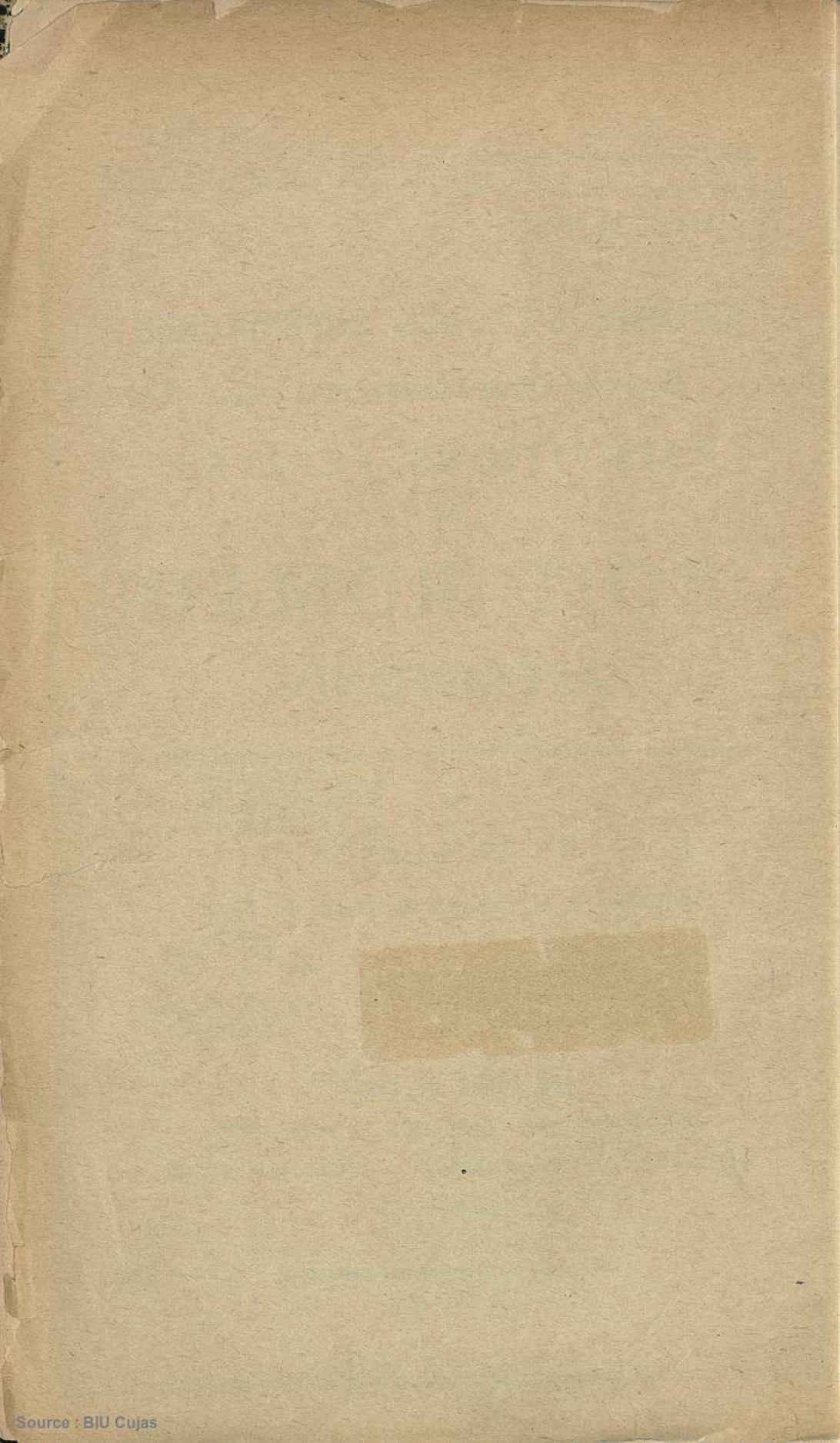
060 032554 7



" LES COURS DE DROIT "
RÉPÉTITIONS ÉCRITES & ORALES
RÉSUMÉS : — PRÉPARATION A L'EXAMEN ÉCRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)
— PARIS —

09335 14



LE PATRIMOINE.

AVANT - PROPOS.

A quels
étudiants
convient
le cours
de Droit
Romain
approfon-
di ?

Les programmes des Diplômes d'Etudes supérieures (D.E.S.) du Doctorat en Droit organisés par le Décret du 2 Mai 1925 sont assez compliqués. Les Etudiants ne s'y reconnaissent pas aisément. En particulier, ils ne voient pas toujours clairement les places respectives du Cours de Droit Romain approfondi et du Cours de Pandectes dans leurs programmes. Monsieur COLLINET va donc la préciser, avant de montrer l'intérêt que présente le cours qu'il va donner, non seulement pour les spécialistes en histoire du Droit, mais même pour les civilistes.

1° - D'après le Décret (art. 4) le Cours de Pandectes s'adresse aux Etudiants préparant le D.E.S. de Droit Romain et d'Histoire du Droit - à titre facultatif, comme seconde interrogation de Droit Romain. Donc les Etudiants de cette catégorie qui désirent être interrogés sur le Cours doivent le déclarer formellement au Secrétariat. Pour eux, l'interrogation sera faite suivant le mode traditionnel (en usage avant 1925 au 1er Examen de Doctorat ès-sciences juridiques) : traduction et explication d'un ou plusieurs des textes du programme de Pandectes.

La 1ère interrogation est une interroga-

tion prise dans le programme qui comprend le Droit Romain général, moins la procédure (sources, personnes, droits réels, successions).

II° - Le Cours peut servir aussi aux candidats de D.E.S. de Droit Romain et d'Histoire du Droit combiné avec le D.E.S. de Droit privé, Examen A (une interrogation de Droit Romain, à l'exclusion des obligations et de la procédure).

III° - Il peut servir aux candidats au D.E.S. de Droit privé (non combiné, comme de juste) qui, en vérité, quand ils choisissent le Droit Romain comme première option, ont pour programme les obligations, mais à qui il est utile de bien connaître le Droit Romain général comme préparation au Droit Civil.

§ 1 - Utilité du Cours de Droit Romain approfondi.

L'enseignement du Droit Romain dans les Facultés françaises a subi des fluctuations nombreuses sous des influences diverses, dont nous n'avons pas à considérer ici l'importance, le bien ou le mal fondé. Malgré ces fluctuations et même ces avatars, la chaire de Pandectes à Paris a subsisté depuis un siècle.

La chaire de Droit Romain Approfondi est de création plus récente. Elle répond, elle aussi, à un besoin, besoin qu'on aperçoit peut-être de moins en moins à mesure que l'étude de l'Antiquité classique apparaît à certains comme de moins en moins utile et où tout ce qui n'est pas le présent est de plus en plus attaqué. Voyons ses différences avec le Cours de Pandectes.

Caractéristique du Cours de Droit Romain approfondi.

Le Cours de Pandectes est, comme tous les cours de Doctorat, un cours spécial et approfondi. On n'y étudie qu'une seule matière plus ou moins vaste, mais cette matière unique, on l'étudie sous ses différents aspects, on la retourne et on s'efforce d'aller au fond des choses. Il existe, à la Faculté de Droit de Paris qui est la plus importante de France, et la plus grande Faculté de Droit du monde, un autre cours de Droit Romain destiné aux Etudiants de doctorat, notre cours de Droit Romain approfondi. La question pourrait donc se poser de savoir pourquoi l'autorité supérieure a créé ce Cours à côté de celui de Pandectes.

C'est que la méthode et le but de ces deux cours diffèrent. Dans le Cours de Pandectes on suit une méthode très particulière qui en fait la caractéristique dans tous les pays où il existe un

Cours analogue. Le professeur doit examiner les textes et ceci est caractéristique de son enseignement. La discussion de ces textes forme la trame même du cours. Comme parmi ces textes les plus importants sont ceux extraits du Digeste (ou Pandectes), le titre du cours se comprend de soi.

Le but du Cours de Pandectes est de montrer telle ou telle institution, telle ou telle doctrine des jurisconsultes dans les matériaux mêmes qui nous les font connaître (en licence on se borne à citer les textes sans les analyser). Sa méthode est de remonter aux Sources pour en tirer l'état du Droit Romain sur tel point particulier. Dans le Cours de Droit Romain approfondi, on suit la méthode que l'on suit dans tous les cours spéciaux de Doctorat, en particulier, dans les deux cours de Droit Civil approfondi. Le professeur choisit un sujet spécial qu'il étudie avec plus de détails et plus de profondeur qu'en licence où les maîtres ont si peu de temps pour traiter du programme entier. C'est dire qu'à la différence du Cours de Pandectes, l'on s'attache moins à l'exégèse et à la critique des textes de Droit Romain qu'à l'exposé des idées qui ressortent de ces textes et à la présentation des institutions ou des doctrines qu'ils révèlent. Les textes forment le substratum -, la substance du Cours, cela va de soi, - mais, dans notre Cours, ce sont les résultats qu'on obtient de leur examen qui l'emportent sur l'examen même des textes.

§ 2 - Méthode du Cours.

Méthode
du Cours.

Ces résultats, ces idées juridiques, ces institutions, ces doctrines, comment les présenterons-nous aux élèves? Quelle méthode suivrons-nous?

La méthode historique, naturellement, celle que l'on suit pour l'exposé du Droit Romain général (en licence) et même dans le Cours de Pandectes, celle qui prédomine depuis 30 ou 40 ans dans toutes les Facultés du monde.

Les caractères
de la méthode
historique
par op-

Le grand changement dans l'enseignement du Droit Romain a été en effet la substitution de la méthode historique à la méthode dogmatique. On le sait, la méthode historique, conquête du XIX^{ème} siècle, "le siècle de l'histoire", a éclairé quantité de choses que nos Anciens avaient tant de peine à comprendre; elle a donné à l'étude de l'Antiquité et du Droit Romain un intérêt qu'ils n'avaient pas autrefois (1). Dans son en-

(1) Outre les Manuels et les Précis connus, on trouvera la Bibliographie italienne dans l'opuscule de M.P. de Francisci, et la Bibliographie française dans

position
la mé-
thode dog-
matique.

semble, cette méthode est toute différente de la méthode dogmatique. Elle cherche surtout à reconstituer le Droit Romain tel qu'on peut supposer qu'il a été et à le reconstituer dans son évolution. Cette méthode décrit plus qu'elle ne systématise. La méthode historique s'efforce de décrire les institutions d'après les textes ou d'après les hypothèses raisonnées, plutôt qu'à forger un système juridique. Elle interprète les textes, non d'après l'esprit du commentateur, non en vue d'un système subjectif qu'il voudrait édifier, mais d'après l'esprit même du Droit Romain autant qu'on peut le connaître ou l'imaginer. La méthode historique fait état de toutes les sources, alors que le Pandectisme de jadis, fondé sur la méthode dogmatique, ne se servait volontairement que des textes de Justinien sans tenir compte de la différence d'époque des éléments qui composent sa codification. Enfin la méthode historique critique les textes pour y distinguer ce qui vient des classiques et ce qui vient des Byzantins, alors que le Pandectisme ne le faisait que rarement.

La méthode historique qui s'applique aux cours de Droit Romain généraux, s'applique a fortiori au Cours de Pandectes et à notre Cours. Il n'est pas inutile d'en indiquer les éléments.

Opérations
dont l'om-
loi cons-
titue la
méthode
histori-
que.

Les opérations dont l'ensemble constitue la méthode historique sont loin d'être des opérations simples et faciles. La plus petite découverte, celle qui paraît la plus simple, a coûté de la peine; elle ne nous paraît simple que parce qu'elle est simplifiée par le fait qu'elle dure. En histoire du Droit, la méthode nouvelle est bien plus compliquée que l'ancienne. La méthode dogmatique est relativement simple, étant essentiellement déductive et voisine de la méthode mathématique. La méthode historique est autrement compliquée, puisqu'il s'agit de retrouver dans un texte ancien le substratum de la pensée de l'Ancien qui l'a écrit. Quand il est si difficile d'avoir un témoignage exact sur le présent, on voit la difficulté d'interpréter un témoignage sur le passé, alors que les textes nous sont parvenus par des manuscrits plus ou moins impurs et que nous n'avons pas souvent le criterium nécessaire pour distinguer ce qui appartient à son auteur, ou ce qui procède d'additions postérieures.

M. COLLINET a essayé de définir les élé-

(1) suite)- l'opuscule intitulé "Bibliographie des Travaux de Droit Romain en langue française"-Paris, 1930 (sous la direction de M. P. Collinet). La Bibliographie allemande et autrichienne, si considérable, n'est pas encore sur le chantier. Mais on aura bientôt la Table des 50 premiers volumes de la "Zeitschrift der Savigny - Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung" qui sera très utile.

ments de la méthode historique dans ses Etudes historiques sur le droit de Justinien (Tome I. 1912- Préface générale) et il a eu le bonheur de constater que le regretté Huvelin avait émis des idées très voisines dans les premières pages de sa remarquable étude sur le Furtum (I. 1915).

Sans insister sur ces opérations, il est indispensable de les indiquer, puisqu'il faudra en faire l'application constante dans ce Cours. Cette méthode inaugurée par la philologie, étendue à l'histoire, a passé enfin au Droit. Le retard de notre science provient du fait qu'après les grands humanistes du XVIème siècle (Cujas), les romanistes sont redevenus trop juristes et que ceux du XIXème siècle ignoraient le mouvement philologique et historique des Facultés de lettres.

Voici le premier groupe d'opérations tendant à l'analyse du texte.

1° - Etablissement du texte; opération critique.

1° - Etablissement du texte. Bien entendu, si le manuscrit est bon et si le texte est reconnu pur, il n'y a qu'à le prendre comme il est. Au cas contraire, établir le texte, c'est le reconstituer (d'où une difficile étude des manuscrits), c'est l'épurer (d'où également l'expurgation hors du texte des gloses ou des interpolations qui ont pu s'y glisser) (1). Ce sont là des opérations critiques.

2° - Date du texte.

2° - Date du texte. La chronologie est la base de l'histoire. Il est donc extrêmement important de fixer la date du texte étudié. Cette date est quelquefois certaine (celle de quelques lois, des constitutions des Codes romains); le plus souvent, la date est approximative. Les gloses ou interpolations doivent être datées aussi, car il en est d'époques très différentes; toutes les interpolations ne viennent pas de Tribonien.

3° - Recherche des sources du texte; autre opération critique.

3° - Recherche des sources du texte. Au point de vue de la date précisément, il est bon de savoir s'il est sorti directement de la pensée de l'auteur ou si celui-ci s'est inspiré d'un auteur précédent. Il y a dans l'Etui de Nacre une admirable petite histoire à l'occasion de laquelle chacun loue le talent de l'auteur et son style. Cet admirable petit conte est copié presque textuellement sur la traduction de Grégoire de Tours, par Guizot. Les textes du Droit Romain qui sont

(1) Pour découvrir les interpolations, consulter l'indice de Guarneri Citati et l'Index interpolationum de Lev et Rabel, T.I et Supplementum I, Weimar, 1929 (Cf. Collinet et Giffard, Précis Dalloz, T.I., 3ème Edit. p. VIII n. 1).

(2) Lire l'article de M. Collinet Rev. hist. de droit 1928, p. 551 - 583; 1929, pp. 5-35.

moins attrayants pour le public que les textes des littérateurs sont quelquefois eux aussi les produits d'une copie d'un plagiat. La recherche des sources du texte sert au point de vue historique : la règle que l'on trouve dans un texte du III^{ème} siècle (Paul par ex.) ne date pas du III^{ème} siècle, mais du II^{ème} siècle si l'on découvre qu'il a été emprunté par Paul à Julien. Elle ne sert pas moins comme opération critique, car elle permet parfois de rétablir la leçon exacte d'un texte altéré.

4° - Exégèse du texte suivant une méthode à la fois juridique et critique.

4° - Exégèse du texte. Il s'agit de faire l'analyse de tous les mots, de bien comprendre leur sens. Dans cette exégèse on a longtemps appliqué la méthode des juristes, la méthode proprement juridique. Sans la négliger, aujourd'hui l'exégèse ne se fait plus en dehors des rapports que peut présenter cette analyse avec la critique elle-même. Il ne s'agit plus de méthode purement juridique, mais d'une méthode beaucoup plus souple et pénétrante, plus complète, mais plus délicate et qui est à la fois juridique et critique.

5° - L'interprétation du texte.

5° - L'interprétation du texte est distincte de l'exégèse, et à certains égards est une opération critique autant que juridique et historique, car le texte ne peut s'interpréter qu'en fonction de considérations de tous ordres, notamment des doctrines du jurisconsulte. Il y a là des choses très délicates; heureusement tous les textes n'offrent pas les mêmes difficultés, mais pour certains, il est difficile de savoir ce que l'auteur a voulu dire au juste. La "méthode des inscriptions" rend beaucoup de services à cet égard. Ce sont là 5 opérations que nous ferons bien rarement dans ce cours. Au contraire la base du Cours sera fournie par les opérations de synthèse dont il reste à parler;

6° - Synthèse des résultats obtenus par l'analyse des textes pour suivre l'évolution de l'institution.

6° - Les textes analysés fournissent une série de solutions individuelles. Il faut faire la synthèse de ces résultats. Difficulté lorsqu'il y a conflit de textes. Le conflit peut se résoudre parfois par la méthode historique au sens strict; on classera les textes dans l'ordre chronologique; on suivra à travers les textes la genèse et la marche de l'institution ou de la législation ou de la doctrine (1).

7° - Explication de cette évolution.

7° - La dernière opération sera l'explication de cette genèse ou de cette évolution de l'institution, explication qui prêtera naturellement à de nombreuses hypothèses. L'historien s'efforce d'expliquer la marche des institutions par l'état social, politique, économique, du monde romain, ou par la psy-

(1) Les opinions des jurisconsultes sont parfois irréductibles à l'unité (p. ex. dans la loi Lecta).

chologie des jurisconsultes, des empereurs, autant nous pouvons les reconstituer. Il y a donc là, après des opérations critiques, juridiques, historiques, emploi de la méthode sociologique, assez différente d'ailleurs de celle de certains sociologues réputés.

L'intérêt de ces études pour la formation de l'historien du droit et des juristes.

Ces opérations constituent d'excellents exercices pour la formation de l'historien du Droit, mais aussi pour celle des juristes, la très grosse majorité des étudiants. Dans ces opérations on a en effet, à examiner des facultés dont on trouvera l'emploi dans la vie pratique. Il ne faut pas s'imaginer que l'exégèse et la critique des sources du droit romain, la synthèse et l'évolution historique des institutions, l'adaptation de la sociologie du Droit sont inutiles dans la pratique. C'est aussi utile que la connaissance même des règles de Droit, parce qu'il y a toujours dans les affaires dont on s'occupera des problèmes nouveaux à résoudre et pour la solution desquels il faut non l'esprit de géométrie, mais l'esprit de finesse qui s'acquiert sur les bancs de la Faculté.

Mais il ne suffit pas d'avoir une méthode, d'en connaître les règles et de les appliquer aussi rigoureusement que possible à un sujet donné, car tous les romanistes modernes ont la conviction d'utiliser la même méthode, la méthode historique et cependant, d'une part, il reste encore dans l'histoire du Droit Romain bien des points à élucider et, d'autre part, sur les questions étudiées selon la méthode nouvelle et parfois même étudiées à fond par maint et maint romanistes des différents pays où notre science est le plus poussée (Allemagne, Autriche, France, Italie), les savants n'arrivent pas à se mettre d'accord: les controverses persistent, plus âpres que jamais à mesure que l'on découvre des gloses et des interpolations plus nombreuses dans le Corpus Juris Civilis et dans les sources extérieures au Corpus, comme les Institutes de Gaius et les Sentences de Paul (1).

Comment donc faire pour présenter aux élèves une reconstitution historique du Droit Romain assez sûre (car elle ne l'est jamais complètement en raison des lacunes dans les sources) pour leur inspirer confiance?

En quoi consiste-t-elle ?

Il faut que le savant, non seulement pratique la saine méthode, mais encore qu'il ait une doctrine. Une doctrine ? Alors, dira-t-on, on revient au dogmatisme ? Non point. Voici ce que M. Collinet entend par

(1) M. Collinet ne veut citer en exemple que l'histoire des contrats innommés encore si discutée dans sa reconstitution.

là. La doctrine, dont le savant doit se pénétrer, consiste essentiellement, à suivre quelques principes dont voici l'énoncé:

1° - Ne pas se soumettre aveuglément au dogme (car c'en est un pour beaucoup) de l'évolution "lente et continue" ou "graduelle". C'est une formule qui est devenue un vrai poncif. "Peu à peu" c'est une expression que répètent traditionnellement les étudiants à l'examen et ils n'en sont nullement les inventeurs.

Le dogme de l'évolution "lente et continue" vient d'une application à l'histoire du Droit du dogme de l'évolution en histoire naturelle, du transformisme de Lamarck ou de l'évolution de Darwin. Mais cette thèse n'est qu'une hypothèse, aujourd'hui rejetée par d'éminents naturalistes (1)

L'histoire des Institutions du Droit Romain pour nous en tenir à elle, est infiniment plus compliquée que ne le laisserait croire l'Evolution "lente et continue" considérant le droit "comme un produit organique de la conscience d'un peuple". (Savigny)(2).

Il y a à distinguer entre l'évolution proprement dite, c'est-à-dire le développement (qui peut être d'ailleurs brusque et morcelé) d'une institution et la révolution, c'est-à-dire l'apparition d'une face nouvelle, inédite, sans rapports avec les précédents, dans l'institution ou l'apparition d'une règle nouvelle, d'une interprétation nouvelle.

L'histoire du Droit Romain se compose à la fois d'évolutions et de révolutions.

Nous en trouverons des exemples dans le Cours de cette année et qui, n'étant discutés par personne, prouvent que le dogme de l'Evolution "lente et continue" n'est parfois qu'un mythe.

Et en terminant sur ce point nous formulons une Ière règle de conduite en disant: "Quand une institution nouvelle se présente avec des caractères juridiques diamétralement opposés aux caractères juridi-

(1) Lire en dernier lieu H. de Varigny, Revue des Sciences. La crise du transformisme, Journal des Débats 17 Juillet 1930 (sur la brochure l'Evolution en Biologie).

(2) Sur les limites du Dogme de l'Evolution en Droit Romain, Cf. Ed. Cuq, Manuel 2ème Edit. p. 11, n° 2; P. Bonfante, Corso di diritto romano, vol. VI, p.71-78.

ques de l'institution antérieure, elle ne peut sortir de l'ancienne" (1).

2° - Il convient alors de rechercher d'où vient l'institution nouvelle. Le problème est le même que celui qui tend à découvrir l'origine de toute institution autonome. Y a-t-il création des Romains ? Y a-t-il imitation par les Romains d'institutions étrangères c'est-à-dire en fait, helléniques ou hellénistiques, ou, peut-être étrusques (pour quelques-unes) ? Cela dépend. Le problème est encore ici plus compliqué qu'il n'apparaissait à nos Anciens.

Il va de soi que, pour découvrir l'origine de l'institution romaine par imitation, il faut percevoir une ressemblance - non de surface - (2) mais profonde (3) entre l'institution romaine et l'institution étrangère.

L'utilisation du Droit comparé antique sera donc notre 2ème règle de conduite.

3° - S'il résulte des recherches que l'institution nouvelle ou ancienne n'est pas imitée, qu'elle est une création des Romains - et ils en ont fait beaucoup - parce qu'ils avaient à un haut degré l'esprit pratique et juridique - il faut, pour en découvrir l'origine, se référer à l'état social, religieux, moral, économique (4), politique de Rome ou du monde romain (5).

Le tableau toujours présent à nos yeux de l'état social, économique, politique, moral de Rome et du monde romain dans ses variations au cours de cette longue histoire de mille ans (des XII Tables, 454 - 450 av. J.C. à Justinien, 527-565 ap. J.C.),

(1) Un exemple très caractéristique, mais encore discuté, se rencontre dans l'histoire de la vente romaine. Le système de M. Collinet fondé sur la doctrine qu'il expose ici même, se trouve formulé dans son Cours de IIème Année (1927-1928): la vente consensuelle, synallagmatique, et de bonne foi ne peut être une transformation de la vente par double stipulation (dont il n'existe au reste, aucun exemple) qui aurait été formaliste, composée de deux actes unilatéraux et de droit strict.

(2) Telles l'hypothèque grecque et la romaine.

(3) Tels le receptum argentarii et les pratiques grecques correspondantes.

(4) Tels les contrats consensuels

(5) Telles les nouveautés du Bas-Empire s'expliquant probablement par la lutte du Gouvernement contre les "potentes", en faveur des "humiliores".

nous servira à expliquer bien des choses. C'est notre 3ème directive. M. Collinet la précisera ainsi: "la reconstitution du développement historique d'une institution doit toujours s'adapter aux grandes lignes de la marche de l'histoire en général et de celles du Droit Romain en particulier". Ainsi:

a) Quand les auteurs écrivent qu'un principe de Droit a surgi très tôt après les XII Tables, surgi tout de suite avec une portée illimitée, - puis qu'il s'est restreint ensuite en droit classique - qu'enfin il a repris, sous Justinien de l'ampleur, mais sans atteindre à la généralité de ses origines (1) - on peut être sûr que leur doctrine est fautive, car elle choque l'idée simple que le Droit ne commence pas par les principes généraux.

b) Quand les auteurs imaginent qu'une règle à base psychologique ou morale a précédé, dans le temps, une règle à base réaliste (2) - on peut être sûr qu'ils se trompent, car le Droit commence par tenir compte de règles objectives avant de faire état de règles psychologiques, c'est chose connue.

D'où proviennent de telles erreurs si surprenantes de la part de savants romanistes ? Du fait qu'ils étudient une question limitée sans se préoccuper des questions voisines et sans avoir l'esprit toujours fixé sur l'histoire générale du Droit Romain, sur le développement même de l'ensemble des idées qui régissent l'histoire de l'humanité, sur la solidarité des phénomènes sociaux, car dans l'histoire de la civilisation d'un peuple tout se tient, religion, morale, économie, commerce, science, art, droit, et l'histoire du Droit s'éclaire par l'histoire même des facteurs du Progrès (ou du "Regrès", des régressions, s'il y lieu) (3).

4° - Dans l'histoire des institutions romaines, enfin il convient de ne pas négliger la manière dont s'est opérée leur transformation, c'est-à-dire pour préciser, de découvrir le rôle respectif des divers organismes qui concourent à cette transforma-

(1) Telle l'histoire des condictiones et de l'enrichissement sans cause d'après Pernice, Girard - Réfutation au Cours de IIème Année (1927 - 1928) et au Cours de Pandectes (1929-1930).

(2) Telle, dans la théorie d'Esmein, l'antériorité de l'exigence du titre putatif par rapport à celle du titre réel dans l'usucapion.

(3) Telle la régression du Droit Romain devenu un Droit populaire, en Occident, au moment des invasions barbares.

tion: en Droit Romain; c'est le rôle, assez négligé des sources du Droit, lesquelles pour parler d'une façon moins abstraite, sont l'oeuvre de personnages divers mais chacun pourvu d'une autorité propre: peuple (pour la loi) sénateurs (pour le S. Consulte), préteurs et autres magistrats (pour l'Edit), empereurs (pour les constitutions ou lois) pontifes, prudents ou jurisconsultes (dont le rôle, immense selon M. Collinet, n'est pas encore mis assez en lumière).

La 4ème directive résidera donc dans la fixation de leurs rôles respectifs. Spécialement, dans la mise en relief du rôle des prudents, (en tant qu'avocats consultants, conseillers des magistrats, des juges ou des Empereurs) et du rôle des juges mêmes (1)

§ 3 - Intérêt du sujet.

Justification du choix du sujet.

Dans les cours de doctorat, le professeur est libre de choisir le sujet de son cours, sujet limité puisqu'il doit être approfondi. Mais il y a différentes façons de limiter le sujet. Les premiers titulaires de cette chaire, M.M. Jobbé-Duval, Girard, Ed. Cug prenait des sujets assez larges, parfois même des morceaux du programme général. Leurs successeurs ont pris au contraire des sujets plus restreints. M. Collinet suivra l'exemple des anciens et prendra un morceau du programme général, il a choisi le patrimoine pour les raisons suivantes:

La notion du patrimoine est une notion fondamentale, cependant assez peu étudiée.

1° - les manuels et les cours passent très vite sur la question du patrimoine, ou plutôt ne s'attachent qu'aux éléments du patrimoine. On les étudie d'assez près en Première année, mais ce qui est beaucoup plus important, quoique négligé, c'est la conception même du patrimoine. Or, M. Collinet porte précisément son effort sur les notions fondamentales négligées par les livres (bonne foi - succession - patrimoine). Il y a même dans les éléments du patrimoine généralement étudiés par les livres des négligences, par exemple la notion de l'action.

Les civilistes, au contraire, ont eu l'attention retenue sur ces questions générales (Cf. Traité pratique de droit civil français de Planiol et Ripert T. III, avec la collaboration de M.M. Picard, Paris 1926). A l'étranger, il y a peu d'études sur le patrimoine en droit romain. Ainsi dans le livre fondamental de P. Bonfante, on chercherait en vain cette étude de la notion de patrimoine. Cependant on s'en est occupé en Allemagne parce que le droit romain a été pour l'Allemagne un droit pratique jusqu'en 1900. L'ouvrage fondamental est celui de Birk-

(1) Voir l'article de M. Collinet dans les Mélanges paraitra en 1932).

meyer, Das Vermögen im juristischen Sinn, 1879, Les Pandectistes ont dû se préoccuper de cette question; voir B. Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts 9ème Ed. par Kipp, T. I § 42 et la bibliographie).

2° - Cette matière se prête très bien à un cours de doctorat. En effet, le cours de doctorat, doit permettre à la fois des vues larges et des études de détail. Le sujet permet de présenter des vues larges, telle que la notion même de patrimoine qui est une notion fondamentale du droit de tous les pays et de tous les temps. Tout ce qui touche à la notion des choses, des institutions nous amène à ce qui est le plus élevé de la science, à la métaphysique juridique. De même quand on pénètre dans la notion des éléments mêmes du patrimoine, quand on étudiera ses éléments actifs et passifs, notamment la notion d'action, on s'élève au-dessus du niveau moyen et on arrive à une sorte de philosophie du droit.

Les études de détail ne manquent dans aucune matière. Nous pousserons aussi en détail l'étude de quelques questions comme la formation du patrimoine, sa diminution, sa perte qui soulèvent des questions d'un certain intérêt en droit romain.

3° - La matière est intéressante à tous égards. Le droit romain, en effet, a été un droit très complexe et très complet, où les qualités des Romains qui sont juristes par essence se sont données libre carrière. Les textes nous montrent un effort adéquat de ces jurisconsultes qui mériteraient plus de louanges qu'on ne leur donne d'ordinaire. A côté d'Ulpien, de Papinien, il y a des jurisconsultes créateurs comme Gelse, Julien, et avant eux des jurisconsultes comme Labéon, sur lequel le grand travail critique commencé par Pernice n'a malheureusement jamais été achevé.

Notre sujet est intéressant d'abord au point de vue du droit pur. Nous verrons à ce propos les rapports entre le patrimoine et la personnalité.

Le sujet est intéressant au point de vue économique parce qu'il s'agit de la composition du patrimoine, c'est-à-dire des biens. Mais nous n'avons guère de documents, notamment statistiques, pour faire une étude économique en droit romain.

Au point de vue de l'histoire, le sujet est intéressant. Il partira de la loi des XII Tables pour aboutir à Justinien. Nous aurons un millier d'années devant nous, pendant lesquelles nous essaierons de suivre l'évolution de notre institution, ce qui n'est pas toujours facile, car nous n'avons pas tous les

e sujet per-
et à la fois
l'exposé de
ues lar-
es et des
tudes de dé-
ail.

Le sujet est
intéressant
au point de
vue juridi-
que, économi-
que, histori-
que et au
point de vue
de la meilleu-
re compréhen-
sion du droit
français.

textes et ceux que nous possédons sont souvent interpolés. Nous aurons donc à examiner des problèmes délicats de chronologie et de critique des textes.

4° - Le sujet, enfin, peut servir à une meilleure connaissance du droit moderne. Dans un sujet de ce genre on donne la main aux civilistes et on aide à la compréhension du droit civil mieux que par une étude spéciale sur l'esclavage ou la mancipatio. Malgré certaines particularités qui font du droit français un droit distinct du droit romain, il y a des rapports étroits entre la conception ancienne et la conception moderne,

§ 4 - Plan du cours.

Il faut choisir un plan très simple.

- I° Partie - Notion du patrimoine.
- II° Partie - Composition du patrimoine.
- III° Partie - Variations du patrimoine.
- IV° Partie - Transmission du patrimoine.

Nous allons du reste faire des réserves: nous ne promettons pas de traiter tous les points de chaque partie, ce qui nous entraînerait beaucoup trop loin. Pour les points qui ne seront pas traités, je renverrai aux deux manuels de Girard, 8ème Ed. revue par Senn et de Cuq, 2ème Ed. et à la rigueur aux manuels étrangers.

Au point de vue de la méthode, M. Collinet essaiera de donner une vue complète du sujet. On peut y arriver en ramenant les matières du cours à des idées générales et en particulier en ramenant vers la conception même du patrimoine des matières disparates, des notions qui ne lui sont pas ordinairement rattachées dans les cours, les Romains eux-mêmes ayant donné l'exemple de les traiter ailleurs.

Le cours aura des points de contact avec celui de l'an dernier sur les successions. Cela n'a rien d'étonnant. La succession, ou mieux l'hérédité, n'est en réalité que le patrimoine, le patrimoine du défunt transmis à son héritier, autrement dit le patrimoine tel qu'il est dévolu après la mort, avec tout de même une différence: que la consistance de l'hérédité et la consistance du patrimoine ne sont pas identiques; la notion d'hérédité ne recouvre pas absolument celle de patrimoine, elle présente un "moins"; parce qu'il y a des droits et des charges intransmissibles; elle présente aussi un "plus" parce qu'il y a au contraire des droits que l'héritier possède et que ne possédait pas le défunt: c'est exact aussi bien en droit français qu'en romain.

PREMIERE PARTIE

NOTION DU PATRIMOINE.

Quelques définitions.

Les définitions modernes du patrimoine sont nombreuses. Ces définitions ne sont que des variantes d'une seule définition type donnée aussi bien par les civilistes que par les romanistes. En voici quelques-unes.

Dans le Traité élémentaire de Planiol et Ripert T. I. XI^e Ed. p. 697: le patrimoine est l'ensemble des droits et des charges d'une personne appréciables en argent.

MM. Colin et Capitant, Cours élémentaire I. 7^e Ed. p. 108 disent: l'ensemble des rapports de droit appréciables en argent qui ont pour sujet actif et passif une même personne. Parmi les Romanistes, Accarias (I. 4^e Ed. 482) dit: l'ensemble des droits et des charges pécuniaires qui appartiennent ou incombent à une personne.

M. Cuq, Manuel 2^e Ed. p. 235: c'est l'ensemble des droits actifs et passifs susceptibles d'une évaluation pécuniaire et appartenant à une personne déterminée. (Cf. aussi Kipp note sur Windscheid, T. I. p. 178 n^o 1).

Tout cela c'est la même définition avec quelques différences dans l'expression. Disons: "C'est l'ensemble des droits et charges d'une personne appréciables en argent". C'est la définition de Planiol qui est encore la plus simple.

Mais y a-t-il une définition romaine, une définition donnée par les Romains? Les Romains n'ont pas laissé de définition du patrimoine. En général il n'ont pas laissé beaucoup de définitions, ils ont laissé des descriptions, mais peu de définitions proprement dites. Pas plus qu'ils n'ont défini le contrat ou le délit, ils n'ont défini le patrimoine. Mais ils ont bien eu une notion du patrimoine et nous verrons qu'ils ont même plusieurs termes pour désigner le patrimoine.

Chapitre I - Etude philologique de ces termes

Chapitre II - Recherche de la structure du patrimoine.

Chapitre I.

TERMES LATINS DESIGNANT LE PATRIMOINE.

Ce n'est pas une pure et simple question philologique, et ce chapitre sera dominé naturellement par l'idée de droit. La philologie peut apporter un concours utile à l'histoire du droit et réciproquement; c'est, suivant l'expression de M. Cornil, l'entraide philologico-juridique (Cf. Dict. Etym. de la langue latine de Ernout et Meillet, -1931).

Technicité
moins gran-
de de la
langue la-
tine que de
la françai-
se.

Pour désigner l'ensemble des biens d'une personne, la langue française n'a que peu de mots qui, comme tous les mots juridiques, sont des mots techniques - c'est-à-dire des mots qui ne peuvent se prendre l'un pour l'autre indifféremment. Ainsi, on dira patrimoine quand il s'agit d'un vivant; hérédité, héritage ou succession quand il s'agit d'un mort; quand il s'agit du patrimoine d'un vivant, commerçant en faillite, on ne dit plus son patrimoine, on dit la masse. - Les Romains n'ont pas toujours ce souci de la technicité qui est un souci moderne. Il s'ensuit que les Romains tantôt ont plusieurs mots pour la même chose et tantôt un seul mot pour dire plusieurs choses. Les Romains ont plusieurs mots pour dire la même chose, des synonymes. Nous le verrons bientôt à propos du patrimoine. A l'inverse ils n'ont qu'un mot pour dire plusieurs choses: *Pignus* désigne à la fois le gage et l'hypothèque (sans doute on trouve aussi le mot *hypotheca*, mais plus rarement.) Un autre exemple, qui nous intéresse beaucoup plus, est le mot *familia*, qui se prend à la fois dans le droit des personnes et dans celui des biens et dans celui des successions: il veut dire famille dans ses trois sens: au plus large, gens, au sens moyen, famille agnatique, au sens étroit domus. Il désigne aussi l'ensemble des biens d'une personne ou une partie de ceux-ci. Enfin il désigne l'hérédité d'une personne.

Termes di-
vers dési-
gnant le pa-
trimoine dans
une fideicom-
mis d'hérédité.
D., 36, I. 15,
8 et 17.
Ulpien.

Il y a encore d'autres termes qui désignent le patrimoine. Ils sont rassemblés, non pas dans un texte, mais dans un groupe de textes qui se suivent au Digeste et qui est constitué par un texte d'Ulpien, coupé en deux morceaux séparés par un fragment intercalaire de Paul. On peut s'étonner qu'un texte d'un jurisconsulte soit coupé par intercalation du texte d'un autre auteur. Ces textes intercalaires

sont en général très petits (ici, deux mots) et les auteurs se sont demandés pourquoi on a procédé ainsi. C'est assez difficile à discerner. (I) Le texte d'Ulpien est extrait du Liv. IV de fideicom. Dig. 36, I ad. S.C. Trebellian, 15, 8 et loi 17 pr. séparés par un petit fragment de Paul (L. II Fideicommiss) D.H.T. 16. Ce groupe de textes énumère tous les termes divers que peut employer dans un fideicommiss d'hérédité quelqu'un qui dispose en faveur d'une première personne, fiduciaire, chargée de remettre au fidéicommissaire la fortune qui lui est laissée. Il peut y avoir ainsi des fideicommiss successifs à l'infini (Etudier pour l'examen le fideicommiss d'hérédité, outre les manuels cf. Declareuil Mélanges Gérardin 1907 p. 135-157). Les termes qui désignent le patrimoine dans le fideicommiss d'hérédité sont très nombreux.

L. 15 § 8: Bona . Familiam, pecuniam, universam rem suam; L. 16: omnia sua; L. 17 pr.: patrimonium, facultates, quidquid habeo, census meum, fortunas meas, substantiam meam, peculium meum: mes biens, ma famille, ma pecunia, ma chose universelle, tous ses biens, son patrimoine, ses facultés dans le sens de richesse, tout ce que je possède, census meum (mon capital par opposition à revenu), ma fortune..... Tous ces termes désignent la même chose, le patrimoine qui est pris ici dans le sens d'hérédité puisqu'il s'agit d'un fideicommiss d'hérédité. Nous verrons plus tard ce qui distingue le patrimoine et l'hérédité, mais dans le fideicommiss d'hérédité, c'est au point de vue des biens, la même chose. On sait aussi que la restitution dans le fideicommiss d'hérédité s'opérait en vertu du S.C. Pégasion. Mais Justinien parmi les fusions d'institutions qu'il a opérées, a fondu aux Inst. II. 23 § 7 le S.C. Pégasien avec le S.C. Trébellien et il n'a laissé subsister que ce dernier. C'est pourquoi il y a dans le texte une interpolation manifeste, au lieu de Trébellien il faut lire Pégasien. Cette fusion de deux senatus-consultes est une des nombreuses mesures de simplification des commissaires de Justinien et c'est un de leurs mérites. (Cf. Collinet, L'originalité du Digeste, article cité). Il y aurait d'après M. E. Albertario, professeur à Rome, plusieurs autres termes interpolés dans ce texte (Benfante, Corso di D.R. VI p. 101 n.1.).

Avant d'arriver à l'étude des principaux de ces termes, signalons qu'on trouve dans d'autres textes des expressions synonymes: omne jus, totum jus,

(I) Cf. Collinet, Conférences d'Oxford; problèmes généraux soulevés par la législation de Justinien, et Conférence de l'Université Catholique du Sacré-Coeur de Milan: l'originalité du Digeste.

universum jus, tout le droit, le droit tout entier, le droit universel (renvoi au Ch. II).

Pour nous en tenir à nos termes, quelques-uns sont de la langue courante et n'ont pas besoin de commentaire: universum rem suam, omnia sua facultates, quidquid habeo, census meum. Fortunae meas pourrait bien être interpolé à cause du pluriel de redondance (Guarneri Citati. Index des interpolations V° fortuna) Peculium meum: On sait ce qu'est le pécule; ici le terme ne désigne pas le pécule proprement dit attendu que celui qui a fait le fideicommiss d'hérédité est un sui juris; il n'a pas le pécule, lequel est réservé à l'alieni juris. Le mot désigne ici le patrimoine, comme le prouve la suite du texte: ici pécule doit se prendre dans le sens de patrimoine, parce que la plupart des hommes appellent peculium leur patrimoine et ils l'appellent patrimoine "upokoristikos" (Mommsen = diminutive) terme intéressant qui montre que les Latins, pour faire les pédants ou parce qu'ils n'ont pas de termes en nombre suffisant, emploient le grec et en outre terme intéressant en soi et qui montre que la plupart des hommes restreignent leur pensée en employant un diminutif.

Les autres termes sont bien plus intéressants et appellent un commentaire. Ce sont dans l'ordre historique de leur apparition:

Familia pecuniaque (§ 1)

Patrimonium (§ 2)

Bona (§ 3)

Substantia (§ 4)

Ces termes sont synonymes dans les fideicommiss d'hérédité, comme le déclare Ulpien, mais ne l'ont pas toujours été. L'histoire philologique de ces termes coïncide avec celle du droit lui-même. A l'origine ils ne sont pas synonymes s'appliquant à des biens différents (c'est le cas de familia et pecunia ou à des biens soumis à des régimes différents, soumis soit au régime du droit civil, soit au régime du droit prétorien. Il faut donc reconnaître que les Romains qui ne respectent pas toujours la technicité ont au moins un sens relatif de celle-ci. Si on étudiait les mots au point de vue philologique et de l'évolution on expliquerait très bien ce phénomène, le passage de la technicité à la non technicité; à un moment ces mots se sont vidés de leur contenu et ont désigné le patrimoine.

§ I - Familia pecuniaque (I)

Ces termes célèbres apparaissent comme très anciens dans la langue latine. Ils sont certainement antérieurs à la fondation de Rome car ils existent dans les autres langues italiotes. Ils figurent à plusieurs reprises dans la Loi des XII Tables, qui sont le premier document législatif de Rome, puisque les *Leges Regiae* ne sont pas des lois royales et ne contiennent pas de droit privé. Cette loi des XII Tables serait d'après les annalistes de 300-304 (454-450). Les textes de la loi des XII Tables qui contiennent ces mots sont très connus (Girard, Textes, p. 14).

I^o Table V § 3 : "Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto"; La traduction est délicate à raison de la grande controverse sur le sens du mot *legassit* et d'une controverse secondaire sur le sens de *pecunia*. Sur le mot *legassit*, la plupart des auteurs estiment qu'il signifie ici tester, faire son testament par une loi votée par le peuple, le testament *calatis comitiis*. Pour d'autres auteurs, on doit traduire, comme on traduit d'ordinaire le verbe *legari*, par léguer. D'un côté il s'agirait de l'institution d'héritier et de l'autre du legs.

Traduisons donc des deux façons: "comme il aurait testé (ou comme il aurait légué) sur le patrimoine (encore s'agit-il de tout le patrimoine?) et sur la tutelle de son bien (lorsqu'il laissera des enfants impubères, car la tutelle ne porte que sur les biens du pupille), qu'ainsi doit le droit". Or, peut-être la controverse va-t-elle s'apaiser, grâce à l'article de M. Ch. Appleton (à paraître dans les *Mélanges Gény*). Il indiquera que le mot *legari* veut dire ici "exprimer la loi". Mais exprimer la loi, cela ne veut pas dire ce qu'on entendait jusqu'ici, une loi ordinaire, une loi comitiale votée par le peuple. M. Appleton soutiendra que *Lex* a ici un autre sens, qu'il possède dans nombre d'expressions latines et d'institutions juridiques, "la loi de caractère privé", dictée par le citoyen devant le peuple, (comme dans la *lex mancipationis*, *lex venditionis*). S'il en est ainsi la controverse serait tranchée; il ne s'agirait plus du legs, mais du testament, de l'institution d'héritier, de disposition à titre universel et le legs, disposition à titre particulier, n'existerait pas encore.

Quant à la controverse sur le sens de *pecunia*, elle ne devrait pas exister parce que le sens

(1) Cf. p. 25.-32 du cours 1930 -1931.

Les mots familia pecuniaque dans les XII Tables dans le sens de patrimoine en matière de succession.

bien clair est le sens de patrimoine, attendu qu'il y a une variante du texte qui dit "supra familia pecuniaque": c'est donc que pecunia doit se prendre au sens large.

2° T. V § 4 : "Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto". S'il meurt intestat celui à qui un héritier sien n'existe pas, que l'agnat le plus proche ait la familia, c'est-à-dire le patrimoine. Familia s'emploie comme tout à l'heure pecunia pour le patrimoine.

3° T. V § 5 : "Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento." Si un agnat n'existe pas que les membres de la gens aient le patrimoine. Familia: tout le patrimoine.

4° Le terme familia apparaît aussi dans le nom du *judicium familiae erciscundae*, l'action en partage du patrimoine ou de l'hérédité. Ce *judicium* remonte aux XII Tables comme l'indique la T. V § 6 (Cf. Girard Textes, p. 16).

5° - Signalons également pecunia dans Table V § 7, relative à la protection des agnats et des gentiles sur le furiosus qui n'a pas de custos et sur sa pecunia. Il y a ici autant de controverses que de mots: pecunia, furiosus (fou qui a des accès de furie). Ce furiosus n'avait pas de gardien. La loi des XII Tables a réglé l'administration de sa pecunia en le mettant sous la potestas des agnats et des gentiles. C'est une potestas, la loi ne dit pas cura. Est-ce une curatelle, on discute également la question pour le prodigue (Cf. F. de Vischer Etudes de droit romain, 1931; Cura et potestas.)

Après les XII Tables nous rencontrons familia dans des expressions bien connues qui se rapportent à une même institution: familiae venditio, mancipatio emptor, familiam vendere, mancipare, mancipio dare, mancipio accipere, toutes expressions qui signifient vendre, manciper, acquérir le patrimoine. Elles se trouvent chez Gaius Inst. II. § 102-106 § 109 § 115 - et Ulpian Reg. T. XX § 7 -9 - (dont les rapports avec les Institutes de Gaius sont visibles). Ces termes visent le testament per aes et libram. La pesée avec l'airain et la balance, forme très archaïque de la vente sert à trois choses: à transférer la propriété d'une chose, *mancipatio*, - à transférer un patrimoine, acte per aes et libram, - à engendrer une obligation, *nexum*. La *mancipatio familiae* est une vente imaginaire du patrimoine à un *familiae emptor* chargé de le remettre à l'héritier; elle vient de la pratique postérieure aux XII Tables.

On retrouve ensuite le mot familia dans la

A propos de l' a. *Familiae erciscundae*.

A propos du furiosus.

Le mot familia après les XII Tables dans les expressions se rattachant au testament per aes et libram.

Les diffé-

rents sens
du mot fa-
milia dans
Ulpien D.
50, 16, 195,
4.

Précision
du terme
familia
dans une
Const. de
Justinien
C.6. 38.5.

définition célèbre des différents sens du mot familia. Ulp. 46 ad ed. D. 50.16 D.V.S. 195,4. Ce texte est à lire en entier, parce qu'il est fondamental. Le passage essentiel est : "familias appellatio.... varie accepta est (le terme de familia est pris dans des sens divers). Nam et in res, et in personas deducitur, (car il s'emploie pour les choses comme pour les personnes. In res utputa in Lege XII Tabularum his verbis, adgnatus proximus familias habeto (Pour les choses) par exemple dans les XII Tables à ce passage: que l'agnat le plus proche prenne le patrimoine."

Il est curieux de remarquer que, malgré ce long texte d'Ulpien, très explicite sur les différents sens de familia, il subsistait encore des difficultés dans la pratique sur le sens de ce terme. Nous le savons par une constitution de Justinien de 532 C. VI.38 d. V. et Res. signif. 5 rendue à la suggestion du barreau d'Illyrie. (Les avocats étaient déjà constitués en barreaux qui demandaient à l'empereur des consultations sur des points de droit et l'empereur leur répondait). Au § 3, l'empereur explique ce qu'il faut entendre par familia. Il a prévu jusqu'à présent le fideicommiss de famille: (fideicommiss très important (cf. Cuj. p. 792-793) non seulement parce qu'il était très pratique à Rome, mais aussi parce qu'il est l'origine des substitutions fideicommissaires qui ne sont permises que très exceptionnellement par notre C.C. art. 1048). En dehors du fideicommiss de famille, (in aliis autem casibus) nomen familia pro substantia oportet intellegi; dans les autres cas, le mot familia doit être pris au sens de "substantia" - "quia & servi, & alia res in patrimonio uniuscujusque esse putantur (parce que tant les esclaves que les autres choses sont réputées être dans le patrimoine de chacun). Le paragraphe est très important au point de vue terminologique; a) d'abord par l'identité qu'il établit entre trois termes, - familia, substantia, patrimonium, qui tous trois veulent dire patrimoine et b) parce que ce texte met en vedette que les esclaves sont réputés se trouver dans le patrimoine. Nous verrons pourquoi il est intéressant de signaler ce fait. Nous reviendrons sur le mot Substantia,

Familia
dans Judi-
cium fami-
liae ercis-
cundae; sens
du terme
restreint
aux choses

Enfin le terme familia qui se rencontre dans le judicium familiae erciscundae doit être examiné d'un peu plus près. Les textes font remarquer que le terme familia dans l'expression judicium familiae erciscundae, action en partage, ne comprend pas les créances (credita nomina) ni les dettes (debita). Ces textes sont: Ulpien 19 ad. Ed. D. X. 2. F. E. 2.3. 4, pr; Gaius VII Ad. E.P. d. H.T. 3. Si nous groupons

corporel-
les.

créances et dettes sous une même espèce, nous trouvons que ce sont les choses incorporelles de la succession. Les choses incorporelles de la succession ne sont pas soumises (non veniunt, ne viciunt pas dans.....) au *judicium familiae erciscundae*. Cependant si une créance avait été léguée à un des héritiers (*praelegatum*), (car en droit romain on peut parfaitement léguer à l'héritier) celui-ci acquiert cette créance par le *judicium familiae erciscundae* (Gaius 3 précité). Hors de là les créances et les dettes ne rentrent pas dans cette action. Ce qui signifie à contrario que le terme *familia* dans l'expression *judicium familiae erciscundae* ne recouvre que des biens corporels, matériels, fonds de terre, esclaves, animaux, argent etc.... Cela va de soi; les biens corporels seuls sont l'objet du partage. Qu'il soit amiable ou judiciaire (et il est obtenu alors par le *judicium familiae erciscundae* avec l'*adjudicatio* qui en résulte) il ne porte que sur des biens corporels. Ainsi le mot *familia* prend un sens restreint en fonction de l'objet même, du but même de l'action. C'est une application de la loi d'interprétation relative qui veut qu'on interprète chaque terme de droit en relation avec l'institution à laquelle il se rattache. (1)

Observations.

1° - Le terme *pecunia* semble prédominer sur *familia* dans Cicéron (2) parce que *familia* est un vieux mot qui s'applique plutôt aux personnes qu'aux choses.

2° - Nous avons intitulé ce chapitre *familia pecuniaque*. Ce groupe se rencontre assez peu. C'est en effet une redondance; car *familia* d'un côté et *pecunia* de l'autre veulent dire déjà patrimoine. Il est donc inutile de dire *familia pecuniaque* ce qui

Rareté de
l'expression
familia
pecuniaque
simple re-
dondance.

(1) Pour l'examen il faut étudier la raison d'être de cette distinction entre les biens corporels compris dans le *judicium familiae erciscundae* et les biens incorporels, créances et dettes qui ne font pas l'objet de cette action, parce qu'elles se divisent de plein droit, sauf stipulation contraire. Ulp. 19 ad. Ed. H.T. 2, 5. On rattache ordinairement cette règle aux XII Tables mais cette attribution est contestée par Viktor Korosec qui a été du reste combattu par Bonfante VI, 159, 166 et R. Monier P.H.D., 1929, 345-355

(2) Emilio Costa, *Storia del Diritto privato romano* 2ème édit. Turin 1925 p. 182 - auteur d'un excellent ouvrage Cicéron Jurisconsulto 2° éd. Bologne).

revient à dire "le patrimoine et le patrimoine". Cependant il est curieux que cette expression figure dans la loi Osque de Bantia, texte important car nous n'avons pas beaucoup de textes osques (Cf. Girard textes 5^e Ed. p. 29), rédigée en 574 et 636 de Rome (180 -118 av. J.C.). La ligne 23 dit "famelo in eitue: familia et pecunia". Si cette expression existe dans la langue osque, cela prouve que ces termes sont communs à plusieurs dialectes italiotes. On trouve aussi cette expression familia pecuniaque dans une variante des XII Tables qui se rencontre dans Cicéron De Invent. II.50 et dans l'auctor ad. Heronnum I.13. On la trouve aussi dans la formule d'acquisition du patrimoine prononcée par le familiae emptor dans le testament per aes et libram chez Gaius II § 104.

Sens origin-
naire des
termes fa-
miliae et
pecunia
noyau de la
distinction
du res man-
cipi et res
nec mancipi.

Nous arrivons au point le plus intéressant le sens original de familia et de pecunia et comment l'un et l'autre de ces termes ont désigné le patrimoine soit d'un vivant (pecuniae venditio, mancipatio) soit d'un mort, c'est-à-dire l'hérédité et la succession. Cette question très connue est habituellement traitée avec les choses. Il y a naturellement sur cette question plusieurs opinions. Celle que j'adopte (celle entre autres de M. Guq p. 243 n° 3) est que la distinction des termes familia et pecunia à l'origine équivalait à la distinction de res mancipi et de res nec mancipi. Ou pour être plus précis, familia et pecunia ont été les noyaux ou les germes de la distinction des choses, en res mancipi et res nec mancipi.

Familia, es-
claves choses
précieuses
pour l'agri-
culture au-
tour desquel-
les se sont
groupés les
biens de fa-
mille, res
mancipi.

1° Familia. Il ne semble douteux à personne que familia a désigné à l'origine, avant les XII Tables et probablement même avant la création de Rome, l'ensemble des esclaves. Familia vient en effet de famulus (esclave) et ce sens s'est conservé dans deux expressions bien connues: familia urbana et familia rustica... Il s'agit de savoir pourquoi la familia, l'ensemble des esclaves, constitue à l'origine les res mancipi et ce que veut dire mancipi.

Bonfante (Corso II. Sez. I. p. 193) croit que mancipi est le génitif de mancipium (propriété). Les res mancipi sont les choses susceptibles de propriété, Girard (p. 271) au contraire établit un rapport entre mancipi et mancipatio (mancipium); pour lui res mancipi signifierait que l'aliénation par mancipatio n'est exigée et possible que pour elles seules. Mais le rapport entre mancipi et mancipium est plus évident qu'avec mancipatio.

Les res mancipi seraient donc les choses susceptibles de propriété quiritaire et spécialement les esclaves. Pourquoi? Par ce que, nous dit Gaius,

les choses mancipi sont les plus précieuses au point de vue agricole. Or, par rapport à l'agriculture les esclaves sont les plus précieuses des res mancipi. On comprend très bien qu'ils soient le germe de cette catégorie, car ils sont nécessaires au propriétaire pour cultiver les champs. Autour de ce noyau s'est formée la catégorie des res mancipi nommées par Gaius II.14 "animalia quae collo dorsove domari solent" (les bêtes de trait et de somme, les boeufs, chevaux, mulets, ânes), les "fundi italici" et les "servitutes praediorum rusticorum" (les fonds de terre italiques et les servitudes prédiales rurales).

Un texte souvent négligé de Caton, de R.R. § 138 - 143, dit que familia, ce sont les biens de famille qui doivent se transmettre de père en fils. Il confirme notre sentiment.

Voilà pour familia: les biens de famille qui se sont groupés autour des esclaves.

2° - Pecunia vient de pecus, troupeau, et tout le monde sait que ce terme a désigné à l'origine le menu bétail par opposition aux grosses bêtes qui traînent les instruments, ou sur le dos desquelles on monte: boeufs, mulets, chevaux, ânes. C'est le menu bétail, en particulier les moutons. Pecunia veut dire aussi monnaie, argent, parce que les premières monnaies furent des lingots marqués d'une tête de mouton. L'histoire de la monnaie romaine est maintenant connue et il faudrait apporter de nombreuses rectifications à l'ouvrage de Mommsen. De pecunia, menu bétail, à pecunia monnaie, le passage est facile.

Mais pecunia désigne toutes les res nec mancipi et le passage est ici plus difficile. Comment le petit bétail ou l'argent a-t-il pu servir de noyau aux res nec mancipi ? Je crois que c'est par opposition avec les res mancipi. Tout ce qui n'est pas res mancipi est res nec mancipi. L'opposition se marque par la vieille négation, nec; on les a alors appelées res nec mancipi, choses non susceptibles de propriété ou, selon l'autre opinion, choses non susceptibles de mancipation.

Le critère entre les deux catégories de choses c'est donc l'appartenance ou la non appartenance des choses à la catégorie des biens de famille et pour nous, les res mancipi ou la famille c'est la même chose, parce que ces biens sont seuls susceptibles de propriété familiale. La première propriété n'a pas été la propriété individuelle, mais la propriété de famille; ces res qui constituent la propriété de famille ce sont les res mancipi. On comprend que la seule propriété soit la propriété familiale

Pecunia, petit bétail, non susceptible de propriété familiale autour de quoi se sont groupées toutes les choses qui ne sont pas mancipi.

puisque la propriété individuelle n'existe pas. Cette vraie propriété c'est le *mancipium*, d'où le nom de *res mancipi*. Mais comment expliquer que la *pecunia* ne soit pas propriété familiale ? M. Collinet a fait là-dessus une hypothèse qu'il rattache à l'histoire de la propriété. Pour lui le petit bétail, les moutons, n'étaient pas à l'origine propriété de la famille, pour cette raison que le petit bétail était commun à la gens, constituait des troupeaux communs, qu'on conduisait paître sur les terrains de la gens, hypothèse qui a été reproduite par M. Valentin Georgesco dans un article sur la nature et l'évolution générale de la propriété à Rome. (Gazette juridique roumaine 1931). Telle est l'hypothèse personnelle de M. Collinet qui prend le contre-pied de celle de M. Bonfante (Corso T. II Sez. I.p. 170 - 182 p. 75) qui s'imagine que les *res mancipi* sont "la propriété sociale" et les *res nec mancipi* "la propriété individuelle". Sa théorie est en désaccord formel avec les textes et avec l'histoire de la propriété romaine.

Conformité de l'évolution du sens des mots *familia*, *pecunia* avec l'histoire de la propriété romaine.

Observation. - L'histoire du sens des deux mots: *familia*, *pecunia*, est donc assez simple et se trouve confirmée par l'histoire de la vie sociale romaine et en particulier de la propriété romaine. En effet *familia* a d'abord désigné les biens de famille, c'est-à-dire le seul patrimoine qui comptait au regard du droit privé. Le mot *pecunia* s'appliquait aux troupeaux qui, à mon avis, appartenaient à la gens. Quand la propriété (ou plutôt la possession) de la gens a disparu, la *pecunia* (petit bétail) a pu devenir également propriété privée du *paterfamilias* et, du noyau, du germe, se sont alors développées des extensions nouvelles qui ont amené pour *familia* comme pour *pecunia* le sens de patrimoine, car les Romains, dans les XII Tables, ont regardé comme étant le patrimoine aussi bien la *familia* que la *pecunia*. Si bien que le groupe *familia pecuniaque* est devenu une redondance, patrimoine et patrimoine. Cette dualité ne peut s'expliquer que par l'origine historique des mots et leur différence de sens primitif.

Elargissement du contenu de ces termes s'étendant des choses corporelles aux choses

Il s'est également produit une autre évolution dans le sens de ces termes. Etymologiquement et à l'origine ces mots ne désignent que des choses corporelles: la *familia* désigne les esclaves, la *pecunia* le petit bétail. Ces mots sont contemporains du temps où il n'y avait dans le patrimoine de la personne que des choses corporelles; puis sont apparues d'autres valeurs, les choses incorporelles. Celles-ci sont avant tout les créances et les dettes. Même si les créances et les dettes ne s'appelaient pas origi-

incorporelles.

nairement choses incorporelles, il n'en est pas moins vrai qu'à un moment elles ont figuré dans le patrimoine du paterfamilias et les mots qui désignaient le patrimoine s'appliquant au patrimoine tout entier, ont dû englober également les créances et les dettes (1).

Donc, ces termes qui désignaient le patrimoine vont toujours en s'élargissant.

§ 2 - Patrimonium.

Portée plus étendue de patrimonium que de familia et pecunia.

Ce terme est intéressant en ce sens que c'est celui qui a passé dans les langues romanes. Ce terme a une portée beaucoup plus large que familia et pecunia dès son origine. En effet familia et pecunia, à l'origine, ne s'appliquent qu'à des choses corporelles, et même à certaines d'entre elles et ce n'est que par extension que ces termes ont désigné le patrimoine. Le mot patrimonium lui-même s'est appliqué de prime abord à toute la fortune d'une personne, du pater.

Relation entre le terme patrimonium et pater.

Il y a un rapport évident entre pater et patrimonium. Mais la difficulté, comme toujours dans les étymologies, faute de textes anciens rapportant le sens primitif des mots, c'est de savoir ce qu'à l'origine voulait dire patrimonium et s'il désignait alors l'ensemble des droits, charges, actions d'un individu.

Le mot n'a pas été étudié par MM. Ernout et Meillet. Le Handlexikon de Heumann-Seckel dit que le mot signifie proprement le patrimoine hérité du père. C'est très technique; ce n'est pas un patrimoine quelconque, c'est le patrimoine hérité du père (cette expression serait donc synonyme de bona paterna; cf. au § 3 les bona paterna avitaque). En vérité le terme patrimonium se rencontre avec ce sens particulier chez les auteurs comme Cicéron (Pro C. Rab. Postumo 14,38; Pro Milone 35,95; Pro Sext. Rosc. Amerino 9,24; Pro Caecina 74-76) et dans deux textes juridiques, Paul L. III Resp. D.X.2. Fam. Erc. 38; Scaevola L.V Resp. D. XII. 6 de cond. ind. 61. Mais le mot a aussi le sens actuel de patrimoine. Encore M. Collinet ne croit-il pas que son sens étymologique soit "les biens hérités du père". Voici un essai de démonstration.

MM. Meillet et Vendryès (Gramm. comp. des langues class. p. 387, n° 615), enseignent que les mots en "monium" sont d'origine archaïque et populaire. Cependant patrimonium ne se trouve pas dans Plau-

(1) Nous retrouverons cette question à la II^e Partie. La majorité des auteurs pense que c'est à l'époque des XII Tables, contrairement à l'opinion de M. Victor Korosec, déjà cité.

te. D'autre part la plupart des mots en *monium* appartiennent au même domaine linguistique que *patrimonium* (1) *matrimonium*, *testimonium*, *vadimonium*.

Ces mots sont formés du nom d'une personne: *pater*, *mater*, *testis*, *vas*, (garant de procédure qu'il ne faut pas appeler caution) (2). Les mots en "monium" indiquent originairement le résultat du fait d'être placé dans telle ou telle position juridique ou sociale. Ce sens est resté intact dans les deux mots *testimonium* et *vadimonium*: *testimonium*, témoignage, résultat du fait d'être témoin, *vadimonium*, dont il n'y a pas de traduction en français puisque le mot a disparu au Bas Empire, c'est la garantie de comparution en justice, le résultat du fait d'être *vas*, ou garant de la comparution en justice. Le sens de *matrimonium* est le résultat du fait d'être *mater*; mais *mater* ne signifie pas ici "mère" (le résultat du fait d'être mère s'exprime par *maternitas*). *Mater* ce n'est pas la mère qui a procréé des enfants, c'est la matrone, la femme du chef de famille, la *materfamilias*. *Matrimonium* voudrait donc dire le résultat du fait d'être *mater*, femme du chef de famille *paterfamilias*. On a tiré de là le sens plus récent de mariage parce que le mariage fait acquérir la qualité de *mater* ce sens-là ne peut devenir *mater* qu'en contractant avec un homme les *justae nuptiae*.

Evolution
du sens du
mot *patrimo-
nium* dési-
gnant d'a-
bord le fait
d'être *pa-
ter* puis ce-
lui d'être
propriétaire.

De même, il y a eu un changement de sens pour *patrimonium*. Le sens originaire serait le résultat du fait d'être *pater*, non pas au sens de l'individu qui a procréé des enfants, *genitor*, car c'est *paternitas* qui rend cette idée, mais *pater* au sens de *paterfamilias*, c'est-à-dire chef de famille; dans notre langue juridique, ce que nous appelons un *sui juris*, celui qui est à son droit, qui ne dépend pas du droit d'autrui, qui puise ses droits en soi-même et ne les a pas par reflet du droit d'autrui. Ce *paterfamilias* n'est pas le procréateur car on peut être *paterfamilias*, *sui juris*, avant d'avoir la puberté, avant même d'être né en vertu de l'adage *Infans conceptus.....*

(1) *Querimonium* est à part.

(2) Distinction lourde de conséquences parce que rien que cette qualification de garant, au lieu de caution, suffit à rendre caduque l'opinion de Mitteis sur l'origine de la stipulation. On ne peut admettre que la stipulation qui se rattache bien au cautionnement dérive du *vadimonium* - Cf. Collinet *Garanzia solidale in diritto romano*, dans les *Mém. de l'Acad. de Bologne* 1930-31.

Patrimonium serait donc le résultat du fait d'être chef de famille. Cette qualité se traduit en pratique par les puissances dominicales, paternelles, (manus mancipium). Cette qualité se traduit également par la propriété. On peut donc supposer que du fait d'être chef de famille on est passé au fait d'être propriétaire, résultat de cette qualité de chef, et en dernier lieu on est passé à la propriété elle-même, ou plus exactement au contenu, à l'objet de cette propriété. On est descendu de la cause de la capacité du pater d'avoir des biens, à l'effet, ou mieux à l'objet de cet effet: aux biens eux-mêmes, patrimonium. L'évolution sémantique serait donc la même que celle d'hereditas (pp. III- 155 du Cours 30 -31).

Ce mot désigne d'abord la qualité d'heres, maître de l'ensemble des biens laissés par un mort, qualité dont on est passé au sens plus récent: ensemble des biens eux-mêmes, de la cause on est descendu à l'effet ou plus exactement à l'objet de l'effet.

Relation entre le sens du terme patrimonium et l'apparition de la propriété individuelle.

Patrimonium venant de pater nous révèle un changement dans la conception de la propriété et cela expliquerait que les Romains eussent eu besoin de créer un mot nouveau. Patrimonium a dû apparaître le jour où on a éprouvé le besoin de désigner l'ensemble des biens d'un chef. Nous avons vu que familia veut dire la propriété familiale. Dans familia il y a l'idée de propriété familiale, de cette propriété qui appartient encore à la famille toute entière et qui n'est pas la propriété du père tout seul. Cette propriété familiale a existé à Rome, il en est une preuve qui a survécu et qui est caractéristique, c'est l'existence des sui heredes, ces descendants qui sont placés sous l'autorité directe du pater. C'est le vestige le plus caractéristique de la propriété de famille. Le jour où la propriété est devenue la propriété individuelle du pater, ce jour là il a fallu créer un mot et ce mot a été pris en relation avec le sujet même de la propriété, pater, d'où patrimonium. Quelle que soit la valeur de ces conjectures, arrivons à des données moins hypothétiques.

Patrimonium signifie donc l'ensemble des biens hérités du pater, son hérédité, Patrimonium veut dire également l'ensemble des biens d'un mort quelconque. Ce sens apparaît dans un texte fondamental, qui donne la définition connue de la bonorum possessio ou hérédité prétorienne. Ulpien 39 ad. Ed. D. 37.1. de B.P. 3.2.: jus persecuendi retinendique patrimonii, le droit de poursuivre le patrimoine et de le retenir.

Sens plus restreint de patrimonium comme ne comprenant que les choses corporelles par opposition à res comprenant également les choses incorporelles.

D'autres fois le terme patrimonium a un plus restreint. Il ne désigne pas l'ensemble des biens d'une personne, mais seulement la propriété des choses corporelles. Ce terme créé pour l'ensemble des biens et droits d'une personne arrive donc à se restreindre à la propriété de certaines choses; c'est une évolution inverse de celle que nous avons signalée pour familia et pour pecunia. Ici patrimonium désigne la propriété des choses corporelles par opposition aux créances, choses incorporelles. Voici un exemple à propos de la *satisfactio rem pupilli salvam fore*. Avant de prendre la tutelle, le tuteur doit promettre au pupille qu'il sauvegardera sa chose et qu'il la lui rendra saine et sauve. Quand un pupille stipule cela de son tuteur, Pomponius dit que sous le terme res, il faut comprendre dans la stipulatio, non seulement ce que le pupille a in patrimonio mais encore les créances, les choses qui consistent en créances (*quae in nominibus sunt*). Il y avait donc une difficulté sur le mot *res* pour savoir s'il comprenait tout le patrimoine les choses corporelles et incorporelles. Et Pomponius répond que le terme *res* les comprend toutes. Nous en tirons cette conséquence que patrimonium désigne parfois non pas tout le patrimoine, mais seulement les choses corporelles (Pomponius 15 ad Sab. D. 46,6 Rem pupil.9).

Sens du mot patrimonium dans la division des choses en *res in patrimonio* et *res extra patrimonium*.

Précisément les *res* se divisent en *res in patrimonio* et *res extra patrimonium*. Gaius donne cette division dans ses *Instit.* II,1, et Justinien la reproduit II,1. d. div. rer. pr. Il s'agit de savoir ce que veut dire le terme patrimonium dans cette division fondamentale des choses. Des trois sens du terme biens hérités du père - patrimoine (ensemble des droits, biens et actions d'une personne) - choses corporelles, lequel est le bon? D'abord, il faut avouer que nous ne connaissons pas l'origine de cette division puisque nous ne connaissons pas la source des *Institutes* de Gaius, peut-être un ouvrage de Sabinus ou de l'École de Sabinus. La division remonte sans doute à la fin de la République, époque où le droit a pris un épanouissement remarquable. Cette division doit en tous cas être traditionnelle et présente une grande utilité puisqu'il s'agit de savoir si la chose est aliénable, héréditaire, transmissible à cause de mort ou entre vifs, tandis que si elle est *extra patrimonium*, elle échappe même au droit de propriété privée.

Même si à l'origine on a pris sans doute le terme dans son sens matériel, il faut prendre le terme de Gaius dans son sens le plus large. En effet, on arrive très bien à déterminer les *res* qui sont au patri-

monio en appliquant la méthode d'opposition ou de soustraction. Cherchons les biens qui ne sont pas dans le patrimoine et nous trouverons par là même ceux qui sont dans le patrimoine. Or, les choses extra patrimonium, celles qui ne peuvent appartenir à un particulier (nullius in bonis esse) sont: 1° - les res divini juris, choses du droit divin (res sacrae, religiosae et en quelque manière dit Gaius les res sanctae). 2° - les res humani juris, choses de droit humain de la 1ère catégorie, les res publicae (1). Il reste de tout cela les res humani juris de la seconde catégorie, les choses du droit humain qui sont susceptibles d'appropriation privée (Gaius II, 11) et qui correspondent aux res in patrimonio.

La division en res in patrimonio et res extra patrimonium légitime une opinion de Paul (II ad Ed. D. 50.16.D.V.S.5) qui dit que le mot res est plus large que pecunia parce que le mot res comprend même les choses extra patrimonium, tandis que pecunia se réfère aux choses in patrimonio. Nous aurions pu invoquer ce texte en traitant de pecunia. La synonymie n'est donc pas complète entre les termes res et pecunia.

D'autre part la division en res in patrimonio et res extra patrimonium est synonyme de celle en res in commercio et res extra commercium qui se rencontre aux Pandectes. Commercium (de merx) mérite une observation. Dans le Corso (Vol. II, Sez. I, p. 10), M. Bonfante dit que ces deux divisions se correspondent, mais que l'une est dynamique (res in commercio et extra commercium) et l'autre statique (res in patrimonio et extra patrimonium). On pourrait dire que la première est économique (théorie de la circulation, fait dynamique) et l'autre juridique. L'auteur remarque du reste que ces deux divisions, comme toute autre, ne sont pas irréprochables.

Enfin patrimonium s'emploie non seulement pour désigner le patrimoine général, mais aussi les patrimoines spéciaux comme la dot (cf. Ch. II, Sect. III).

§ 3 - Bona (2)

Bona ce sont les biens, le patrimoine. C'est un mot de la langue usuelle et dont l'étymologie a

(1) Excellent travail de K. Karadgé-Iskrow, 1928.

(2) Cf. Cours 1930-31. pp. 155-163 (rectifié ici).

Étymologie
du mot bona.

été donnée de façon un peu libre et un peu fantaisiste par Ulpien 59 ad Ed. D. 50.16.D.V.S.49, qui rattache le mot bona au verbe beare, être heureux, jouir d'une chose, prodesse. C'est, dit-il, parce que les biens font les hommes beatos. Cette étymologie ne paraît pas à tout le monde ridicule (M. Meillet dit que le lien entre les deux mots est au moins très lâche, mais il ne repousse pas cette dérivation soutenue dans un article de Wood, *Modern Philol.* T.IV). Cependant ce ne semble pas être l'étymologie de bona. Bona vient de bonus qui n'a pas toujours signifié bon, mais qui a signifié d'abord utile (Ernout et Meillet). Nous comprenons ainsi le sens de bona.

Emploi
fréquent du
terme bona
pour dési-
gner les
biens d'un
vivant.

Ce mot a des sens différents relevés avec soin par l'auteur qui a écrit la meilleure monographie sur le patrimoine Karl Birkmeyer, *Ueber das Vermögen im juristischen Sinne*. Le patrimoine au sens juridique, Erlangen 1879; p. 15 et suiv. Ce terme qui veut dire patrimoine, biens en général se rencontre assez fréquemment, soit en ce qui concerne le patrimoine d'un vivant, soit en ce qui concerne les successions (B.P. interdit quorum bonorum, Bona vacantia des lois caducataires, bona materna au Bas-Empire. Voilà des applications de bona au sens de biens d'un mort). Nous ne nous occuperons du sens du mot que quand il s'agit du patrimoine d'un vivant.

Exemple
le plus
fréquent
de l'em-
ploi de ce
terme dans
le sens de
patrimoine:
loi des
XII Tables
ou loi
Poetelia
Papiria ?

Remarques préalables: 1° - Le mot se trouvait-il dans les XII Tables ? Mommsen a cru pouvoir le restituer dans les XII Tables T. V. S. 8, b. à propos de la succession du patron à l'affranchi (Girard, Textes p. 15 note). Mais la présence de bona dans les XII Tables n'est rien moins que certaine, car le texte d'Ulpien, *Regulae XXIX.I*, à propos de cette succession, emploie le terme Hereditas.

2° - Il faut éliminer peut-être encore un autre texte ancien. Le plus ancien témoignage de bona au sens patrimoine se trouverait, dit-on, dans la loi Poetelia Papiria qui, si elle s'appelle bien ainsi serait de 428 ab U.C.: 326 av. J.C. D'après certains, elle s'appelait seulement Loi Poetelia et serait de 441 ab U.C.-313 av. J.C. (Cf. Rotondi *Leges publicae populi Romani* p. 230-231 et *Diction. des Antiq.* V° Lex, art. de M. Cuq). Mais on s'est imaginé aussi que cette loi serait une loi Popilia (Rotondi p. 361-362). L'opinion la plus répandue est en faveur de la première dénomination. L'étude la plus récente est celle de M. de Vischer (*Études de droit romain* 1931 pp. 313-326) (V. aussi le résumé d'une communication de M. Giffard R.H.D. 1931 p. 419-420). On sait qu'à la suite d'un nexum le débiteur qui ne payait pas était enchaîné et traité

comme esclave. La loi en question a eu pour effet de libérer les nexi et de décider qu'à l'avenir ils ne seraient plus enchaînés. Mais elle déclare que le système antérieur continuerait à s'appliquer contre celui qui aurait commis un délit. Il y a donc une distinction à faire entre le débiteur *ex delicto* et le débiteur *ex nexu*: *pecuniae creditae bona debitoris non corpus obnoxium esset*: d'un débiteur pour une somme d'argent due (à titre contractuel) les biens sont liés, sont sujets à l'assujettissement, mais ce ne sera plus son corps qui sera soumis à l'enchaînement. D'après Tite Live VIII.28 ce serait donc les *bona* du débiteur qui subiraient l'assujettissement et le terme remonterait au Vème siècle de Rome. M. Cuq en doute, p. 441; il croit que c'étaient les mots *familia pecunia* qui figuraient dans la loi. Ce n'est qu'une hypothèse et il se pourrait que le terme *bona* y ait été employé à titre de terme usuel.

Différents emplois du terme.

Le terme *bona* a été très employé, précisément pour cette raison. Moins archaïque que *familia* et *pecunia*, moins technique que *patrimonium*, c'est pour cela qu'il a été employé par toutes les autorités qui font le droit à Rome, c'est-à-dire dans les sources diverses du droit.

Dans la procédure de la *bonorum sectio* créée par le questeur.

1° - Son plus ancien emploi paraît être celui qui a été fait par les questeurs qui s'occupaient des finances, et en particulier de faire valoir les créances de l'Etat dans une procédure bien connue, la *bonorum sectio*. La *bonorum sectio* est une mesure d'exécution comme plus tard la *bonorum venditio* et la *bonorum distractio*. C'est une mesure d'exécution qui a pour but de faire attribuer à une personne les biens du débiteur de l'Etat. Cet adjudicataire devient titulaire des droits et charges du saisi, au titre civil et non pas au titre honoraire (car les questeurs n'ont pas créé de droit par eux-mêmes), avec des sanctions civiles; il sera titulaire de la propriété *quiritaire* (Varro D.R.R. II.X.4., Girard p. 1111). Il est vrai qu'un peu plus tard le prêteur donne comme sanction à la *bonorum sectio* un *interdit sectiorium* (Gaius 4, 146) ce qui n'empêche pas que les droits de l'acquéreur soient civils. C'est une mesure supplémentaire que prend le prêteur en sa faveur.

Dans différentes institutions prétorienne.

2° - C'est surtout le prêteur qui a utilisé l'expression *bona*. Elle se rencontre dans plusieurs institutions importantes, mais il ne faudrait pas croire que le terme *bona* soit limité au droit prétorien.

a) en matière de *missio*

Nous trouvons l'emploi de ce mot dans les *missiones in possessionem*. Il y a dans l'Édit des mesures prises par lui pour protéger les droits de certaines

in possessionem.

personnes ou assurer l'exécution en faveur d'autres personnes. L'expression se trouve donc dans les missions in possessionem. Les envois en possession aboutissent d'après l'Edit à deux solutions différentes: A. Dans certaines missions in possessionem, l'Edit proclame: bona possideri proscribique jubeo: J'ordonne que les biens de celui qui se trouve dans tel ou tel cas...soient possédés et soient affichés. Dans d'autres missions in possessionem l'Edit va plus loin: Bona ex Edicto possideri proscribi veniri que jubeo: j'ordonne que les biens soient possédés, affichés, vendus en vertu de l'Edit. (Girard p. 1112).

B - Les missions de la deuxième catégorie, c'est-à-dire celles qui ouvrent les voies d'exécution les plus sérieuses, aboutissent à une vente comme le dit l'Edit même; cette vente est la bonorum venditio, vente des biens aux enchères et en bloc, procédure créée par un préteur comme Publius Rutilius Rufus (préteur avant 636/118 av. J.C.). La bonorum venditio a été créée à l'imitation de la bonorum sectio des questeurs, mais tandis que celle-ci aboutit à une constitution de droits civils, l'adjudication ici n'aboutit qu'à une concession de droits prétoriens (Girard p. 1111).

C. en matière d'interdiction du prodigue qui dilapide les bona paterna qui lui ont été transmis par testament.

C. L'expression se trouve également employée par le préteur en dehors de la matière des successions dans un groupe de mots très intéressant: bona paterna avitaeque. L'expression complète signifie les biens qui proviennent des pères et aïeux paternels. On rencontre aussi l'expression patria bona. L'expression prend un grand intérêt quand il s'agit du prodigue. Le prodigue était frappé d'interdiction par le préteur dans un décret, lorsqu'il dissipait ses bona paterna avitaeque et conduisait par là sa familia à la misère et à la ruine (Paul Sent. III.3.a.7.). Qu'est-ce que les bona paterna avitaeque? La plupart des auteurs déclarent que ce sont les biens recueillis ab intestat. M. Collinet a soutenu que c'était au contraire ceux recueillis par testament (Mélanges Cornil I p. 149-154. adde Cicéron de Senectute 7.22. cité par Girard p. 244 n. 6 et qui est formellement contraire à son opinion). Le décret ne peut remonter aux XII Tables, car il n'y avait pas encore de préteur. Il se place dans une période antérieure à 662/92. Enfin, il faut dans la rédaction du décret lire aere au lieu de ea re (en ce sens Cujes, Appleton, Collinet). Le décret a pour but d'interdire le prodigue quand il a dissipé les biens de son père et de ses aïeux dont il a hérité par testament.

Il faut remarquer que les biens doivent être

recueillis par testament, car s'ils étaient recueillis ab intestat, il n'y aurait aucune raison de les appeler bona paterna avitaeque puisqu'il n'y a pas de bona materna, les enfants n'héritant pas de leur mère. Ce sont donc les biens paternels recueillis par testament, les "propres", par opposition aux "acquêts" dont le prodigue peut disposer comme il veut. Cette conception va beaucoup mieux avec les sources que celle qui y voit des biens recueillis ab intestat.

Bona paterna: biens paternels est aussi une expression courante que nous retrouverons dans un texte de Tryphoninus.

D. Dans l'expression in bonis habere.

D. Les préteurs emploient bona dans l'expression connue, in bonis, in bonis habere - in bonis esse, avoir une chose dans ses biens, une chose être dans ses biens. Ces mots désignent la situation qu'une chose occupe dans le patrimoine d'une personne, selon le droit prétorien. L'individu qui a ainsi une chose in bonis n'en a pas la propriété quiritaire, mais il a tout de même des droits sur la chose, droits reconnus par le préteur, établis par lui et en particulier sanctionnés par des interdits et par une action importante: la publicienne.

L'in bonis n'appartient qu'à un certain nombre de possesseurs: l'acquéreur par tradition d'une res mancipi, le bonorum emptor, le bonorum possessor et quelques autres cas énumérés par Girard p. 287 n. 1. M. Girard ne s'est pas préoccupé de la date d'apparition de l'in bonis qui doit être du VII^e siècle ab. U.C. comme beaucoup d'institutions prétoriennes.

E. Bonorum separatio, ou séparation des patrimoines, existe au profit des créanciers héréditaires, des légataires et des héritiers nécessaires. Cette bonorum separatio dont la date d'apparition n'est pas donnée par Girard vient de l'Edit (-Girard, pp. 945-946).

F. Bonorum collatio. La bonorum collatio est le rapport qu'un successeur prétorien qui a été émancipé doit faire de ses biens quand il demande la bonorum possessio unde liberi ou contra tabulas. Cette institution est née au début de l'ère chrétienne (Girard p. 949).

G. L'actio bonorum vi raptorum est une action créée par un préteur pérégrin M. Terentius Lucullus, en 678 ab U.C./76 av. J.C. (Girard p. 444-445). Ici, bona est pris dans son sens usuel et veut dire tout simplement des choses corporelles. C'est une exception.

Emploi du mot bona par la loi.

3° - Le terme est employé également par la loi et par conséquent au sens de patrimoine du droit

civil. L'expression est employée par la loi Julia d'Auguste qui crée la bonorum cessio qui permet d'éviter l'infamie (Girard p. 1110 n. 3).

Par des constitutions impériales.

4° - Le terme est également employé dans des constitutions impériales quand les empereurs se sont reconnus une puissance très forte, que la loi n'existe plus et que la constitution impériale est devenue la seule source du droit.

A - Bona castrensia: patrimoine du fils de famille synonyme de peculium castrense (Pomponius libro singulari Reg. D. XLIX. 17. d. cast. pec. 10, Trypheninus XVIII disputat. D.H.T. 19,2.)

B - Marc Aurèle crée la bonorum addictio libertatum servandarum causa, attribution du patrimoine pour sauvegarder les affranchissements.

C - Bona adventicia, biens appartenant aux enfants de famille, composés des biens qui viennent de leur mère depuis Constantin et des bona materni generis dans la suite.

D - Bonorum publicatio ou bonorum proscriptio confiscation, fait de rendre publics des biens qui jusque là étaient privés (Cf. Mommsen Droit pénal romain trad. Duquesne III. 358-365; 378-388).

Par un S.C. sur la bonorum distractio.

5° - L'expression est employée par un S.C. du II° siècle (Girard p. 1114), à propos de la bonorum distractio, vente en détail des biens d'une personne en déconfiture ou en faillite.

L'expression est donc courante et employée dans des cas multiples par toutes les autorités qui ont pouvoir de faire du droit à Rome. Tantôt le terme s'emploie dans les rapports avec le droit civil s'il s'agit des questeurs, des lois, des S.C., des empereurs, tantôt dans les rapports au droit prétorien quand il s'agit des créations fréquentes des prêteurs.

Le terme bona désigne surtout le patrimoine général, il s'applique aussi à un patrimoine spécial.

Sens divers du mot bona. - D'après Heumann-Seckel, (Cf. aussi Birkmeyer), le terme se prendrait dans deux sens: ensemble des biens d'une personne (patrimoine) ou une partie déterminée du patrimoine, par exemple bona materna. L'expression s'emploie aussi pour désigner les choses corporelles individuelles, dans l'expression unique actio bonorum vi raptorum. Hors ce cas, la différence faite par Heumann Seckel ne paraît pas exacte. Le terme bona ne désigne pas tantôt l'ensemble des biens, tantôt une partie du patrimoine, mais désigne toujours le patrimoine.

Cependant peut-être la distinction doit-elle être considérée d'un autre biais. Il n'est pas douteux que bona désigne le patrimoine en général, mais il faut ajouter que bona désigne parfois un patrimoine spécial, c'est-à-dire une partie du patri-

moine général. Les bona materna constituent par eux-mêmes un patrimoine, sans être un patrimoine général.

En regardant, le plerumque fit bona désigne donc le patrimoine et surtout le patrimoine général. Seulement tantôt bona désigne le patrimoine général d'un mort, tantôt celui d'un vivant. Nous ne nous occupons pas de ce qui constitue les successions. En ce qui concerne le patrimoine d'un vivant, nous avons rencontré familia (mancipatio familiae et autres expressions voisines) et patrimonium. L'expression bona est plus fréquente (bonorum sectio, venditio pour la faillite d'un vivant selon la formule rutilienne, bona dans la missio in possessionem, bonorum distractio, bonorum cessio, bonorum publicatio). Ajoutons-y in bonis, in bonis habere ou esse pour dire qu'une chose se trouve dans les biens d'un vivant. De même, nous trouvons l'expression désignant le patrimoine d'un vivant et seulement d'un vivant, dans la bonorum collatio, dans les bona castrensia, les biens étant alors envisagés sous un angle particulier.

Pourquoi le préteur emploie le terme bona.

Observations: 1° - Les préteurs emploient fréquemment le terme bona. Cela n'a rien d'étonnant: ils se servent d'une expression usuelle, car ils sont en contact avec la vie pratique. Mais ce n'est pas seulement parce qu'ils sont en contact avec la pratique; (raison de droit constitutionnel) c'est aussi que les préteurs ne peuvent pas faire de droit, c'est-à-dire de droit civil, car il n'y a qu'un seul droit, le droit civil. Ne pouvant faire le droit, on comprend très bien qu'ils n'aient pas employé des expressions du droit civil. De même qu'ils ne parlent pas d'hereditas, mais de bonorum possessio, de même ils n'emploient ni familia pecuniaque, ni patrimonium.

Analogie entre bona et patrimonium.

2° - Bona désigne le patrimoine et l'identité entre bona et patrimonium se rencontre dans la définition de la bonorum possessio par Ulpien 39 ad Ed. D. 37.1.d.B.P., 3, 2: "Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus: jus persequendi retinendique patrimonii, sive rei, quae cujusque, cum meritur, fuit: Nous définirons donc la bonorum possessio ainsi et très exactement: le droit de poursuivre et de retenir un patrimoine ou une chose qui appartient à quelqu'un à sa mort". Peu importe que retinendique et la phrase finale sive rei soient interpolés, ce qui nous intéresse c'est qu'il y a égalité entre bonorum dans bonorum possessio et patrimonium. Cependant l'identité n'est pas toujours absolue entre bona et patrimonium, (Accarias I p. 482 n. 3) (renvoi au Ch. II, Sect. I).

§ 4 - Substantia.

Difficulté
qu'il y a
à définir
ce terme.

Le terme substantia, comme le français substance, n'a pas un sens très net, ou plutôt il a plusieurs sens qui ne sont pas très nets parce qu'ils touchent à la métaphysique.

Son double
sens dans
la langue
juridique:
essence.

En recourant à Birkmeyer, à Heumann Seckel, ou au Vocabularium jurisprudentiae romanae (Tome V. Col. 716-718,) on voit qu'au point de vue du droit le mot substantia a deux sens principaux: 1° - il signifie l'essence d'une chose, l'hypostasis, l'hypostase, "ce qui se tient dessous", terme de théologie aussi difficile à définir. En droit deux exemples bien connus: erreur sur la substance (ou les qualités substantielles) et substance dans la définition de l'usufruit. Il faut que l'usufruitier jouisse de la chose salva rerum substantia en sauvegardant la substance des choses, c'est-à-dire en ne changeant pas la destination du bien possédé.

Patrimoine.

Il est en
général
interpolé.

2° - Le terme s'emploie également pour dire consistance d'un patrimoine, fortune, *ousia*, ce qui appartient à quelqu'un. Le terme substantia, dans ce sens-là, apparaît déjà dans le texte de départ de nos explications (D. 36.1.17.Pr.). M. Gerhard Beseler (3ème cahier des Beitrage, 1913, p. 165-168) déclare interpolé le terme substantia, toutes les fois qu'il correspond au grec *ousia*. Cette opinion a été admise par d'autres auteurs et signalée dans l'Indice de Guarneri Citati. En effet le mot substantia est un terme favori de Justinien, Cf. le vocabulaire des Constitutions latines de Justinien par Longe, ce qui se comprend étant donné que les compilateurs sont des grecs et pensent en grec; le mot substantia (*ousia*) leur est de beaucoup plus familier que patrimonium. Dans notre texte D. 36. 1. 17.Pr. si, comme le pense M. Bonfante, M. Albertario est allé trop loin dans les interpolations, le terme substantia serait interpolé de l'avis de tous.

Chapitre II

LA STRUCTURE DU PATRIMOINE.

Le patrimoine est un ensemble d'éléments

Le patrimoine d'une personne se compose d'éléments divers de droits, de charges, d'actions et en disant droits on y comprend le droit de propriété sur les choses. Ces éléments constituent en fait des élé-

divers.

ments particuliers, indépendants les uns des autres.

D'autre part, en droit, il n'est pas douteux non plus que le patrimoine constitue un ensemble. Nous l'avons défini : l'ensemble des droits, charges et actions d'une personne appréciables en argent. C'est de cette unité du patrimoine qu'il faut se rendre compte.

Section I

Analyse de la définition.

C'est en reprenant les trois termes de la définition que nous essaierons de nous reconnaître dans cette matière délicate. Trois termes dans cette définition: ensemble qui exprime le concept de patrimoine; le contenu du patrimoine droits, charges et actions appréciables en argent; l'appartenance à une personne, le fait que ces droits, charges et actions appartiennent à une personne.

Laissant actuellement de côté le deuxième terme, qui est du reste le plus facile à pénétrer (Cf. II^o Partie), notons seulement que ces droits, charges et actions doivent être appréciables en argent, parce que les autres éléments ne rentrent pas dans le patrimoine. Le patrimoine n'existe qu'en considération d'une valeur pécuniaire.- Rejetons à la fin le premier terme: ensemble, et commençons par le troisième élément: l'appartenance à une personne.

I - Le contenu du patrimoine (renvoi).

II - Le patrimoine en relation avec la personne.

Le patrimoine est en relation étroite avec la personnalité. C'est un fait connu. Pour suivre un plan, nous adopterons celui de Planiol qui paraît le plus complet (-T.I p. 697). Ses quatre observations sur le droit français sont intéressantes aussi pour le droit romain, malgré quelques différences entre les deux droits.

A - Les personnes seules peuvent avoir un patrimoine. Mieux vaut dire: il faut être une personne pour avoir un patrimoine. Le droit romain est encore plus net à cet égard que les droits modernes pour la raison que les êtres humains qui n'ont pas de personnalité étaient beaucoup plus nombreux à Rome que de nos jours ou inversement les êtres humains susceptibles d'avoir un patrimoine sont plus limités en droit romain qu'en droit français. Si aujourd'hui encore "une relation intime unit le patrimoine et la personnalité" c'était encore plus vrai dans les temps anciens et cela se reflète dans le sens originaire de patrimonium, ca-

Trois termes dans la notion de patrimoine.

Relation entre l'idée de patrimoine et la notion de personnalité.

pacité d'être propriétaire de biens à titre de chef de famille, comme on l'a vu plus haut. Pour avoir un patrimoine, le droit romain exige que l'on soit une personne et on peut même dire une personne complète, c'est-à-dire ayant le maximum des droits qui appartiennent à un être humain, c'est-à-dire un mâle, car tous les droits n'appartiennent pas aux femmes, citoyen romain, libre et sui juris. Pendant longtemps (Cf. Des-serteaux Etude sur la Capitis deminutio) les deux termes civitas libertas ont été liés. Pour compter, un individu devait avoir la civitas libertasque. Il devait en outre être sui juris "à son droit", ne pas dépendre d'une autre personne, ne pas être alieni iuris "au droit d'autrui", comme les esclaves et les enfants de famille.

Individus incapables de laisser une hérédité faute de personnalité.

La personnalité complète n'appartenait à Rome qu'à un homme, citoyen romain, libre et sui juris. Les jurisconsultes et les empereurs n'ont pas toujours dit cela aussi nettement, mais ils ont appliqué l'idée à propos de l'hérédité. Ils ont dit que certains individus étaient incapables de laisser une hérédité ab intestat. Ce sont les esclaves, les pérégrins, les enfants de famille in patria potestate, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas la personnalité juridique entière. Girard 8ème Ed. p. 893. n. 3 cite à cet égard quelques textes.

L'esclave.

a) Const. de Dioclétien et Maximien C.J.VI.59 Comm. de Succ.4: l'esclave ne peut pas avoir de successeurs. Girard aurait pu invoquer un texte plus formel d'Ulpien 27 ad Ed. D.50.16 D.V.S.182 "Paterfamilias liber peculium non potest habere, quemadmodum nec servus bona: Le chef de famille libre ne peut avoir de pécule pas plus que l'esclave de biens."

Remarquons qu'ici il y a opposition entre bona et peculium, tandis que tout à l'heure nous signalions la synonymie des deux termes bona castrensia et peculium castrense. L'explication est facile: dans le cas de peculium castrense on peut employer comme synonyme bona du fait que ces biens appartiennent à une personne libre, le filiusfamilias. Le terme bona est réservé aux personnes libres, soit pour un patrimoine en général, soit pour des biens particuliers.

Le déporté dont les biens sont confisqués.

b) Paul Lib. singulari de Portion. D.48.20 de Bon. damnat. 7.5. pose l'espèce suivante: un individu a eu ses biens confisqués et il a été déporté. De ce fait, dit le texte, ayant perdu la cité (étant devenu pérégrin), il ne peut avoir d'héritier. En conséquence le fisc prend non seulement les biens existants mais également ceux qu'il acquerrait par la suite. Le texte est important au point de vue de la ma-

tière de la déportation et de la confiscation (Des-
serteaux op. cit. T. III table et p. 35-37).

c) Un autre texte nous place en face d'un
alieni juris, Julien XII Dig. D. 46,1 de fidej. 11:
un usurier avait prêté à un fils de famille à l'en-
contre des dispositions du S.C. Macédonien. Il voit
mourir le fils et après la mort du fils, il désire re-
cevoir du père un fidejusseur pour garantir la dette
illégal du fils de famille. Cela n'est pas possible:
il ne peut recevoir du père un fidejusseur parce
qu'il n'existe contre le père de la part de cet usu-
rier ni action civile ni action honoraire, parce qu'il
existe non plus aucune hérédité laissée par ce fils
au nom de laquelle les fidejusseurs pourraient s'o-
bliger. Cette seconde explication est en vérité une
interpolation, attendu que nous avons une version du
même texte dans Venuleius II de stip. D. 14/6 de
S.C. Maced. 18 où la finale manque. Peu importe, ce
qui nous intéresse, c'est l'idée que le fils de fa-
mille ne laisse pas d'hérédité. Les deux textes di-
sent la même chose. Nous les retrouverons à propos du
pécule (Section III).

Voilà donc des individus qui ne peuvent
laisser de succession, c'est-à-dire avoir de patrimoi-
ne. S'ils ne laissent pas l'héritier ab intestat,
c'est qu'ils n'avaient pas de patrimoine, dit Girard,
p. 893. Et la preuve, c'est que l'aptitude à avoir un
patrimoine propre reconnue aux enfants de famille a-
mène la reconnaissance de leur aptitude à laisser une
hérédité, d'abord pour les bona adventicia dès avant
Justinien, pour les bona castrensia et quasi castren-
sia sous Justinien seulement. Mais la raison donnée
par Girard n'est pas tout à fait exacte. Le rappro-
chement entre ces deux aptitudes s'est fait, mais
avec un grand retard, preuve que les deux idées ne
sont pas connexes. La vérité est que si tous ces indi-
vidus n'ont pas de patrimoine et ne peuvent laisser
d'hérédité ab intestat, c'est qu'ils n'ont pas de per-
sonnalité. Patrimoine et personnalité vont ensemble.
Le droit romain nous montre à l'évidence que la no-
tion de patrimoine peut s'exprimer sous la forme sui-
vante: c'est la personnalité appliquée aux droits
privés et aux charges privées pécuniaires. Le patri-
moine du reste n'est pas toute la personnalité comme
le croyaient Aubry et Rau (Cf. Planiol T. I, p. 618,
n° 1, renvoyant à Geny).

B - Toute personne a nécessairement un
patrimoine.

C'est juste, mais le patrimoine peut être
actif, c'est-à-dire se ramener à un chiffre avec le

Le fils de
famille qui
a emprunté
contraire-
ment au
S.C. Macé-
donien.



Toute person-
ne a un pa-
trimoine qui
peut être ac-

tif ou passif.

signe plus. Il peut être aussi passif ou négatif, se résoudre par une opération conduisant avec le signe moins.

Ces deux nuances du patrimoine avec le signe plus ou le signe moins existent en Droit romain (Cf. plus bas *Bona non sunt nisi deducto aere alieno*).

G - Chaque personne n'a qu'un patrimoine.

Unité de patrimoine.

Accarias, T.I, p. 482, n° 3, disait déjà:

"Nous n'avons jamais qu'un seul patrimoine, de même que nous n'avons qu'une seule personne". Il cite un texte Papinien L. V Resp. D. XXVII, 1 de Excus. tutor. 30, 1: un curateur des biens d'un provincial domicilié à Rome avait été nommé par le Président de Province pour les biens situés en province. D'autre part ce curateur avait été nommé par le préteur urbain pour les biens situés à Rome. Ce curateur n'exerce pas néanmoins deux curatelles, il n'en exerce qu'une. Cela est absolument certain; c'est le droit reçu, c'est de jurisprudence: placuit - (Il est de droit, c'est la doctrine constante). L'explication donnée par le texte est: "quod videlicet unius duo patrimonia non viderentur: c'est-à-dire parce que deux patrimoines ne sauraient exister pour une seule personne"; peu importe que videlicet soit un criterium d'interpolation, l'explication est certaine.

La division d'administration entre tuteurs multiples d'un impubère, n'empêche pas l'unité de patrimoine.

On peut ajouter une autre preuve qu'il ne peut pas y avoir plusieurs patrimoines d'une seule personne. On la tire de ce qui arrivait en cas de pluralité de tuteurs, hypothèse rarement étudiée dans les manuels, malgré sa fréquence à Rome (Cf. Lecomte, Paris, thèse 1927). La pluralité de tuteurs était en particulier provoquée par ce fait que l'administration des biens d'un pupille serait facilitée s'il y avait plusieurs administrateurs. Pour faciliter l'administration, les tuteurs se répartissaient cette administration suivant deux directives: ou bien ils divisaient les biens in partes, l'un prenait l'administration des meubles et l'autre celle des immeubles. Ou bien la division se faisait in regiones, par régions: si un pupille avait des biens à Rome et en province, on comprend que le tuteur de Rome n'ait pas compétence pour les administrer tous. Ulpien 35 ad Ed. D. XXVI. 7 de Admin. et periculo tutorum, 3, 9 et 9 ad Ed. D. H. T. 4. L'unité du patrimoine n'en est pas moins sauvegardée.

Cette division du patrimoine en plusieurs masses ne doit pas se confondre avec d'autres divisions en d'autres masses: allusion à des divisions du patrimoine qui existent encore aujourd'hui, qui viennent du droit romain mais dans un autre domaine, qui

ne sont du reste que des divisions fictives (Planicl, T.I. p. 698): la division des biens produite par le bénéfice d'inventaire et par la séparation des patrimoines.

D. Le patrimoine est inséparable de la personne.

En droit moderne cela est totalement vrai parce qu'il ne connaît plus de transmission universelle des patrimoines entre vifs, depuis que la loi du 31 Mai 1854 a aboli la mort civile (Cf. art. 718, du C.C.). Toutes les transmissions entre vifs sont des transmissions de biens particuliers exécutées à titre particulier. La seule transmission de patrimoine à titre universel a lieu par succession, par legs universel ou à titre universel, c'est-à-dire à cause de mort.

En droit romain la transmission du patrimoine à titre universel entre vifs était possible. Accarias compte onze cas où la transmission s'opère à titre universel, soit entre vifs soit à cause de mort. Mais il y en a une douzième:

- 1° - L'hérédité.
- 2° - Le fidéicommiss d'hérédité,
- 3° - La bonorum possessio.
- 4° - L'in jure cessio hereditatis.
- 5° - La bonorum addictio libertatum ser-

vandarum causa.

Ces cinq premiers modes s'appliquent uniquement au patrimoine d'un mort.

6° - L'adrogatio.

7° - L'acquisition de la manus par le ma-

ri.

8° - L'acquisition de la dominica potestas dans un cas spécial par application du S.C. Claudien, cas où une femme a eu des rapports avec l'esclave d'autrui sans le consentement du propriétaire de l'esclave: alors le propriétaire de l'esclave prend le patrimoine de la femme, laquelle devient esclave. En même temps qu'il acquiert la dominica potestas sur la femme, il acquiert son patrimoine.

9° - La mancipatio familiae (cas omis par Accarias).

Les N° 6 à 9 s'appliquent uniquement au patrimoine d'un vivant, car la mancipatio familiae, tout en jouant le rôle de testament, est un procédé de transmission entre vifs.

10° - La bonorum sectio.

11° - La bonorum venditio.

12° - La confiscation.

Ces trois derniers modes s'appliquent

Transmission
du patrimoine
à Rome
aussi bien
entre vifs
qu'à cause
de mort.

au patrimoine d'un vivant ou à celui d'un mort.

III - L'"Ensemble".

Dans la définition, c'est le terme essentiel. Il n'est pas douteux que le patrimoine constitue un ensemble, une unité, une universalité, une entité, un tout qui est bien composé d'éléments particuliers, de droits, d'actions et charges. Le patrimoine n'est pas la somme de ces éléments particuliers. Il est représenté par une notion indépendante de ces éléments qui plane pour ainsi dire au-dessus d'eux. Toutes les fois qu'on dit qu'une masse de biens est considérée dans son ensemble, cela veut dire qu'il y a là un concept qui s'élève au-dessus de ses éléments. Les Romains ont exprimé ce concept d'unité par différents termes: *omne jus*, *totum jus*, *universum jus*, *universitas*.

Omne jus.

1° - *Omne jus*, *totum jus* sont des expressions qui ont été suspectées (Bonfante, Corso VI, p. 48-53), peut-être à tort (Cours de 1930-31, pp. 114-116) car Vopiscus (Vie d'Aurélien) rapportant la formule d'adrogation d'Aurélien, parle de *totum jus*.

Universum jus.

2° - *Universum* appliqué à *jus* paraît une expression d'origine post-classique ou pré-justinienne (Cours 1930-31, p. 115) et elle est suspectée parce qu'elle se rapproche d'*universitas* qui est une expression de même origine.

Universitas.

3° - *Universitas*. Ce terme se trouve au D. appliqué à notre cas chez Africain L. IV quaest. D. 50.16 D.V.S. 208: "Bonorum appellatio, sicut hereditatis, universitatem quandam ac jus successionis et non singulas res demonstrat: l'appellation de biens, comme celle d'hérédité, désigne une certaine universalité et un droit de succession et non point des choses singulières". On voit que l'idée est bien marquée: à en croire le D. ce serait une déclaration d'Africain qui a été l'élève de Julien au II^e siècle et qui rapporte bien souvent l'opinion de son maître ("ait: Julien dit). Il ne faut pas se laisser égarer par ce texte. Nous allons le montrer en reprenant la question de l'*universitas* qui, toute fondamentale qu'elle soit, est fort peu étudiée dans les Cours.

Distinction de l'*universitas facti* et de l'*universitas juris*.

Les Pandectistes distinguaient deux sortes d'*universitates*: l'*universitas hominis* ou *facti* et l'*universitas juris*. L'*universitas hominis* ou *facti* (l'universalité de l'homme, ou qui existe en fait) est un assemblage factice de choses ou de personnes: un troupeau constitue un assemblage de bêtes, mais factice, car demain il ne sera plus le même. De même une

bibliothèque.

L'universitas juris est tout autre chose. Elle constitue un assemblage qui peut être mobile, variable dans ses éléments, mais un assemblage qui a une réalité juridique, qui est considéré par le droit comme quelque chose d'existant, d'indépendant à l'égard de ses membres, comme une institution qui demeure.

Cette universitas juris (Cuj., p. 114 et Dict. des Antiq. V^o, Universitas) peut être de deux sortes: ou une universitas personarum ou une universitas rerum.

Cette distinction entre universitas hominis, ou facti d'une part, juris de l'autre, est regardée par les Pandectistes eux-mêmes comme trop absolue (Windscheid, t. I, p. 181 n.6). Ce caractère trop absolu de la distinction apparaît à propos des intérêts que la doctrine pandectiste lui attribue.

Critères de la distinction.

Toute distinction s'établit d'après les intérêts mêmes qu'elle présente. Ici on se fonde sur deux critères: 1° - Universitas juris se caractérise parce qu'elle a pour sanction une action unique, réelle, universelle. C'est très juste pour l'hereditas qui est bien une universitas juris; elle a pour sanction une action unique réelle universelle, la pétition d'hérédité, (action in rem plutôt qu'action réelle, car action réelle désigne une action qui tend à la chose, tandis que action in rem c'est à la fois action réelle et l'action efficace erga omnes. Les actions d'état qui servent à faire reconnaître la situation d'une personne, sont in rem et non pas réelles.)

2° - ce qui distingue l'universitas juris, c'est que si l'un de ses objets a été aliéné indûment, le prix de l'aliénation prend sa place dans l'universitas. Réciproquement, les deniers de l'universitas qui sont employés indûment à l'acquisition d'un objet sont remplacés dans l'universitas par cet objet. Il y a par conséquent subrogation réelle: "in universitatibus res succedit in locum pretii, pretium succedit in locum rei". (On retrouve là l'expression succedit in locum qui est connue surtout en matière hypothécaire). Cet adage se comprend très bien pour l'hérédité et en effet, il semble que cette subrogation réelle soit venue de la théorie même de l'hérédité en droit romain. L'origine de l'adage se trouve dans le S.C. Juventien (1) Les deux critères s'accordent donc avec la théorie de l'hérédité.

(1) La dernière étude sur la question est celle de M. Ch. Appleton, R.H.D. 1930 pp. 1 - 19 et 621-668.

Le patri-
moine n'est
pas une u-
niversitas
juris.

Mais les pandectistes comprennent parmi les universitates juris le patrimoine. Se fondant sur la Loi 208, ils rangent le patrimoine parmi les universitates de droit: Windscheid t.I, p. 181 n. 6, précise sur le fondement d'autres textes du D. que le patrimoine est non seulement une universitas juris mais une chose incorporelle, un juris nomen, que le patrimoine "juris intellectum habet". Juris nomen: c'est un nom juridique comme le dit Ulpien, 49, ad Sab. D. 50. 16. D.V.S. 178, 1. Le Patrimoine juris intellectum habet: le patrimoine a une notion intellectuelle, un concept de droit, il est un concept juridique (Papinien 60 Quaest. D. 5. 3. d.H.P. 50, pr.). Le patrimoine serait un concept juridique tout comme l'hérédité.

Il faut renoncer à admettre cette doctrine. La méthode pandectiste purement dogmatique reconstruisait le droit romain sur des conceptions subjectives. A l'heure actuelle nous suivons la méthode historique. Elle tend à rejeter toute construction artificielle qui n'était pas purement romaine. Dans notre question même elle arrive à des solutions différentes. L'ancienne méthode qui cherchait à construire le droit romain en vue d'un but pratique arrivait à l'absolu et prenait les textes en leur donnant non pas le sens qu'on peut supposer qu'ils ont eu, mais le sens qu'on leur prête. La doctrine historique n'a pas pour objet de construire des systèmes. Elle veut reconstituer le droit romain tel qu'il était, en se fondant sur la relativité. Dans l'étude des textes, elle ne leur donne pas une portée générale, mais au contraire elle les laisse dans leur domaine spécial, originaire, à la place qu'ils occupaient dans l'exposé des doctrines des jurisconsultes sans se laisser dominer par la répartition des matières dans le Digeste.

Pour la solution de la question: le patrimoine est-il une universitas juris, est-il vraiment un juris nomen, est-ce que juris intellectum habet ?

Nous pouvons utiliser ici les travaux spéciaux de M. Bonfante, résumés dans Corso T. II S.I; p. 130-132, T. VI. p.p. 43, 48-53, 56, avec références aux études premières de ce savant.

Les textes
allégués par
la doctrine
pandectiste
se rappor-
tent à la
bonorum
possessio
ou à l'hé-
rédité.

Que penser du texte d'Africain ? Sans doute il se rapporte aux bona, il parle de l'appellation de bona. Mais est-ce qu'il s'agit ici du patrimoine ?

Si bona est mis en rapport avec l'hérédité par la loi 208, les bona ce sont les bona de la bonorum possessio, c'est l'objet de la bonorum possessio, c'est-à-dire de la succession prétorienne. Le reste du texte est fortement interpolé.

2° - Les deux autres lois (Ulpien, *Juris nomen*; Papinien, *juris intellectum*), se rapportent en réalité à l'hérédité. Les jurisconsultes nomment l'hérédité expressément.

3° - A l'hérédité qui est un concept juridique faut-il assimiler le patrimoine en vertu du premier critère ? Il convient à merveille à l'hérédité, qui a pour sanction unique une action in rem universelle. Mais où est l'action universelle qui sanctionne le patrimoine ? Aucune action pour un vivant ne correspond à la *petitio hereditatis*.

4° - Que vaut le second critère, in *universitatibus res succedit in locum pretii, pretium in locum rei* ?

Il ne vaut point du tout pour le patrimoine et les choses sorties indûment du patrimoine ne se remplacent pas par le prix et réciproquement.

Il résulte de là que les Romains n'ont jamais considéré le patrimoine comme une *universitas juris*. Cette notion est une conception pandectiste. Mais si les classiques n'ont pas considéré le patrimoine comme une *universitas juris*, ne seraient-ce pas les jurisconsultes ou les commissaires de Justinien qui auraient créé cette théorie ? En effet, M. Bonfante a démontré que la notion d'*universitas* n'est pas une notion classique. C'est une invention de Justinien, ou plutôt c'est à l'époque postclassique ou à l'époque préjustinienne, qu'est née la doctrine de l'*universitas*. M. Bonfante a très bien montré pourquoi elle a été créée et insérée dans les textes par interpolation. La théorie de l'*universitas* a été amenée par contre-coup, par réaction, non par opposition aux successions à titre particulier introduites au Bas-Empire. Or par là-même qu'il y avait des successions à titre particulier, inconnues du droit classique romain, il devait y avoir par opposition des successions à titre universel, des universalités. Voilà comment Bonfante explique la chose.

Ces *universitates* introduites par interpolation se comprennent pour l'hérédité et ne se comprennent pas pour le patrimoine, car le concept qui convient à l'hérédité, ne convient pas au patrimoine et pour celui-ci il faut laisser de côté le concept de l'universalité qu'on emploie trop souvent.

5° - Les Romains ont classé parmi les biens incorporels l'hereditas (Gaius 11,14), parce que l'*hereditas* est une *res* et qu'à partir d'un certain moment sous l'influence de la philosophie stoïcienne, ils ont distingué les *res* corporelles et les incorporelles. Jamais on ne range le patrimoine parmi

Les Romains n'ont jamais considéré le patrimoine comme une *universitas juris*.

Bien que n'étant pas une universalité le patrimoine est

cependant une unité.

les res, même incorporeales. C'est donc qu'il ne constitue pas à proprement parler une entité juridique comme l'hérédité.

Ce n'est pas à dire que le patrimoine ne forme pas une unité, un ensemble, un tout. Un argument en faveur de cette idée est que dès une haute antiquité l'existence même de l'hérédité prouve qu'il y avait une idée d'unité dans le patrimoine. Plus tard, dans les différents modes de transmission à titre universel, encore qu'il faille faire entre eux des différences, ces modes opéraient à titre universel, sur un tout qui est le patrimoine.

Autre preuve: en excluant l'hypothèse d'un cas de transmission, en supposant que le patrimoine appartienne à une personne vivante, ou que celle-ci ne songe nullement à l'aliéner, le patrimoine constitue une unité, et une unité certaine, puisque les Romains distinguent les res in patrimonio et les res extra patrimonium; ils considèrent que nos biens, droits, charges, actions forment un tout spécifié sous le nom de patrimoine. Il est probable que les Romains ont reconnu d'assez bonne heure cette division des choses en fonction du patrimoine, lorsque les droits se sont étendus ou que les choses n'ont plus appartenu à la famille, mais au pater, comme on l'a dit ci-dessus, en un mot, quand le besoin s'en fait sentir.

Qu'est-ce donc au juste que cette unité de patrimoine ?

IV - Le patrimoine romain a, comme aujourd'hui, comme partout et toujours depuis que le droit est formé, deux faces: la face active, la face passive; la face active qui est composée des droits et actions, étant donné que les droits comprennent le droit de propriété qui est le plus important et porte sur les choses; la face passive, c'est-à-dire les charges, dettes ou obligations.

Liaison dans l'héritas entre l'actif et le passif.

La question, pour fixer la nature du concept de patrimoine, est de savoir quel rapport existe entre la face active et la face passive du patrimoine. Pour bien le comprendre, il faut considérer par opposition l'hérédité qui est le type de l'universitas. Dans l'hérédité il existe une relation étroite entre la face active et la face passive. D'une part l'héritier romain, et également le bonorum possessor, le successeur du droit prétorien, prenait à la fois l'actif et le passif, le patrimoine lui-même, sauf bien entendu les droits, charges et actions intransmissibles. D'autre part entre cet actif et ce passif venant du défunt, il existe un lien intime, un lien idéal en quelque sorte qui caractérise la structure de l'héré-

dité, fondée sur le fait que l'hereditas, c'est le titre d'héritier. C'est un titre spécial, spécifié, que le titre d'héritier et qui a cette conséquence que vis à vis de l'hérédité il comporte un lien étroit entre l'actif et le passif. L'argument qui le montre se tire de Gaius, III, 84, qui dit ceci: une personne se donne en adoption (en adrogation plutôt, puisqu'il s'agit d'un sui juris), une femme convenit in manum mariti, se donne en mariage (avec manus) à son mari. Ces personnes ont des dettes, lesquelles en principe ne passent ni aux coemptionator en cas de mariage avec manus, ni au père adoptif, à l'adrogeant, sauf l'exception "nisi si hereditarium aes alienum fuerit: à moins que si les dettes de la personne étaient des dettes héréditaires". En ce cas le coemptionator et l'adrogeant prennent les biens et les dettes ensemble parce que l'hérédité forme un tout où les dettes adhèrent aux biens. L'union est indissoluble entre l'actif et le passif et celui qui profite de l'opération supporte ici les dettes parce que ce sont des dettes héréditaires.

Voilà le meilleur argument de l'indissolubilité de l'hereditas. En est-il de même du patrimoine ?

V - Le criterium se trouve dans le rapport qui peut exister entre l'actif et le passif. Pour dégager un concept par rapport à un ensemble de biens, il faut déterminer le rapport de l'actif et du passif, des bona et des dettes. Birkmeyer expose à ce sujet les théories anciennes et la sienne propre (pp. 159-186).

Rapport de l'actif ou du passif dans le concept de patrimoine.

Contradiction des textes.

Les sources indiquent qu'aux bona sont unies les dettes. Aussi la doctrine dominante range-t-elle les dettes parmi les éléments du patrimoine. Mais quelle est la portée de cette union ? D'après la doctrine dominante, l'union revêtirait deux sens établis d'après l'interprétation qu'elle tire de deux groupes de sources. En effet, les textes constituent deux groupes de sources par rapport à notre problème et ces deux groupes s'opposent. D'après le premier groupe, bona désigne l'union des droits et des dettes; Bona conjunctis incommodis: biens auxquels les charges sont jointes. D'après le 2ème groupe, les droits et dettes sont séparés et bona désigne le résultat de la séparation des droits et des dettes: Bona deducto aere alieno: les biens ne ressortent qu'une fois déduit l'argent d'autrui (aes alienum est très fréquent pour désigner les dettes tandis que aes suum ne désigne qu'une fois le patrimoine).

Depuis la Glose les auteurs déclarent que les deux concepts, ces deux façons d'exprimer les bona,

Conciliation
par la dis-
tinction
entre l'ap-
pellatio
naturalis
et l'appel-
latio civilis.

se trouvent justifiés par une loi célèbre d'Ulpien L. 59 ad Ed. D. 50.16 d.V.S. 49, "Bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est... l'appellation de bona est tantôt naturelle tantôt juridique. Naturaliter bona ex eo dicuntur quod beant hoc est beatos faciunt; beare est prodesse: au point de vue naturel les biens se disent de ce qui profite aux hommes, c'est-à-dire qui les rendent heureux, car beare c'est prodesse, être utile". Il manque dans le texte, tout ce qui devait correspondre à civiliter. Mommsen complète: "civiliter bona dicuntur quae patrimonii nostri sunt: les biens au point de vue juridique se disent des choses qui sont dans notre patrimoine". Longtemps on a rattaché à cette double appellation des biens, naturelle ou juridique, la distinction indiquée plus haut entre les bona conjunctis incommotis et les bona deducto aere alieno. On disait: l'appellatio naturalis, au point de vue naturel, vise les bona deducto aere alieno, l'actif net, après soustraction du passif; l'appellatio civilis, l'appellation juridique désigne les bona conjunctis incommotis, les biens auxquels sont conjoints les désavantages, les biens en union avec le passif, le patrimoine brut. La Glose interprétait ainsi la double appellation et cela à propos de deux textes très connus aussi: loi 21 D. 50,16, Paul XI ad Ed. "Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes concedere": et loi 39,1, D.H.T. Paul LIII ad Ed. : "Bona intelliguntur cujusque quae deducto aere alieno supersunt: les biens de n'importe qui s'entendent qui restent, une fois déduites les dettes". Après la Glose, la doctrine dominante se retrouve chez Bartole, Cujas, Doneau, Fernice, Windscheid. Cujas, qui accepte la doctrine générale, a pourtant une thèse particulière, ce qui montre que Cujas possédait la méthode historique dont ici il fait déjà usage (V. *Infra*).

Windscheid qui est le type des Pandectistes modernes, a, dans ses premières éditions, partagé l'opinion commune et soutenu que l'appellation naturelle se rapporterait aux bona deducto... l'appellatio civilis aux bona conjunctis... cf. t. I, p. 179, n° 3. Dans sa dernière édition (9ème éd. par Kipp), il renonce à cette opinion en se contentant de dire que l'opposition entre l'appellatio naturalis et civile est la même chose que l'opposition moderne entre les biens au sens économique et les biens au sens juridique.

Une autre façon de parler (Windscheid, I, pp. 178-180) est celle-ci: 1° - Le patrimoine est une unité du fait que les droits patrimoniaux, les droits qui le constituent et qui sont tous de nature pécuniaire, les droits, actions et charges, toutes appréciables

en argent, appartenant à une même personne. Windscheid va même jusqu'à dire que c'est une universitas. Le patrimoine constitue une unité du fait qu'il appartient à une seule et même personne.

2° - Dans un sens plus étroit, le patrimoine est seulement ce qui reste après soustraction des dettes. C'est le patrimoine net, pur, Reinvermöge c'est-à-dire (Windscheid -T.I., p. 179 n° 2 a.) la valeur pécuniaire qu'on obtient par comparaison de l'actif et du passif après liquidation des biens et soustraction des charges.

Que faut-il penser de ces conceptions anciennes ? Suivant le mot de Windscheid, Birkmeyer s'est élevé contre la doctrine dominante avec vivacité. En effet Birkmeyer (pp. 15 et sq.) repousse l'interprétation de naturalis et de civilis des auteurs. Il déclare en plus que les dettes ne peuvent appartenir à l'universitas bonorum, ne soupçonne aucune interpolation et il croit au classicisme à l'universitas bonorum (p. 181-189).

Il invoque l'histoire du patrimoine, le silence que les sources gardent sur les dettes quand elles énumèrent les éléments du patrimoine et en particulier la loi 49 dans la suite de son texte qui énumère ce qui se trouve in nostris bonis. L'argument est insuffisant comme nous le verrons dans la II° partie, puisqu'il s'agit simplement de ce qui se trouve in bonis et la question est de savoir si l'in bonis est tout le patrimoine.

Birkmeyer fait ensuite appel à l'étymologie de bona, beare, profiter, donc bona indique toujours un profit. Mais nous savons que l'étymologie est fautive. M. Meillet dit que le lien est très lâche, il n'existe même pas.

Ensuite, on ne saurait dit-il, se fonder sur ce que les sources désignent comme notion de valeur du patrimoine les bona deducto aere alieno. Plus clairement, il ne faut pas s'imaginer que la règle bona deducto... voudrait dire que les dettes sont contenues dans le patrimoine, car 1° cette soustraction des dettes ne se fait pas dans le patrimoine in Vermögen, elle se fait par rapport au patrimoine an Vermögen. C'est subtil, mais c'est exact. 2° - les bona, c'est ce qui reste, à condition qu'on entende par bona ce qui tombe sous le coup de la règle: Bona non sunt deducto aere alieno.

Il aboutit à ceci: en fait, l'adage Bona... n'est pas une définition du patrimoine, c'est une expression, une forme de pensée (Denkform), une façon d'exprimer, la règle qu'on ne peut disposer de son

Rejet de la théorie pandectiste par Birkmeyer, la règle bona non sunt ne signifie pas que les dettes sont exclues du patrimoine, mais qu'on ne peut disposer de son patrimoine au détriment de ses créanciers.

patrimoine au détriment de ses créanciers. La règle Bona... n'est donc pas une règle de droit proprement dite, mais l'expression d'une règle, de la règle qu'on ne peut disposer de son patrimoine au détriment de ses créanciers. Il suit (pp. 199-248), le sens de l'adage ainsi précisé dans ses différentes applications.

Dans l'exposé de Birkmeyer, l'effort est visible, de se dégager de la construction simpliste de la Glose. La méthode de Birkmeyer est préférable à celle des Pandectistes. Mais ne peut-on aller plus loin ?

Commençons par une rectification de la méthode. La Glose, les anciens auteurs, les pandectistes avaient appliqué la distinction de la loi 49 aux deux groupes de textes qui disent que les bona se conçoivent tantôt conjunctis et tantôt deducto. Or, s'il y a bien deux classifications dans les textes (naturalis, civilis - bona deducto, bona conjunctis) cela ne veut pas dire que la deuxième classification soit adéquate à la première. L'égalité est établie par la Glose sans qu'elle soit commandée par les textes. La Glose a appliqué naturalis à bona deducto, civilis à bona conjunctis. Mais c'était forcer la note que d'établir cette égalité. Cela provient de l'esprit de construction dogmatique de la Glose et des Pandectistes.

VI - Nous allons suivre encore ici la méthode historique, complexe et relative, en utilisant deux moyens d'investigation: 1° - Nous étudierons les différentes solutions des principaux textes sur les bona; 2° - Nous considérerons les différents modes de transmission du patrimoine entre vifs et leurs effets.

Si notre procédé est bon, les deux moyens d'éclaircissement devront concorder dans leur résultat. Le 2ème moyen, qui se place au point de vue juridique, devra servir de contrôle au premier qui prend les choses du point de vue exégétique. Le recoupement, comme on dit, sera notre méthode de vérification.

1er moyen d'investigation: les bona et la notion de patrimoine.

Il est certain que l'on est embarrassé depuis Irnerius par le fait que les sources sont réparties en deux groupes, lesquels contiennent deux conceptions antithétiques des bona.

Reprenons les textes selon la méthode historique. Le principe de cette méthode est que pour comprendre un texte du Digeste, il faut le replacer dans son milieu originare, qui tantôt est parfaitement visible encore au Digeste, tantôt au contraire ne l'est pas. Mais en ce dernier cas, on peut le retrou-

Absence
de rapport
entre natu-
ralis et
civilis
d'une part,
bona conjunc-
tis et bona
deductis de
l'autre.

Nécessité
d'expliquer
les textes
selon la
méthode his-
torique.

ver en général et assez facilement grâce à la méthode des inscriptions, dont M. Lenel a fait, comme on sait, un heureux usage pour reconstituer l'ordre de l'Edit. C'est là la méthode relative, puisqu'elle retrouve la relation du texte avec son entourage, notamment avec son milieu d'origine. Considérons successivement les deux groupes.

1er groupe: *Bona conjunctis incommotis*:

voici les quatre textes invoqués par Birkmeyer (p. 159):
1° Ulpien IV Fideic. D. 36, 1, ad S.C. Trebel. 15, 8 et 17 (16), textes cités par nous en énumérant tous les mots désignant le patrimoine dans le fideicommiss d'hérédité. Les textes ne parlent pas du tout de ce que deviennent les dettes, sinon dans la loi 17, 3, où il est dit que quand on restitue l'hérédité on doit déduire les dettes. Ces textes sont à écarter, puisqu'ils ne s'occupent pas du patrimoine mais du fideicommiss d'hérédité, mode de transmission à cause de mort.

2° Ulpien 39, Ad Ed. D. 37. 1. d. B. P. 1 et 3 pr parle de *bona conjunctis incommotis*, mais il se rapporte à la *bonorum possessio* et non pas au patrimoine proprement dit, au patrimoine d'un vivant; or, le concept de la B. P. est totalement différent de celui du patrimoine.

3° Pomponius L. III ad Q. Muscium D. 50, 16. d. V. S. 119 donne la définition de l'hérédité: sans aucune espèce de doute, le terme hérédité contient également la *damna hereditas*, même l'hérédité qui se solde par un déficit. Mais il s'agit d'*hereditas* et non de patrimoine, donc le texte est encore hors de cause.

4° Africain L. IV Quæst. D. H. T. 208, déjà cité, définit le mot *bona*. L'appellation de *bona*, comme celle d'hérédité, signifie une universalité et un droit de succession et non pas des choses singulières. Il applique à *bona* comme à hérédité le sens de *universitas*. *Bona*, dans cette position, se rapporte à la *bonorum possessio*, puisque le passage la met en harmonie avec *hereditas*; le texte est hors de cause.

Aucun de ces textes ne se rapporte donc au patrimoine d'un vivant; ils se rapportent tous à des transmissions à cause de mort, fideicommiss d'hérédité, *bonorum possessio*.

Pas un texte ne nous dit pour le patrimoine d'un vivant que les *bona* doivent s'entendre *conjunctis incommotis*.

Deuxième groupe de textes: *Bona deducto aere alieno*.

Birkmeyer (p. 159) cite huit textes juridiques auxquels il faut ajouter un texte littéraire.

Les textes parlant de *bona conjunctis* ne se rapportent pas au patrimoine d'un vivant.

Textes posant le principe: bona deducto aere alieno, et écartés .

Ecartons d'abord quatre textes juridiques
1° - Code de Justinien, 531, C. 6.61, De bon. liber. 8,4. Ce texte constate que substantia ohe les Anciens s'entendait "deducto aere alieno". Substantia étant un terme familier à Justinien, jamais les Anciens n'ont parlé de substantia à propos de l'adage qui concerne la deduction du passif. Ils ont toujours dit bona. Le texte n'a donc aucune importance: il reprend l'adage connu.

2° -3° - Ecartons aussi deux autres textes relatifs au legs d'usufruit des bona. Venuleius L. X Act. D. 33,2, de Usuf. leg. 43 et Pomponius L. V ad Sab. D. 35,2. Ad leg. Falcid. 69. Ils disent que le terme bona s'oppose à res et bona s'entend deducto aere alieno dans le legs d'usufruit. C'est une application de l'adage. D'autre part, nous les écartons pour un autre motif, parce que le legs est un mode de disposition à cause de mort et nous n'avons pas affaire à de tels modes de disposition, nous limitant aux modes entre vifs. D'ailleurs l'explication que nous donnerions de ces textes est la même que l'explication de la règle dans les modes de transmission entre vifs (V. plus bas).

4° - Il reste un texte concernant la bonorum collatio, le rapport. Paul, L. 41 ad. Ed. D. 37. 6. De Coll. B. 2,1. Lorsqu'on effectue un rapport les dettes sont exclues: bona s'entend à l'exclusion des dettes. Le texte sera commenté à la Section II. Pour le moment nous l'écartons.

Nous arrivons ainsi aux textes qui énoncent l'adage.

Texte de Quintilien retenu: formule la plus ancienne de la règle.

1° Birkmeyer (p. 203-204) a relevé un texte capital de Quintilien: Déclamations, n° 273 debitor adulter: Bona porro quae sunt? Ut opinor, ea quae de tractis alienis deprehensa sunt. Finge alium creditorem fuisse eius quem deprehendisti = num dubium est, quin, quamvis ad te bona pertinere adulteri, recepturus tamen suum creditor fuerit? :... nam patrimonii in alium transitori ea ratio est ut primum credito satisfiat. Bona mea, id est, quod liberum in patrimonio meo est et quod proprie meum ad te transire debet lege: prius solvo variante: (debet aere prius soluto). Un homme a été pris en flagrant délit d'adultère par le mari. Il avait un créancier. Le mari peut saisir le patrimoine de l'adultère, mais en réglant le créancier. Bona deducto aere alieno. Ce texte a deux mérites: a) il formule excellemment l'adage en lui donnant une portée générale très instructive: "car la règle (ratio) en fait de transfert de patrimoine à autrui est celle-ci que l'on satisfasse d'abord à la

créance". Le mot ratio a beaucoup de sens, ici c'est plutôt règle que raison. La phrase finale revient sur l'idée. b) autre mérite: Les Déclamations de Quintilien ont été composées vers 88 ap. J.C. ; ce texte est donc le plus ancien qui formule la règle bona... Il n'existe pas de texte juridique aussi vieux.

Cette règle, cet adage, cette expression de pensée, les traités de droit civil la formulent: "Bona non sunt deducto aere alieno, il n'y a pas de biens sinon les dettes déduites". C'est là une déformation de la vraie formule romaine, laquelle apparaît dans les textes suivants:

2° Javolenus (maître de Julien, début II^e siècle ou fin I^{er} Siècle) L. V ex Plautio D. 50.16 D.V.S. 83 "propre bona dici non possunt quae plus incommodi quam commodi habent: à proprement parler on ne peut appeler biens (ceux) qui ont plus de désavantages que d'avantages". Javolenus prend l'adage sous sa forme négative; au positif il s'exprime ainsi: "on appellera bona à proprement parler le patrimoine qui comportera plus d'avantages que de désavantages". Autrement dit, les bona ne peuvent s'exprimer par un reste négatif, les bona doivent toujours s'exprimer par un reste positif, ils doivent comporter plus de commodum que de incommodum.

Ce texte qui exprime la règle Bona... est en contradiction absolue avec Ulpien sur la bonorum possessio D. 37.1.1, et 3 pr. qui dit que les biens s'entendent conjunctis incommodis. La contradiction est réelle. Pour Ulpien bona conjunctis, il s'agissait de bonorum possessio, d'une matière calquée sur l'hérédité, laquelle est un juris nomen, un concept juridique où le passif fait corps avec l'actif. Ici il s'agit du patrimoine d'un vivant, comme on peut le déduire du milieu originare. Le milieu où se trouve actuellement le Fg. au titre de D.V.S. du Digeste, ne signifie rien, mais grâce à l'inscription on va pouvoir établir l'origine du texte: il est tiré du L.V ex Plautio, Lenel, (Palingenesie, Javolenus, n° 159). Mais on ignore le contenu de ce livre. Cependant M. Collinet pense que ce Livre V ex Plautio visait la confiscation et les droits du fisc, comme on le voit par le 3ème texte.

3° Javolenus Lib. IX Epist. D. 49,14d. jur. fisc. 11. "Non possunt ulla bona ad fiscum pertinere, nisi quae creditoribus superfutura sunt: id enim bonorum cujusque esse intellegitur quod aeri alieno superest: nuls biens ne peuvent revenir au fisc sinon ceux qui devront rester après prélèvement des créanciers, car cela s'entend être des biens de quelqu'un,

Texte de Javolenus: les bona doivent toujours comporter un reste positif.

Contradiction avec Ulpien.

Ce texte se rapporterait à la confiscation.

cela qui reste après les dettes". L'adage ici est certainement en relation avec le fisc, avec la confiscation, comme le prouve l'inscription.

4° - Ce texte de Javolenus est la source du texte de Paul, 53, ad Ed. D. 50.16 D.V.S. 39,1 (Lening, Paling. n° 655):

"Bona intelleguntur cujusque quae deducto aere alieno supersunt: les biens de quelqu'un s'entendent de ce qui reste après déduction des dettes".

Paul et Ulpien ont beaucoup emprunté à leurs devanciers. Ici la source du texte paraît être celle de Javolenus.

Autres textes montrant que la notion de bona s'entend d'un actif.

Si nous consultons le titre du Digeste, nous ne pouvons savoir à quoi se rapportait le texte. Mais d'après l'inscription (Paling. 655) on voit que le L. 53 ad Ed. traitait de praediatoribus. On appelle praediator l'adjudicataire des biens engagés par un débiteur de l'Etat à l'Etat romain et qui ont été vendus faute de paiement à l'échéance. Lorsque l'Etat romain faisait des opérations avec un particulier, il exigeait des garanties personnelles (praedes) ou réelles sous forme d'assignations d'immeubles, praedia, cautio praediis praedibusque (Peltier, thèse, Paris, 1893). La matière de la praediatura est connue par un autre de ses côtés: l'usureceptio ex praediatura. Le jurisconsulte nous dit: quand il y a adjudication des biens engagés à l'Etat et vendus faute de paiement, l'adjudicataire doit recevoir ces biens quittes de toute charge: il prendra les biens nets. C'est ce brocard de Paul qui a été démarqué dans l'adage qu'on cite couramment: "bona non sunt...."

Les bona doivent toujours être positifs.

Concluons: ces textes qui se réfèrent tous à la même notion de bona sont bien relatifs au patrimoine d'un vivant et sont fondamentaux pour nous. Tous ces textes concordants montrent que la liquidation de l'actif et du passif, quand il y a lieu de la faire, doit se solder toujours par un reste positif. Aucun texte quelconque ne nous donne la conception que le patrimoine comporterait comme l'hérédité un lien entre l'actif et le passif, tel qu'il pourrait se solder comme dans l'hérédité par un reste négatif. Ce n'est pas douteux, les bona doivent toujours être positifs.

Comment expliquer cette différence capitale entre une hérédité et les bona ?

Nous allons tenter de le faire grâce à notre deuxième moyen d'investigation.

2ème moyen d'investigation: Modes de transmission du patrimoine entre vifs.

Nous allons pouvoir justifier par leur

Explication de la différence entre l'hérédité et les bona par l'examen des modes de transmissions universels.

examen les solutions des textes sur les bona et, s'il n'existe pas de texte, nous verrons qu'on peut obtenir des solutions analogues.

Les modes examinés sont uniquement des modes d'acquisition à titre universel. La question du concept de patrimoine n'a rien à faire en effet avec les modes à titre particulier: ce sont donc uniquement des modes à titre universel. Gaius II.97, en opposant ces modes aux legs, qui est un mode à titre particulier même quand il s'agit d'un fideicommiss d'hérédité, - déclare que ce sont des modes per universitatem, qui opèrent à titre universel. Nous avons dit que Universitas au sens d'entité juridique, s'appliquant par exemple à l'hérédité, est un terme du Bas-Empire. Mais il faut constater que l'expression existait tout de même en droit classique, comme le prouve notre paragraphe. Le germe de la notion d'universalité est donc tout de même classique. Les gens du Bas-Empire ne l'ont pas inventée et se sont contentés de la développer. Cela concorde avec ce que nous savons pour d'autres institutions, par exemple en matière de contrats innommés, l'actio praescriptis verbis sortant de précédents classiques.

Ces modes qui opèrent per universitatem, Gaius II,98 en énumère quelques-uns: hérédité, bonorum possessio, bonorum venditio, adrogatio, conventio in manum. Par le moyen de tous ces actes "ejus res ad nos transeunt, les biens de celui dont il s'agit passent à nous-même". La question est de savoir en commentant le mot Res, dans quelle mesure les biens appartenant à l'intéressé passent à un nouvel individu. Res, est-ce tout le patrimoine, c'est-à-dire les res corporeles et les res incorporeles à la fois? Res corporeles quae tangi possunt et les res incorporeles qui ne tombent pas sous le sens, les créances, les dettes. Toutes les res passent-elles? Ou faut-il prendre le terme d'une façon plus restreinte? Est-ce que certaines choses ne passent pas, les créances, les dettes? Gaius qui écrit un manuel élémentaire ne précise malheureusement pas.

Mettons d'abord hors de cause l'hérédité et la bonorum possessio.

Ce sont là des modes à cause de mort qui, par conséquent, ne nous intéressent que par opposition.

Dans le cas d'hérédité et de bonorum possessio le patrimoine acquis par

Dans ces deux cas les bona comprennent à la fois l'actif et le passif, les res sont synonymes de bona. L'héritier et le bonorum possessor prennent tout ce qui est laissé par le de cuius, actif et passif, et si le passif l'emporte sur l'actif, l'héritier et le bonorum possessor prennent l'hérédité

L'héritier
ou bonorum
possessor
est différent
par son con-
tenu du pa-
trimoine
du défunt.

ou la bonorum possessio même se soldant par un reste négatif, hereditas damnosa, désavantageuse c'est-à-dire que l'héritier devra payer les dettes sur son propre patrimoine.

Comment se fait-il que l'héritier et le bonorum possessor prennent l'hérédité même damnosa? Au point de vue juridique, l'hérédité comme la bonorum possessio est un juris nomen donc un concept indépendant du contenu de l'héritage, parce que c'est plutôt un titre qu'on acquiert. C'est la notion même de la succession à cause de mort qui l'exige. En analysant le fait de l'hérédité; cela s'explique ainsi: Le de cuius en mourant laisse des biens, droits, actions, dettes. Tout cet ensemble qui était, de son vivant son patrimoine n'est plus un patrimoine, puisque celui-ci disparaît avec la personnalité du défunt: là où il n'y a plus de personne là il n'y a plus de patrimoine. La preuve en est dans la théorie de l'hérédité jacente sur laquelle les jurisconsultes se sont demandés à qui la faire supporter. Les biens droits etc... que recueille l'héritier, ce n'est donc pas le patrimoine du défunt. La notion de succession, le fait de prendre la place du défunt, est une notion d'apparition secondaire, comme le transfert de propriété lui-même. Le droit romain a longtemps conçu les choses d'une façon plus réaliste n'admettant pas la transmission mais le dessaisinement et l'ensaisinement séparés par une lacune plus ou moins large.

Quand un individu meurt son patrimoine n'existe plus; des droits, biens, actions, dettes, le contenu de ce patrimoine évanoui est recueilli par qui a des droits, héritier ab intestat, testamentaire, bonorum possessor. A quel titre? Pendant longtemps non pas à titre de successeur, mais en vertu de son titre propre d'héritier, de bonorum possessor. Les biens qu'il prend, il les prend, donc non comme le patrimoine du défunt, mais comme un patrimoine à lui. Patrimoine qui n'est pas le patrimoine d'un défunt, patrimoine qui est particulier, qui est la défiguration du patrimoine du défunt, patrimoine qui n'est pas le même que celui laissé par le défunt, et la preuve c'est que la consistance des deux patrimoines n'est pas la même, il existe une différence entre le contenu de ce qu'à laissé le défunt et le contenu de ce que prend l'héritier du fait que certains droits, certaines actions, certaines dettes évaluables en argent ne passent pas.

Arrivons aux cas de transmission du patrimoine entre vifs à titre universel.

Cas de transmission à titre universel entre vifs dans lesquels comme pour l'hérédité les droits passent avec les charges.

Quand on analyse les modes de transmission, on s'aperçoit très aisément qu'il y a un premier groupe de cas dans lesquels les effets sont les mêmes que ceux que nous venons de voir: ces modes comportent l'ensaisinement de tous les droits, actions, charges sur la tête de l'aliénateur. Autrement dit, en prenant une formule qui n'est peut-être pas la formule romaine du début mais qui l'est au temps de Gaius II, 98, "ejus res ad nos transeunt", les choses de l'aliénateur passent à l'acquéreur.

Quels sont ces cas?

La mancipatio familiae.

1° - La mancipatio familiae acte entre vifs à titre universel, est un acte per aes et libram portant sur la familia d'une personne au profit d'un familiae emptor: c'est une sorte de testament, c'est un acte dont la nature est très difficile à préciser, c'est un de ces actes indéfinissables comme le nexum parce que nous n'avons plus rien de correspondant en droit romain postérieur ou moderne. Ce qui est transféré par cet acte, c'est la familia qui comporte les droits, les actions et les charges. Le bonorum emptor ne gardera pas tout cela pour lui, il devra le remettre au véritable héritier.

La bonorum venditio.

2° - Un autre acte que Gaius indique au § 97 paraît opérer de la même façon: c'est la bonorum venditio. En cas de faillite les créanciers saisissent les biens et le résultat c'est l'adjudication des biens en bloc à un individu, le bonorum emptor. Il faut distinguer le cas où la bonorum venditio a lieu après la mort du titulaire du patrimoine ou avant. Le cas le plus simple est celui de la faillite d'un mort, parce que le bonorum emptor dans ce cas est mis, en vertu d'un Edit du préteur, dans l'état d'un héritier fictif, il devient un successeur prétorien du failli, il agit contre les tiers ficto se herede par la formule servienne et ils agissent contre lui ficto se herede par la formule servienne, Gaius IV, 35. Gaius ne parle pas des dettes: il prévoit qu'il peut y avoir des actions en revendication, des réclamations de créance, mais il ne prévoit pas que le bonorum possessor soit attaqué par les créanciers du failli. Pourquoi? Parce qu'il y a déjà marqué dans le § 34 qui traite de la bonorum possessio, cas analogue qui dit que le bonorum possessor agit par des formules fictives, mais aussi que par des formules fictives les créanciers agissent contre le bonorum possessor. Dans le § 34 il considère le côté actif et passif. Au § 35 il ne considère que le côté actif, en sous-entendant le côté passif qu'il faut rétablir.

Quand il s'agit de la faillite d'un vivant ce sont des formules rutiliennes qui jouent, qui ne peuvent être des formules fictives mais des formules à transposition de sujet (intentio: nom du failli; condemnatio: nom du bonorum emptor). Le bonorum emptor agira contre les tiers par des formules rutiliennes. Gaius ici garde le silence sur la formule des actions des tiers, il ne prévoit pas le cas où le bonorum emptor serait débiteur au nom du failli, mais il n'y a pas de raison pour que les tiers n'aient pas contre lui une formule appropriée.

Il se peut donc que les dettes soient plus grandes que l'actif, puisque le bonorum emptor prend tout, actif et passif bruts. En fait, si le passif est supérieur à l'actif, on ne trouvera pas d'adjudicataire. Il est probable que dans ce cas les créanciers liquideront eux-mêmes les biens comme ils pourront.

La bonorum
sectio.

3° - La bonorum sectio, étant le modèle de la bonorum venditio, l'adjudicataire des biens devait être sur le même pied que le bonorum emptor et tout prendre, actif et passif tout entier.

Conclusion: ces cas de transmission ressemblent à l'hérédité, sont du type de l'hérédité et ont des effets parallèles à ceux de l'hérédité. Nous devons donc les ranger dans un premier groupe, où le mot res de Gaius a son sens plein, où tout passe.

Pourquoi cela? Simplement parce que dans la plupart des cas la situation est analogue à celle d'un héritier. La seule **difficulté** est pour le cas de la faillite d'un vivant. Il est alors certain que le bonorum emptor n'est pas dans la situation d'un héritier fictif. L'effet de l'acte s'expliquerait par une analogie. L'analogie joue un très grand rôle dans la formation des concepts. Ce qui se produisait pour l'héritier, pour le bonorum possessor a été reproduit par analogie pour le bonorum emptor. C'est la pratique qui a conduit à cela.

Il en résulte que si l'on admet que le familiae emptor, le bonorum emptor, l'adjudicataire de l'Etat, prenant les biens in globo, bruts, feront eux-mêmes la liquidation de l'actif et des dettes, comme la fait l'héritier. En conséquence, dans ces cas comme dans l'hérédité la formule est: liquidation après acquisition.

Dans ces modes de transmission, le patrimoine acquis à quelqu'un comprend l'ensemble des droits, actions, charges, tous les éléments du patrimoine sauf les actions, droits charges intransmissibles. Tout cela est transmis en un bloc, actif avec

passif, bona conjunctis incommotis. Dans ces cas de transmission, il n'y a aucun lien intime entre l'actif et le passif: tous les éléments sont transmis à titre d'éléments juxtaposés et non fondus ensemble. Le patrimoine a la même constitution que le patrimoine du vivant ou que celui du non failli se comportait. L'apparence juridique du patrimoine est toujours la même.

Qu'est-ce que cela veut dire?

L'apparence juridique du patrimoine est toujours la même quels que soient les changements de valeurs qu'il subit.

Considérons le patrimoine aux mains d'un Romain et mutatis mutandis, aux mains d'un homme d'aujourd'hui. C'est le patrimoine considéré au repos, dans sa position statique. Au reste c'est le cas normal. Il y a plus de patrimoines d'hommes vivants que d'hérités de morts, d'hommes non faillis que d'hommes en faillite. Le citoyen romain a donc dans son patrimoine des droits, actions, charges et ce patrimoine étant au repos il n'est pas question pour lui de l'aliéner volontairement comme il le fait en se donnant en adrogation ni d'une façon forcée comme en cas de faillite. Le Romain fait sur ce patrimoine des actes. Il accomplit des actes juridiques sur les droits, sur les actions, sur les dettes, il les cède, il les perd, ou au contraire il acquiert de nouveaux droits, de nouvelles actions ou charges. Tant que l'homme est vivant son patrimoine se modifie, mais vis-à-vis de la notion de patrimoine, ces actes n'ont aucune espèce d'importance: la consistance du patrimoine se modifie, ses éléments actifs et passifs changent, mais dans l'ensemble le concept du patrimoine reste le même. Le patrimoine est un ensemble de "valeurs", mais ce qu'il y a d'important, c'est que ces valeurs ne présentent entre elles aucun lien indissoluble; positives ou négatives ces valeurs sont indépendantes les unes des autres. Il y a bien une unité du patrimoine; le patrimoine du vivant forme bien un tout, un ensemble, mais cette unité du patrimoine n'est pas une réalité juridique; le patrimoine du vivant ne constitue pas une entité juridique. En effet il n'y a pas d'action in rem universelle pour la sanctionner; la règle in universitatibus... ne s'y applique pas. Le patrimoine n'étant pas une entité juridique, l'unité du patrimoine au repos n'est qu'un fait, le fait que tous les éléments du patrimoine, droits, actions, charges appartiennent à la même personne. Ce qui constitue le groupement de ces éléments juxtaposés et non liés ensemble, c'est qu'ils appartiennent à la même personne.

C'est à cet état statique que se rapporte la fameuse loi 49 D. 50, 16 d. V.S.: son sens n'est rien moins que sûr; disait Neuhor cité par Birkmeyer p. 15 n° 48. Cependant le sens de cette loi est peut-être

Le patrimoine du vivant ne constitue pas une entité juridique.

tre beaucoup plus simple qu'on ne le pense. Elle distingue les bona du point de vue naturel et du point de vue civil: naturaliter dans la nature et civiliter dans le droit. Naturaliter, dit le jurisconsulte, au point de vue naturel, les bona c'est ce qui nous rend heureux (bona, beatos) ce qui nous procure une certaine jouissance, par exemple les fruits sauvages que nous ramassons. Civiliter en droit dans le domaine qui s'oppose au domaine naturel, bona c'est ce qui se trouve dans notre patrimoine au point de vue actif, ce qui se trouve in bonis nostris et on peut dire qu'il y a même là un truisme puisque le jurisconsulte emploie les mots mêmes qu'il s'agissait de définir. C'est ce qui constitue notre actif. Le jurisconsulte veut faire opposition entre les bona de la nature et les bona juridiques voilà tout; il n'y a pas de système à ériger là-dessus.

Distinction
du patrimoi-
ne et des bona
Le terme pa-
trimonium
s'entend de
l'union de
l'actif et
du passif.

Le patrimoine au repos, dans son état statique, ne se confond pas avec les bona. La Glose, les anciens auteurs et les Pandectistes ont cherché à découvrir la notion du patrimoine d'après les textes qui parlent des bona. Comme toujours, ces textes, ils les considèrent comme la raison écrite et ne trouvant pas de définition du patrimoine sous le terme patrimonium, ils ont pris la définition des bona comme devant éclairer la constitution du patrimoine. Ils ont assimilé bona et patrimoine. Or ces notions ne se confondent pas. Accarias I p. 482 n°3 n'a pas manqué de remarquer que la notion de patrimoine et la notion de bona diffèrent. Pourquoi? parce que le patrimoine peut être négatif. Quand un homme est en déficit, quand son passif dépasse son actif, est-ce que cela empêche qu'il a tout de même un patrimoine? Les bona, eux, sont toujours positifs, c'est le bon sens même. C'est l'évidence même et cela est prouvé en particulier par l'adage bona intelleguntur.... car vous ne pouvez dire que vous avez des biens que s'il y a eu un reste positif, autrement vous êtes au dessous de vos affaires et si on liquidait actuellement votre patrimoine vous seriez en déficit. Donc patrimoine et bona ce n'est pas la même chose. Sans doute dans la pratique on emploie les deux termes pour synonyme, mais ce n'est pas exact au point de vue technique.

De sorte que toutes les discussions des Romanistes sur le sens de bona, sur le point de savoir si les bona comprennent les incommoda ou les biens deducte aere alieno ne portent que sur le point de savoir ce qu'il faut entendre par bona et non ce qu'il faut entendre par patrimoine. Or, nous nous occupons du patrimoine et quand nous le prenons dans son état normal c'est un ensemble de valeurs positives ou né-

gatives, de valeurs juxtaposées et non pas liées indissolublement de façon à former une universitas.

Les éléments du patrimoine sont simplement juxtaposés.

Cette analyse ressort en ce qui concerne les mauvaises affaires que peut faire l'homme qui n'est pas commerçant. S'il a des dettes supérieures à son actif, il est en état de déconfiture, il paiera ses créanciers au fur et à mesure de leur présentation et non pas au moyen d'un dividende, jusqu'à épuisement de son actif. Il n'y a pas dans ce cas de procédure collective, les créanciers ne sont pas groupés, ne forment pas une collectivité comme cela se produit dans la faillite appliquée chez nous aux seuls commerçants bien qu'elle s'applique ailleurs aux non commerçants comme la bonorum venditio romaine. Faillite et déconfiture entraînent un effet commun indiqué par l'art. 1188 du C.C: la déchéance du terme. Voilà le seul article qui vise cette procédure car il n'y a pas de procédure collective. C'est une preuve que le patrimoine est composé d'éléments simplement juxtaposés et non pas fondus.

Revenons, aux modes de transmission du premier groupe, ceux où les biens sont transmis avec les charges, bona conjunctis incommodis.

Le patrimoine dans ces cas ne doit plus être considéré au repos, à l'état statique, il se déplace et va changer de mains, passer de Primus à Secundus. Il faut donc le considérer du point de vue dynamique. Ces événements ont un résultat indéniable et considérable: ils fixent la consistance du patrimoine ne varietur. Collin et Capitant T. I. 7^e Ed. pp. III -III2 le disent de la mort et de la faillite. Quand le titulaire du patrimoine meurt, son patrimoine est fixé ne varietur. De même quand il tombe en faillite. En droit romain, les événements qui produisent ce résultat sont plus nombreux qu'en droit français: la mort à laquelle se rattache soit l'hérédité, soit la bonorum possessio, puis la mancipatio familiae la bonorum sectio et même la bonorum venditio qui n'est pas tout à fait la faillite moderne.

Ces événements fixent le patrimoine ne varietur. C'est évident pour la mort. La mancipatio familiae est une espèce de testament, un dessaisissement de Primus au profit de Secundus; la bonorum sectio, la bonorum venditio du mort produisent des effets analogues.

Un seul cas est embarrassant, c'est celui de la bonorum venditio du vivant. Là, il ne peut pas être question que l'acquéreur remplace celui qui perd son patrimoine. On ne peut pas faire appel à une fiction d'hérédité analogue à la formule ficto se he-

Événements qui fixent ne varietur le patrimoine.

Mort, mancipatio familiae.

Bonorum sectio et bonorum venditio.

rede, puisque l'individu n'est pas mort. Aussi les prudents qui ont fabriqué les formules n'ont-ils pas introduit dans la formule la fiction d'hérédité comme dans le cas de bonorum venditio du mort, ils ont employé la formule à transposition (intentio: nom du failli, condemnatio: nom du bonorum emptor), l'explication est que l'institution qui a été imitée dans ce cas est la représentation du procurator: quand le procurator ou mandataire agit ou bien quand on agit contre lui, le nom du dominus est dans l'intentio et celui du procurator dans la condemnatio. De même que le procurator, le bonorum emptor du patrimoine d'un vivant est le représentant du failli.

Comment faut-il entendre cette fixation du patrimoine.

II. - Dans ces cas, la consistance du patrimoine est fixée ne varietur: qu'est-ce à dire? D'abord cela ne veut pas dire que la consistance du patrimoine, c'est-à-dire son estimation à la valeur de tant, restera en fait la même. En effet nous avons vu qu'il existe certains éléments du patrimoine qui sont intransmissibles. Cela est déjà à déduire de la valeur du patrimoine.

Cela ne veut pas dire non plus que la consistance du patrimoine fixée à un chiffre donné restera la même, attendu que cette valeur que nous venons de voir diminuée peut se trouver ou diminuée d'une autre façon, ou augmentée. Cette valeur peut se trouver diminuée d'une autre façon, par exemple l'hérédité reste jacence un certain temps. Pendant sa jacence, elle peut décroître: un immeuble s'écroule, un esclave périt, les fruits se pourrissent.... La consistance peut décroître non seulement en fait mais en droit: par exemple l'usucapion commencée par un tiers s'achève, ce qui était la propriété du défunt Primus n'est plus la propriété de l'héritier Secundus. En revanche, le patrimoine peut croître: tout particulièrement en vertu de la règle bien connue: fructus augent hereditatem. En parlant du droit moderne où les hypothèses sont plus variées; une valeur à lot échoit à un héritier.. De sorte que tout en étant fixé ne varietur, le patrimoine varie. Cela n'empêche pas que le patrimoine de Primus est tout de même fixé ne varietur.

En effet les faits qui en modifient la consistance sont toujours des faits qui n'ont qu'une importance relative, attendu que la plupart de ces faits ont leur cause dans le patrimoine même. Les fruits qui augmentent l'hérédité auraient également augmenté le patrimoine du défunt; le tremblement de terre qui a ruiné l'immeuble se serait également produit si le défunt avait survécu. Quand donc nous disons que ces événements fixent la consistance du patrimoine nous

voulons dire que les sources de variations du patrimoine sont taries. Il peut se produire des variations, mais ces variations sont négligeables. Nous dirons en négligeant ces variations minuscules, et qui ne sont que la conséquence même de la vie, que le patrimoine, ou plutôt l'ex-patrimoine est fixé ne varietur dans tous ces cas; fixé ne varietur, est-ce que cela change sa nature, son concept?

Il faut bien faire attention: oui et non.

Ce patrimoine qui est fixé ne varietur, en réalité, il disparaît; c'est un ex-patrimoine. Le patrimoine est lié à la personne. La personne n'existe plus, elle est morte, en faillite. Mais les éléments patrimoniaux qui ne constituent plus un patrimoine, qui vont passer à un autre titulaire, se retrouvent former un ensemble fixé ne varietur qui précisément ne porte plus le nom de patrimoine. Remarquez le langage qui est caractéristique comme toujours. L'individu est mort; son patrimoine s'appelle hérédité, bonorum possessio. Un individu tombe en faillite, on dira aujourd'hui la masse. Le langage, le changement de termes correspond à un changement de concept. Les Romains s'en sont très bien aperçus. Ce sont les Glossateurs et les Pandectistes qui ont tout troublé. Les Romains ont dit de ces biens que nous considérons dans un ensemble, totum jus, omne jus, universitas. A quoi ont-ils appliqué ces termes-là? Au patrimoine du vivant? Pas le moins du monde: les textes disent cela de l'hérédité, de la bonorum possessio. Mais hérédité, bonorum possessio, masse de la faillite ce n'est pas du tout la même chose que patrimoine du vivant. Il y a eu une mutation. L'hérédité c'est bien le patrimoine du défunt, ce n'est pas douteux, cependant patrimoine et hérédité ce n'est pas la même chose. Voilà ce qui est changé: le concept est changé. Le concept peut être changé encore davantage. L'hérédité par exemple va constituer une universitas où le passif se lie intimement à l'actif, tandis qu'on ne voit pas ce phénomène -là en cas de faillite. C'est que l'hereditas, c'est le titre d'héritier, il n'y a pas de titre analogue pour le bonorum emptor, le bonorum sector. Laissons donc de côté ces concepts. L'ex-patrimoine fixé ne varietur arrive dans la main de Secundus, brut, c'est-à-dire les droits actifs n'étant pas liés d'une façon intime, indissoluble, aux charges passives. A propos de la bonorum possessio, Ulpien nous dit que les bona étaient coniunctis incommodis, que les désavantages se joignaient aux bona.

La raison est que dans ces cas il y a une substitution de personne; l'acquéreur, sauf au cas de bonorum venditio du vivant, prend en droit la place de l'ex-titulaire du patrimoine, soit directement

Cette fixation change-t-elle la nature du patrimoine?

Substitution d'un nouveau titulaire à l'ancien.

Cette substitution de personne est suivie d'une liquidation des dettes.

s'il s'agit de l'héritier, soit fictivement dans la bonorum possessio ou la bonorum venditio du mort. L'acquéreur représente l'ex-titulaire (comme le procurator lui-même), dans le cas de bonorum venditio d'un vivant. Il y a donc substitution, succession, subrogation. Mais on sait que les Romains ne sont pas arrivés de bonne heure à formuler cette conception de la succession même dans la matière de l'hérédité, parce qu'ils prenaient la succession dans son sens étymologique, venir après; or hérédité et succession sont en soi deux choses différentes. Si les Romains n'étaient pas arrivés à formuler cette idée de substitution, de subrogation de personnes, l'idée n'en existait pas moins inconsciemment. L'effet en histoire, précède souvent, non pas la cause mais le formulé de la cause. Les jurisconsultes, par exemple, aperçoivent un effet, ils savent qu'il y a une cause, mais ils ne la dégagent pas tout de suite, ce sont les jurisconsultes postérieurs qui la dégageront. C'est ce qui est arrivé pour la notion d'hérédité. Les acquéreurs prennent donc le patrimoine en bloc. En conséquence les créanciers seront payés par les acquéreurs, même sur les biens de ceux-ci, la responsabilité de l'acquéreur, de l'héritier est une responsabilité in infinitum, une obligation aux dettes ultra vires. En revenant à notre formule: la liquidation des dettes suivra donc l'acquisition.

2ème groupe de cas.

Second groupe de cas dans lesquels la liquidation précède l'acquisition.

Ce second groupe est dominé par une autre idée: bona intelleguntur cujusque quae deducto aere aliene supersunt, les biens de toute personne s'entendent qui subsistent une fois les dettes payées.

Voyons d'abord les cas pour lesquels des textes précisent la notion de bona.

1er cas: la confiscation

Le premier cas est la confiscation: les bona, en cette matière, s'entendent deducto aere alieno, le reste ne peut être négatif; les bona ne peuvent se solder par un moins.

Il faut en effet que le fisc, c'est-à-dire l'Etat, prenne quelque chose. Là où il n'y a rien le roi perd ses droits: à Rome déjà la même idée est exprimée par deux textes: Callistrate, Lib. I° de Jure fisci D. 49, 14; d.j. fisci, I, I, au cas où les biens du condamné seraient insolubles "solvendo non sint", rappelle que l'on s'était demandé si ces biens pouvaient appartenir au fisc. Labéon (mort avant 22 ap. J.C.) répondait oui: mais cette solution n'a pas prévalu. L'Édit Perpétuel donne la solution contraire, de telle façon que dans cette hypothèse, si, estima-

Le fisc n'est pas tenu des dettes.

tion faite, le reste devait être négatif, les biens seraient vendus (bona veneunt si ex his fisco adquiri nihil possit, si de ces biens il ne peut rien être acquis au fisc). Ce sont les créanciers qui vendront le biens, se paieront sur eux en ne prenant qu'un dividende. - Gaius 17 ad E.P. D. 28.1. qui test. facere poss. 8.1. Les biens du condamné à l'interdiction de l'eau et du feu seront confisqués (publicabuntur), ou s'ils ne sont pas avantageux (lucrosa) s'ils doivent se solder par un moins, ces biens seront abandonnés aux créanciers qui les vendront eux-mêmes et se partageront le prix.

Dans les deux cas, on le voit, le fisc ne prend pas les biens. Le droit romain ne veut pas que le fisc soit en déficit et il le serait s'il était tenu de prendre un patrimoine même désavantageux car il serait tenu des dettes ultra vires et devrait payer de son propre patrimoine. Quand le patrimoine n'est pas avantageux il l'abandonne. En cas de déshérence il en est de même. Alors les Romanistes (Accarias I, 182) disent que le fisc succède aux biens et non à la personne; ce n'est pas une formule romaine, c'est une idée nouvelle.

Ainsi, dans tous les cas où se produisait la *capitis deminutio maxima* ou *media* au profit de l'Etat romain, notamment en cas de confiscation, l'Etat, dit Girard, p. 214, n.1. a fini lui-même par payer volontairement les dettes, au moins jusqu'à concurrence de l'actif. Cela revient à dire que l'Etat a liquidé lui-même le patrimoine au lieu de laisser les créanciers le liquider. Ça n'a été qu'un accommodement nouveau, le principe reste que l'Etat ne prend jamais qu'un patrimoine avantageux.

2ème cas:
la *praediatu-
tura*.

2ème cas: la *praediatu-
tura*. Le *praedicator* était l'adjudicataire des biens engagés à l'Etat par une personne qui n'avait pas pu payer à l'échéance. Ce *praedicator* acquiert les biens du débiteur de l'Etat mis en vente par adjudication deducto aere alieno, c'est-à-dire qu'il ne prend les biens que s'ils se soldent par un reste positif. S'il devaient être désavantageux il n'y aurait pas de *praediatu-
tura*. L'idée est la même que pour la confiscation. Ici encore on prend en considération l'intérêt de l'Etat car si les biens devaient se solder par un déficit, on ne trouverait pas de *praedicator*. On ne peut concevoir qu'un individu achète les biens s'il doit payer les dettes sur ses propres biens. Cela ne peut se concevoir que pour un héritier.

On objectera que dans la *bonorum venditio*, le *bonorum emptor* est tenu *in infinitum*. On n'en

trouvera donc pas toujours. Mais même quand le patrimoine sera très mauvais il se peut qu'on en trouve un, parce que dans l'ancienne société romaine la solidarité de famille conduira un parent du failli à se sacrifier.

3ème cas:
l'adrogation.

3ème cas: l'adrogation; c'est le cas le plus intéressant.

Les dettes délictuelles subsistent seules contre l'adrogéant.

Quel est le sort des dettes de l'adrogé? On sait que l'adrogéant prend au point de vue actif les biens de l'adrogé, ses res corporales et prend également l'hérédité échue à l'adrogé, même si cette hérédité comportait des dettes et était mauvaise (Gaius III.84). Au point de vue passif, les dettes de l'adrogé qui étaient sanctionnées par des actions pénales subsistent après l'adrogation en changeant d'ailleurs de nature, en ouvrant des actions noxales contre l'adrogéant, dont l'adrogé devient en quelque manière le fils.

Les dettes contractuelles s'éteignent.

Quant aux dettes sanctionnées par des actions reipersecutoires et surtout contractuelles, ces dettes du sui juris adrogé ne passent pas sur la tête de l'adrogéant et comme elles ne subsistent pas sur la tête de l'adrogé assimilé à un fils de famille, ces dettes s'éteignent. Donc l'adrogéant en principe ne répond pas des dettes contractuelles, sauf pour les dettes héréditaires, par application du concept spécial de l'hérédité.

Nous en arrivons donc à cette conséquence que l'adrogation est un mode de transmission entre vifs deducto aere alieno et, quoiqu'aucun texte ne le dise cela va de soi et s'explique.

A l'égard de la conception du patrimoine cet effet incomplet de l'adrogation prouve que les dettes ne sont pas liées indissolublement à l'actif, sinon l'adrogé transmettrait à l'adrogéant ses dettes comme ses res corporales. L'adrogation est un moyen de purger les dettes contractuelles, parce que le patrimoine ne forme pas un tout indivisible et n'est qu'un assemblage d'éléments juxtaposés. Il en est autrement pour l'hérédité que l'adrogéant prend telle qu'elle est parce que l'hérédité est une universitas.

4ème cas:
La conventio in manum.

4ème cas: l'acquisition du patrimoine de la femme mariée in manu. Les effets de la conventio in manum sont semblables à ceux de l'adrogatio, car la femme sui juris quae conventi in manum devient loco filiae de son mari comme l'adrogé devient filius familias de l'adrogéant.

A propos de la capitis deminutio minima qui se rencontre dans deux cas ci-dessus, la théorie en est tout à fait éclaircie par les belles Etudes de M.

Desserteaux. La *capitis diminutio* et en particulier la *capitis deminutio minima* est une théorie artificielle, une pure étiquette, imaginée par les jurisconsultes pour expliquer les effets de certains actes dont l'adrogation est le plus notable en ce qui concerne le changement de famille. Or, M. Desserteaux a supposé (*Mélanges Cornil, T.I.p. 211*) que l'adage Bona intelliguntur avait son origine dans l'Edit de *Capite minutis*.

Dans ces quatre cas, on voit la liquidation, le paiement des créanciers procéder l'acquisition et, à l'inverse de la formule précédente, nous avons ici liquidation avant acquisition, ou mieux, liquidation accompagnant l'acquisition.

Peut-on en trouver une explication qui leur convienne à tous? Il n'est pas douteux que dans ces cas l'un des éléments du patrimoine, les dettes, les *alienum* disparaissent, qu'il ne reste que de l'actif, que l'acquéreur ne prend que des *bona nets*... il n'est pas douteux non plus que la raison de la différence avec le premier groupe tient à la nature des actes de transmission.

Pour les actes du second groupe, on voit s'ouvrir une liquidation contemporaine de l'acquisition liquidation tantôt au profit des créanciers ou tout au moins sans qu'ils en souffrent, tantôt à leur détriment (en cas d'adrogation des remèdes prétoriens ont corrigé cette solution).

Pourquoi cette différence avec les premiers cas? C'est que dans ce second groupe de cas, le patrimoine qui était le gage des créanciers allait passer en d'autres mains, entre les mains de personnes juridiques (l'Etat), ou naturelles (le paterfamilias) qui ne sont pas regardées par le droit ni comme des successeurs ni comme des représentants de l'ex-titulaire du patrimoine (opposition avec le 1er Groupe).

En effet, nous allons le voir, les titres d'acquisition des acquéreurs sont des titres qui leur sont propres, qui se fondent sur des événements qui n'ont aucun rapport avec l'idée que les acquéreurs pourraient puiser leur droit dans les droits de l'ex-titulaire, en tant que substitués aux ex-titulaires.

Reprenons les quatre cas.

Confiscation et praedictura se fondent sur l'intérêt de l'Etat, donc sur un titre tout à fait propre.

Les cas de capitis diminutio minima, l'adrogation et conventio in manum, se fondent sur l'idée suivante (I): celui qui reçoit la puissance sur le

(I) l'idée de la mort civile qu'on a si longtemps mise

La différence avec le premier groupe tient à ce que le patrimoine passe entre les mains de personnes qui ne sont pas les représentants de l'ex-titulaire.

capite minutus ou la capita minuta est regardé comme s'il avait déjà été leur pater au temps où les biens ont été acquis par eux, au temps où les dettes les ont grevés. Or les dettes qui peuvent grever le pater du chef de l'alieni juris ne sont pas les dettes contractuelles: ce ne peut être que des obligations délictuelles, puisque les alieni juris peuvent faire acquérir des biens, des créances à leur chef, rendre sa condition meilleure et non pire. Voilà l'idée mise en lumière par M. Desserteaux. Les effets que nous avons vus ne peuvent s'expliquer que par là, tout autre théorie est insuffisante. En plus des vérifications de son idée déjà proposées par M. Desserteaux, l'explication de la notion du patrimoine dans ces cas-là, par la technique des modes de transmission est une vérification supplémentaire.

Distinction
du patrimoine
et des bona ;
les dettes
sont comprises
dans le
patrimoine.

De ce qui précède il résulte que la querelle entre Pandectistes sur le sens de Bona est vaine. Cette querelle tient, comme beaucoup d'autres à la méthode employée, la méthode dogmatique. Aucune difficulté sur le sens de bona quand on considère le mot sous son vrai aspect : bona et patrimoine sont deux choses différentes. Sur le point de savoir si les dettes sont un élément du patrimoine pas de difficulté non plus, puisque Bona et patrimoine ne sont pas identiques. Les dettes sont parfaitement un élément du patrimoine, c'est l'évidence même, et le reste est subtilité (à condition de considérer le patrimoine comme nous l'avons fait, c'est-à-dire comme un patrimoine au repos). Les dettes font partie du patrimoine au sens passif, et c'est pourquoi en étudiant les éléments du patrimoine nous rangerons les dettes à côté des droits et actions.

VII.-

Les idées antérieurement émises se vérifieront par l'examen (après les modes de transmission entre vifs à titre universel), d'un cas de transmission du patrimoine à titre particulier, la donation du patrimoine.

Le cas de donation du patrimoine est

(I) Suite - à la base de la capitis deminutio et qui est encore répandue, doit être écartée. Cette idée était déjà en germe au Bas-Empire, mais il s'agissait là non pas de capitis deminutio minima, mais de capitis deminutio maxima ou media et M. Desserteaux a eu le grand mérite de distinguer les deux choses.

Confirma-
tion des ré-
sultats an-
térieurs par
l'étude de
la donation
du patrimoi-
ne.

prévu par Papinien, XII. Resp. Fg. Vatic. 263. Ce fragment ne se rapporte nullement à la donation d'hérédité comme le croit par erreur M. Cuq, 520. n.6: la donation d'hérédité est un tout autre cas.

Frag. Vat. 263.

Pour faire une donation de patrimoine, il faut employer les modes adéquats à chaque catégorie de biens.

Voici l'espèce prévue par Papinien: une mère avait donné par simple lettre (per epistulam) et sans s'engager par stipulation, c'est-à-dire par un simple pacte, ses bona, son patrimoine à ses fils. Il a été reçu (placuit) que la donation ne sera pas réalisée (il n'y aura rien de fait: nihil egisse) sinon aux conditions que voici: si la mère n'a pas livré la possession des choses individuelles (sous-entendu choses nec mancipi qui se transmettent par simple tradition ou livraison), ensuite si la mère n'a pas transféré par mancipatie la propriété des immeubles, (Papinien a évidemment dans l'idée les immeubles qui sont res mancipi, les praedia italica), si la mère n'a pas nové les actions par l'un des deux procédés courants pour la cession de créance et que le jurisconsulte indique: soit par des délégations interposées, c'est-à-dire en accomplissant la cession de créance par la novation, laquelle est le plus souvent la suite d'une délégation, soit par des procès entamés, ce qui est le second procédé de cession de créance, la cognitio ou procuratio in rem suam, c'est-à-dire donnée au concessionnaire qui agit en justice dans son propre intérêt. Qu'entend dire par là Papinien? Qu'il faut que la mère, pour réaliser la donation, cède à ses fils tous ses droits actifs et biens par les modes appropriés de transfert de droits ou de choses. Pourquoi cela? Parce que la donation n'est pas par soi-même un mode de transmission autonome. La donation doit être réalisée et ne se réalise pas par soi-même, il ne suffit pas de faire une donation pour que le donataire soit propriétaire ou titulaire de la créance, la donation doit être réalisée, exécutée et elle se réalise par les modes du droit commun qui sont naturellement variables selon la nature de chacun des droits à transmettre, adéquats à chacun des éléments qui composent le patrimoine. Dans ce texte, il n'est pas question des dettes; il aurait pu y avoir également une cession de dette, elle se serait réalisée par novation et délégation d'une part, soit par cognitio ou procuratio in rem suam.

A notre point de vue, le texte est intéressant. Les anciens auteurs et les pandectistes ont considéré le patrimoine comme une universitas. Ils croyaient pouvoir le déduire des textes. Si le patrimoine était une universitas comme ils le croient et comme Accarias (I.p. 800) l'écrit encore, il serait

Le patrimoine n'est pas une universitas.

D. 10, 2, 20, 3:
Cas de partage d'ascendant par testament.

illogique de parler de transmission à titre particulier de patrimoine, car les deux termes jureraient. La mère donne bien ses bona, son patrimoine à ses fils, mais la façon dont elle doit réaliser la donation prouve que le patrimoine forme un ensemble de biens juxtaposés et non pas une universitas. S'il s'agissait de la donation d'hérédité, ce ne serait plus du tout les mêmes principes. Il y a donc dans ce texte une preuve nouvelle en faveur de notre idée sur le compte du patrimoine.

Un autre texte de Papinien confirme cette idée. Il se rapporte aussi à la donation de patrimoine. Papinien cité par Ulpien 19 ad Ed. D. 10.2. Fam. etc. 20, 3. La fin du texte a été retouchée. Voici l'espèce: un père a partagé entre ses fils des bona sans écrit, sine scriptura. Ce père, (et voici ce qui faisait la difficulté), a également réparti la charge des dettes, onera aeris alieni, suivant la mesure des "possessions".

Possessio veut dire possession, mais ici comme dans un grand nombre de cas, il veut dire l'objet d'une certaine possession, le fonds de terre parce que les Romains ont considéré sans doute que c'était là la possession parfaite, le placement idéal (Heumann Seckel: V^o possidere, e). Le père a réparti la charge des dettes au prorata de la surface des fonds de terre (possiones). La question soumise à Papinien est celle-ci: quelle est la nature de cet acte? En soi, c'est un partage d'ascendant qui, en droit romain comme de nos jours, se fait de deux façons, ou bien par testament ou par donation (ou testament-partage ou donation-partage). En droit romain il se faisait plutôt par testament (Accarias, I. 974 n.I. Cuj. 689). Ici, puisqu'il s'agit d'une donation de biens sans écrit, nous pourrions croire qu'il s'agit d'une donation-partage. Le jurisconsulte répond cependant: il ne s'agit pas d'une donation pure et simple (simplex donatio), il s'agit d'une supremi iudicii divisio, d'un partage qui est réalisé par dernière volonté (supremum iudicium) c'est-à-dire d'un partage par testament. Pourquoi? Papinien ne le dit pas. Les Romains donnent rarement l'explication de leurs solutions et souvent quand on les trouve dans les textes du Digeste c'est par interpolation. Ici nous n'avons pas même cette ressource. L'explication n'est du reste pas difficile à trouver. Etudions bien l'espèce: qu'y a-t-il de particulier dans ce casus: d'après la décision du père le partage porte non seulement sur les bona, mais également sur les dettes: onera aeris alieni. Donc, dans l'esprit du père, dans son intention, les dettes font corps avec les biens, le père établit une liaison étroite entre les dettes et les biens. Quelle conclusion en tire Papinien? Il se dit du moment

Les dettes suivent l'actif.

qu'il y a jonction entre dettes et biens. Il ne s'agit plus de la donation d'un patrimoine, parce que le patrimoine c'est une juxtaposition, un ensemble de biens, sans liaison entre actif et passif. Cette sou-
dure, au contraire, nous fait penser tout naturellement et nécessairement à une hérédité. Ce que le père a fait c'est un partage testamentaire, ce n'est pas une donation partage. Le texte confirme donc qu'aucun rapport de concept n'existe entre le patrimoine et l'hérédité, que le patrimoine n'est pas une universitas.

Section II.

Les patrimoines généraux.

Pourquoi ce titre "Patrimoine généraux"? Par opposition aux patrimoines spéciaux ou d'affectation (section III).

Examen des patrimoines généraux anormaux.

Le patrimoine général est l'ensemble de tous les droits, actions, charges inaliénables en argent qui appartiennent à une personne, tandis que le patrimoine spécial n'est pas sur tout cela.

Le patrimoine général normal est celui que nous avons appelé le patrimoine au repos, celui de tout le monde. Mais à côté de ce patrimoine normal, il reste en droit romain comme en droit moderne, des patrimoines généraux d'une nature particulière qui ont leur destination propre, des patrimoines généraux anormaux. Ils se présentent dans des conditions particulières: 1° - le patrimoine au cas de bonorum collatio; 2° - le patrimoine au cas de bonorum separatio. 3° - le patrimoine au cas de bénéfice d'inventaire.

Nous n'allons pas traiter ces matières à fond, nous ferons notre profit des règles générales de ces institutions sans perdre de vue notre but qui est l'étude du patrimoine.

§ I - Le patrimoine général normal.
(renvoi II° partie; Éléments du patrimoine).

§ 2 - Le patrimoine objet de la
bonorum collatio.

Définition de la bonorum collatio.

Le bonorum collatio (rapport de biens) est réglé en droit romain par le préteur. Depuis les dispositions de l'Édit les émancipés devaient faire à leurs co-successeurs qui étaient restés en puissance jusqu'à la mort du de cujus, rapport des biens qu'ils avaient acquis eux-mêmes après leur émancipation. Cette collatio bonorum était due par les émancipés

qui demandaient et obtenaient soit la bonorum possessio unde liberi, soit la bonorum possessio contra tabulas: la bonorum possessio unde liberi qui est un mode de succession prétorien ab intestat, la bonorum possessio contra tabulas qui est une voie ouverte par le préteur aux descendants, liberi qui se déclaraient frustrés par le testament du pater (tabulae). En inventant la collatio bonorum, le préteur entend rétablir l'égalité entre les successeurs. Tandis que les émancipés se sont enrichis pour eux-mêmes, pendant ce temps leurs frères restés en puissance ont acquis des biens pour le pater; quand la succession de celui-ci s'ouvre les biens que les alieni juris avaient acquis sont mis en commun pour être partagés et une part seule va leur rester tandis que les émancipés toucheront des deux côtés. Le préteur mû par un esprit d'équité a voulu rétablir l'égalité et pour cela a forcé les émancipés à rapporter les biens qu'ils ont acquis par eux-mêmes et pour eux-mêmes après leur émancipation.

Son but est de maintenir l'égalité entre les enfants.

Ces bona que les émancipés avaient acquis, les textes (Birkmeyer p. 237, note 560) les appellent sua bona, bona propria, biens propres des émancipés par opposition aux paterna bona, biens qui proviennent du père. La question est de savoir ce que représentent ces bona propria; quel est le sens de bona, ou sous une forme plus concrète, que doivent rapporter les émancipés?

Comme toujours les règles de droit sont commandées par le but même de l'institution. Ici le but c'est l'égalité à rétablir entre les émancipés et les co-successeurs restés en puissance. Il faut que les bona à rapporter s'adaptent à ce but.

Biens soumis au rapport.

Que comprend-on dans ces biens, sua bona ou bona propria? D'abord les biens qui existent, les droits, actions ensuite, les biens que les émancipés ont cessé de posséder par dol.

Les droits et actions qui ne sont pas rapportables sont:

Biens qui ne sont pas rapportés.

1° - Les bona castrensia et quasi castrensia, biens que l'enfant acquiert au service militaire ou dans des services civils. Ces biens ne sont pas rapportables, parce que, à supposer que l'enfant n'eût pas été émancipé il aurait eu ces biens en propre; l'équivalence existe entre les bona castrensia et les bona quasi castrensia de l'émancipé et ceux de l'enfant de famille.

2° - N'est pas rapportable non plus la dot apportée à l'émancipé par sa femme, en raison du but de la dot, causa dotis, parce que destinée à subvenir aux charges du ménage qui dureraient après la mort du

paterfamilias et aussi parce que la dot est devenue res tituable à la femme pour qu'elle puisse se remarier, et à ses héritiers.

3° - Les biens reçus par l'émancipé de son père dignitatis nomine, en raison de la dignité que revêt cet émancipé. Ces biens sont destinés par nature à soutenir les charges qu'entraîne cette dignité. Comme cette dignité continue après la mort du pater, il faut que les biens y restent affectés.

4° - L'action d'injures qui appartient personnellement à l'intéressé, qui respire la vengeance, qui dépend donc de ce que veut faire l'intéressé, l'acte de vengeance étant un acte essentiellement personnel.

Telles sont les exceptions (Cf. textes dans Accarias, T. I p. 242).

Il ne peut être question de rapporter les biens acquis après la mort du père. A partir de ce moment les enfants deviennent sui juris et les biens qu'ils acquerront leur appartiendront en propre, de la même façon qu'aux émancipés (Cf. Dioclét. et Maxim. 294 C. 6.20 de Coll. 15).

Comme toujours il faut se poser la question des dettes. On sait que le droit romain présente deux solutions: le patrimoine est transmis avec les dettes ou il est transmis déduction faite des dettes. Dans la collatio bonorum comment cela se passe-t-il ? Est-ce que le patrimoine acquis par l'émancipé est rapportable brut ou net, avec les dettes bona conjunctis incommodis ou bona deducto aere alieno?

Deux textes concordants disent que les bona sont rapportables nets, déduction faite des dettes.

Le premier est un texte de Paul, 41 Ad Ed. D. 37.6. de Coll. Bon. 2,1: "Illud autem intellegendum est filium in bonis habere quod deducto aere alieno superest: mais on doit entendre que le fils a dans ses biens ce qui reste une fois les dettes déduites".

Gordien (244) C.J. 6,20 De Col. 6:.... exceptis his videlicet quae ab ipsis aliis debentur: c'est-à-dire excepté ce qui est dû par eux-mêmes (les frères) à autrui". Cette phrase peut être interpolée (videlicet est suspect).

Pourquoi en est-il ainsi ? Les romanistes qui rapportent la solution n'en indiquent pas la raison. Pour nous elle est claire: elle est la même que celle indiquée précédemment à propos des cas de transmission du deuxième groupe: nous avons vu là que les bona se comprennent deducto aere alieno, parce que l'acquéreur acquiert avec un titre propre, n'étant ni le successeur ni le représentant de celui à qui ce

Les biens
sont soumis
au rapport,
déduction faite
des dettes.

Raison de
la déduction
des dettes
sur les biens.

bien appartenait. Nous avons dit également que cet adage est l'expression de l'idée que les créanciers du patrimoine, qui ne doivent pas perdre lors du transfert, sont dans une situation privilégiée. Ici il en est de même: les créanciers qui ont fait confiance à l'émancipé sont sûrs au moment de la collatio de garder leur position. En effet, s'il en était autrement, les créanciers seraient exposés à perdre, du fait que d'après le droit romain et d'après la législation moderne se produira la confusion des patrimoines, du fait qu'il y aura collatio in medium. Ce n'est pas cependant toujours une confusion matérielle; les biens rapportables ne sont pas toujours mis dans la masse, ne viennent pas toujours se fondre avec les biens matériels du défunt. Cela se produit quand le rapport se fait en nature. Mais en droit romain le rapport se fait normalement par cautio.

Absence de lien de succession ou de représentation.

L'explication proposée par nous à propos du 2ème groupe de cas était que l'acquéreur acquiert dans ces cas avec un titre propre, n'étant ni le successeur ni le représentant de l'ex-titulaire du patrimoine. Il en est de même ici. Entre l'émancipé qui rapporte et son frère resté en puissance, n'existe aucun lien de succession ni de représentation, ce sont deux tiers, l'un envers l'autre, par conséquent celui à qui on rapporte les biens acquiert un titre nouveau.

Le droit romain n'a pas connu le rapport des dettes.

Le système romain ignore le rapport des dettes du successeur envers le de *sujus* (le rapport des dettes d'aujourd'hui). Il ignore également, on vient de le voir, le rapport des dettes de l'émancipé envers les tiers. Cependant les Romains se sont préoccupé d'un cas où le co-successeur resté en puissance peut être intéressé par la dette de son frère émancipé vis-à-vis d'un tiers. C'est le texte de Paul déjà cité qui prévoit le cas (D. 37.6.2.1). La dette que Primus émancipé avait contractée vis-à-vis d'un tiers n'était pas une dette pure et simple. C'était une dette conditionnelle: promets-tu 100 si tu es nommé consul? Je promets. Le père meurt. Comment traiter la dette conditionnelle au point de vue du rapport? Le juriconsulte nous dit qu'elle ne saurait être déduite *statim*, avant la collatio, puis qu'elle est conditionnelle, c'est-à-dire subordonnée à un événement futur et incertain. D'autre part, il faut tout de même la rapporter. On ne peut la laisser en dehors du rapport, car l'événement peut se produire. Elle ne sera pas déduite des biens. Elle comptera donc dans les biens. Seulement celui qui est en puissance, Secundus, devra promettre à son frère, Primus, que si la condition se réalise il sera défendu pour la part qu'il a

rapportée. Autrement dit une caution de garantie intervient de la part du successeur resté en puissance à l'égard du successeur émancipé, parce que, si la condition se réalisait, la dette serait due et que par conséquent Primus aurait versé trop.

Nous venons de voir le nécessaire, sur la collatio emancipati.

Les Romains ont connu aussi la collatio dotis et la collatio descendendum. Ces dernières sont hors de cause.

§ 3 - Le patrimoine objet de la

bonorum separatio.

L'Edit contenait deux applications de la bonorum separatio. Il faut donc donner une notion de la bonorum separatio qui convienne aux deux cas. Elle est contenue dans le mot même: il s'agit de séparer, d'isoler un patrimoine d'un autre, de donner à un patrimoine l'autonomie. Les deux cas bien connus sont: 1° - Lorsque le patrimoine d'une personne échoit à titre successoral soit à un héritier externe ou à un bonorum possessor titulaire lui-même d'un patrimoine; 2° - soit à un esclave que le maître institue héritier et affranchit.

Dans le premier cas, la bonorum separatio a été inventée par l'Edit prétorien au profit des créanciers et des légataires du défunt.

Dans le 2ème cas, la bonorum separatio existe au profit de l'esclave institué.

Les deux cas d'application de la bonorum separatio.

1er cas: Bonorum separatio au profit des créanciers du défunt contre l'insolvabilité de l'héritier.

1er cas: Bonorum separatio au profit des créanciers du défunt. Le principe du droit romain et du droit moderne est celui-ci: lorsqu'une hérédité échoit à une personne, le patrimoine du défunt se confond avec celui de l'héritier. Le patrimoine du défunt entre dans les biens du patrimoine de l'héritier et tout cela ne fait qu'un; la confusion du patrimoine se produit, dit-on, parce que l'héritier est le successeur du défunt, le continuateur de sa personne. Ce n'est là qu'une raison donnée après coup, à une époque secondaire. Peu importe. Ce principe comporte des dangers, aussi bien pour les créanciers héréditaires que pour les créanciers personnels de l'héritier.

En effet, les créanciers héréditaires, dont l'hérédité est le gage, sont menacés de perdre une partie de leur avoir par la concurrence des créanciers personnels de l'héritier, lequel est par hypothèse insolvable. Réciproquement le successeur étant solvable par hypothèse, mais l'hérédité étant insolvable, les créanciers

ciers personnels seront exposés à perdre. Le danger est plus grand pour les créanciers héréditaires que pour les créanciers personnels, parce que si cette hérédité était insolvable, l'héritier la repousserait, si du moins il est un héritier externe ou un bonorum possessor, car l'héritier nécessaire ne peut faire cela (Voir Infra). Mais en fait, le danger est beaucoup plus grand quand c'est l'héritier qui est insolvable. Le correctif à ce danger, c'est la bonorum separatio inventée par le prêteur; c'est la séparation des patrimoines, terme beaucoup plus technique que le terme romain, car bonorum separatio peut se traduire séparation des patrimoines ou séparation des biens, ce qui est une toute autre institution. Ce qu'on obtient de la faveur du prêteur se manifestant par un décret, c'est que le patrimoine du défunt soit séparé du patrimoine du successeur. On confèrera au premier l'autonomie par rapport au second. Les bona du défunt formeront un patrimoine général qui n'est pas le même que le patrimoine qui existait du vivant du de cujus, parce qu'il y a des droits qui ne passent pas, des dettes qui ne passent pas, peu importe, mais qui est censé avoir toujours pour titulaire le de cujus, et sur lequel se paieront les créanciers comme ils se seraient payés si le de cujus n'était pas mort. Voyons comment les choses se passent en fait en droit romain.

Mécanisme de la séparation des patrimoines, incident de la bonorum venditio.

L'héritier est par hypothèse en dessous de ses affaires; ses créanciers ont trouvé dans son patrimoine une hérédité solvable et l'héritier avant fait aditio ou cretio, ses créanciers vont se saisir de tout, de son patrimoine propre et de l'hérédité, puisque hérédité et patrimoine sont confondus. Les créanciers se font envoyer en possession de tout, puis vient la procédure de la bonorum venditio qui aboutit à la liquidation en bloc au profit d'un adjudicataire, le bonorum emptor.

A ce moment interviennent les créanciers héréditaires. Ceux-ci demandent au prêteur la bonorum separatio, qui est incontestablement un incident de la procédure générale de la bonorum venditio. Cette procédure de la bonorum venditio éteint la procédure d'exécution sous la procédure formulaire. Elle a disparu avec le système formulaire et sous Justinien les créanciers procèdent à la vente en détail, bonorum distractio. Il existe cependant un vestige de l'ancienne procédure dans le Digeste, (Ulpien, L. 64 Ad Ed. D. 42, 6, 1, 1), mais le terme ici veut dire tout simplement "vente des biens" "vente en détail" "bonorum distractio".

L'effet du décret étant d'isoler le patrimoine héréditaire. L'isolement se produit non pas sur

les biens eux-mêmes, mais sur le prix d'adjudications. Dans le prix, deux parts sont établies, une qui représente la valeur des biens propres de l'héritier, l'autre qui représente la valeur des biens héréditaires. La séparation ne se produit pas matériellement, mais en valeur. La valeur des biens propres de l'héritier va à ses créanciers personnels et comme par hypothèse l'héritier est insolvable, ils ne seront pas tous payés. Seront payés ceux qui arriveront les premiers. C'est le prix de la course. L'autre part représente la valeur des biens héréditaires solvables. Les créanciers héréditaires se présentent et sont payés tous intégralement. Ulpian, D.H.T. 1 § I indique nettement l'effet de la *separatio*: C'est, dit-il, comme si on avait fait la vente de deux patrimoines. Si on avait vendu l'hérédité d'une part, elle aurait produit un prix sur lequel les créanciers héréditaires seraient intégralement payés et si on avait vendu le patrimoine de l'héritier, puisqu'il était insolvable, ses créanciers n'auraient pas été intégralement payés.

Sur le prix de la vente du tout, les créanciers de l'hérédité jouissent en somme d'un droit de préférence. Ils se paient d'abord de la somme intégrale de leurs créances et s'il reste quelque chose, cela ira aux créanciers personnels de l'héritier. C'est pourquoi la séparation des patrimoines est aujourd'hui un privilège.

Un seul point, dont on va comprendre toute l'importance est laissé dans l'ombre par les manuels, parce que les textes romains ne se posent pas la question: comment la consistance des biens héréditaires et la consistance des biens de l'héritier seront-elles établies? Par des inventaires, avec expertise, évaluation des biens du *de cuius* et de ceux de l'héritier. L'inventaire a dû jouer en pratique un rôle plus grand que nous ne l'imaginons, d'où plus tard le bénéfice d'inventaire.

2ème cas:
la *bonorum
separatio* au
profit de
l'esclave ins-
titué héritier par son
maître pour
sauvegarder
les biens
qu'il acquerra par la
suite.

2ème cas de *bonorum separatio*: *bonorum separatio* au profit de l'esclave institué. - Si on institue un esclave héritier, ce qui a toujours été possible, cet esclave promènera l'hérédité avec lui et la fera acquérir par celui qui sera son maître au jour du décès. Si le maître entend que l'esclave institué garde l'hérédité pour lui, il doit prendre soin de l'affranchir. Sous Justinien, il n'était plus besoin de clause spéciale d'affranchissement: le fait de l'institution entraînait affranchissement. Mais cet esclave affranchi est un héritier nécessaire (comme les *sui heredes*), un héritier qui n'a pas besoin de

faire adition et ne peut refuser la succession. C'est un héritier de plein droit et forcé.

Il va donc être tenu envers les créanciers ultra vires hereditatis; il sera tenu des dettes, même si elles excèdent la valeur de l'actif, sur ses biens propres. Sans doute l'esclave n'a pas de biens à l'heure du décès du maître, mais étant affranchi, il pourra dans l'avenir acquérir des biens; ces biens qu'il acquerra plus tard sont d'ores et déjà, au jour de la mort de son maître, dévolus aux créanciers héréditaires qui ne reçoivent qu'une partie de leur créance. S'il ne les employait pas à désintéresser les créanciers héréditaires, ceux-ci pourraient faire vendre par bonorum venditio le patrimoine héréditaire et les biens acquis après le décès. La venditio bonorum se ferait non pas au nom du défunt, mais au nom de l'affranchi qui encourrait l'infamie.

Après la disparition de la procédure formulaire et de la venditio bonorum, les créanciers qui se sont fait envoyer en possession les vendent en détail: bonorum distractio, mais ils peuvent aussi se partager les biens en nature. Ils s'entendent pour prendre, l'un tel meuble, l'autre de l'argent (Inst. 11.19.1).

C'est alors que l'esclave affranchi qui veut sauvegarder l'avenir intervient et demande au préteur la bonorum separatio, la séparation des patrimoines. Cela veut dire, par rapport à l'hérédité, que l'affranchi sera dispensé de payer plus tard toutes dettes héréditaires sur ses biens. L'exécution des créanciers sera cantonnée sur la valeur du patrimoine héréditaire, à moins qu'ils ne partagent en nature. L'affranchi n'aura pas à donner quoi que ce soit de son propre patrimoine; il sera à l'abri de toute poursuite de créanciers héréditaires. En somme c'est le même système que la separatio bonorum du premier cas, avec cette différence que le deuxième patrimoine dans celle-ci existait au jour du décès, tandis que pour l'esclave le patrimoine n'existe qu'après.

Contenu de l'expression bonorum separatio. Dans les deux cas, le mot bona se prend conjunctis incommodis, Ici bona se prend avec les dettes, au sens de patrimoine brut, puisque la liquidation des dettes ne se produit qu'après obtention de la bonorum separatio, après décret du préteur. C'est donc un cas à rapprocher des cas du premier groupe ci-dessus.

Ici les dettes sont comprises dans les bona.

§ 4 - Le patrimoine objet du bénéfice d'inventaire.

La honorum separatio avait été créée par le préteur en faveur des créanciers héréditaires, parce que les créanciers d'une hérédité solvable se trouvant en face d'un héritier insolvable, couraient, par la confusion des patrimoines, un danger auquel pare la separatio bonorum. Le patrimoine héréditaire est distingué du patrimoine de l'héritier afin que les créanciers héréditaires puissent être payés intégralement comme si leur débiteur n'était pas mort.

La situation inverse peut se présenter: l'héritier étant solvable, mais la succession à laquelle il est appelé étant insolvable. Alors les créanciers personnels de l'héritier se trouvent désavantagés. Au lieu d'être payés intégralement, ils vont, par la confusion des patrimoines, voir disparaître une partie de leurs paiements. Cette situation devait être moins fréquente que la première, parce que, lorsque l'héritier solvable se voit menacé par une hérédité insolvable, il lui est facile de ne pas faire aditio. Cependant, il faut croire qu'en pratique des difficultés se sont présentées, Justinien rappelle les précédents à sa réforme bien connue sur le bénéfice d'inventaire.

1° - Il rappelle un précédent déjà connu par Gaius (II, 163 in fine Cf. Inst. 2, 19 § 6): l'empereur Hadrien avait, par sa grâce impériale (venia) accordé une in integrum restitutio à un héritier majeur dans le cas suivant: cet héritier majeur avait fait aditio d'hérédité, mais l'hérédité se trouvait obérée et il n'avait découvert les charges considérables de l'hérédité qu'après l'aditio, parce qu'au temps où il avait fait aditio le passif considérable grande aes alienum se cachait. Bonfante, VI, 393, 394 dit à ce propos qu'Hadrien était le prince le plus révolutionnaire de l'ère classique. C'est sous Hadrien en effet que le pouvoir impérial a pris la force que nous lui connaissons.

2° Gordien généralisa cette mesure au profit des militaires sans avoir même besoin d'obtenir l'in integrum restitutio.

3° - Justinien nous rappelle aussi les précédents qu'il a créés lui-même. Il les rappelle dans la loi fondamentale sur le bénéfice d'inventaire (531 C. VI.30 de Jur. deleb. C. 22 pr. résumée aux Instit. II.19.3). Il rappelle d'une part une loi relative aux conséquences du jus deliberandi (C.H.T. 19) et une au-

Le bénéfice d'inventaire pour protéger l'héritier contre les dettes héréditaires.

Les précédents.

tre loi perdue (Cf. Bonfante loc. cit.).

Le résultat de ces divers précédents était que les biens personnels de l'héritier seraient sauvegardés si l'hérédité était mauvaise; les créanciers héréditaires se paieraient sur l'hérédité.

Justinien a inventé et précisé dans cette loi 22 un moyen général qui s'applique à tout le monde (militēs et paganī) et sans in integrum restitutio; c'est ce qu'on appelle le bénéfice d'inventaire.

Rien de plus aisé que de l'obtenir: il suffit 1° - de ne pas demander le jus deliberandi et 2° - de faire un inventaire des biens de la succession. L'inventaire doit se faire entre le 30ème jour depuis l'ouverture du testament ou après la mort du de cūjus intestat et le 60ème jour. Il est dressé devant des tabularii, personnages officiels qui correspondent à nos notaires ou à nos greffiers. L'inventaire est souscrit ensuite par l'héritier (subscripti; formule à la première personne: Ego..... subscriptio).

L'effet du bénéfice d'inventaire est indiqué par Justinien lui-même, loi 22,4: "in tantum hereditariis creditoribus teneantur (heredes) in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant: de telle sorte que (les héritiers) soient tenus envers les créanciers héréditaires dans la mesure où valent les choses du patrimoine à eux dévolu. Autrement dit: le patrimoine de l'héritier est séparé du patrimoine du défunt. La confusion des deux patrimoines n'existe plus.

Le patrimoine héréditaire se trouve donc désormais dissocié de celui de l'héritier, il forme un tout autonome indépendant. C'est là-dessus que devront être payées les charges, c'est-à-dire les dettes héréditaires et diverses charges qui sont nées postérieurement à la mort du de cūjus: frais funéraires, frais d'insinuation du testament, frais d'inventaire, frais conservatoires des biens (loi 22 § I).

C'est l'héritier qui paie les créanciers héréditaires et les légataires sur les biens héréditaires. Il peut les payer de deux façons: ou bien en vendant ces biens et en distribuant le prix aux créanciers et légataires, ou bien en donnant des biens en nature par des dationes in solutum (loi 22,6.). L'héritier distribue jusqu'à épuisement de l'actif (22,4) après quoi il est libéré.

Dans quel ordre paie-t-il les créanciers et les légataires? A mesure de leur présentation (loi 22, 4 a) mais selon l'ordre des dates des créances. Le § 9, en effet, dit "temporum tamen prerogativa inter creditores servanda", on doit respecter entre les créanciers

Conditions
de son ob-
tention.

Séparation
des patrimoi-
nes qui en
résultent.

Obligation
pour l'héri-
tier de
payer jusqu'à
épuisement
de l'actif.

Ordre dans
lequel sont
payés les
créanciers.

la prérogative du temps. Dans ce cas, en effet, nulle déchéance du terme, puis la déconfiture ne se produit pas; - mais, d'autre part, pas de procédure collective en ce cas, pas plus en droit romain que français, rien qui ressemble à la procédure de la faillite moderne.

L'un des principaux effets du bénéfice d'inventaire qui se produit encore aujourd'hui, parce qu'il est de son essence, est que si l'héritier avait des actions contre le défunt, ou réciproquement, ces actions ne se confondent pas (loi 22,9). En effet le bénéfice d'inventaire a pour essence de séparer les deux patrimoines; par conséquent comme les actions de l'héritier font partie de son patrimoine, elles sont séparées du patrimoine du défunt et l'héritier a le droit de faire valoir ses droits contre le patrimoine devenu autonome du défunt. Et cela est réciproque (Cf. C.C. art. 802).

Droit de l'héritier de se payer par rétention de ses créances contre le défunt.

Mais comment cela va-t-il fonctionner en pratique ? L'héritier se paiera lui-même, puisque c'est lui qui liquide la succession. Le droit de Justinien parle d'actions, en réalité ce sont des créances. L'héritier se paie lui-même et il se paie par voie de rétention, par voie de retenue (retinere). Mais il ne peut pas se payer par privilège le premier. Le § 9 dit que dans ce cas l'héritier suit la fortune des autres créanciers et c'est ici qu'intervient le passage de tout à l'heure au gérondif ablatif. "temporum tamen prerogativa inter creditores servanda, c'est-à-dire qu'il exerce ses droits, il prendra le montant de ses créances à son rang".

Ce mode de paiement par retenue rappelle les retentiones dotales du mari, que Justinien a supprimées tandis qu'il les a maintenues pour l'héritier.

Une question se pose en droit romain comme en droit français: que peuvent faire les créanciers en retard ? Notons que le retard peut très bien ne pas leur être imputable, par exemple, faute de publicité, (ils ont appris tardivement la rédaction de l'inventaire). Les créanciers en retard ne peuvent recourir contre l'héritier, voilà le principe. S'il n'y avait que des créanciers, ils ne peuvent pas recourir non plus contre eux; ils ne peuvent recourir que contre les légataires (C.C. art. 809).

Recours des créanciers en retard contre les légataires.

Ils recourent contre ceux-ci parce que les légataires pro lucro certant, luttent pour réaliser un gain (loi 22 § 5) (Cf. à propos de l'action dite Paulienne l'opposition entre les donataires et les acquéreurs à titre onéreux, les uns luttant pro lucro captando et les autres de damno vitando).

Par quel moyen agir contre les légataires ?

Il faut distinguer entre les créanciers hypothécaires et les créanciers chirographaires. Les premiers agissent par l'action hypothécaire. Les seconds se servent de la condictio indebiti, sanction du paiement de l'indu: les légataires ont été payés indûment au détriment des créanciers et doivent restituer à ceux-ci ce dont ils s'enrichiraient sans cause.

Une autre hypothèse peut se présenter. Des créanciers hypothécaires ont été désintéressés, mais ils étaient inférieurs en rang à d'autres créanciers qui ne s'étaient pas présentés en temps voulu. Que vont faire ceux-ci préférables en rang ? Le § 6 de la loi 22 répond à cette question conformément au bon sens et au droit: ces créanciers hypothécaires préférables en rang peuvent se pourvoir contre les créanciers inférieurs. Deux hypothèses à distinguer:

1° - les créanciers hypothécaires inférieurs avaient reçu de l'héritier des biens en nature, précisément les biens hypothéqués aux autres. Ceux-ci réclament contre les autres par l'action hypothécaire, qui vaut entre créanciers comme vis-à-vis des tiers.

2° - C'est de l'argent qui avait été versé aux créanciers hypothécaires inférieurs. Les créanciers hypothécaires antérieurs agiront contre eux par la condictio ex lege, condictio d'origine byzantine qui se donne faute d'autre action.

Le § 6 ajoute "nisi voluerint debitum eis afferre: à moins que les créanciers hypothécaires inférieurs ne veuillent faire aux créanciers antérieurs l'offre de la dette". C'est un cas de jus offerendae pecuniae, un cas de subrogation légale, dirims-nous aujourd'hui. (Cf. Vasilescu, thèse, Paris, 1931). Ceci, en fait, ne s'applique qu'au créancier hypothécaire postérieur qui a reçu des biens; pour les garder, il offre sa dette au créancier antérieur. Si celui-ci accepte, il gardera les biens.

L'hérédité, le patrimoine objet du bénéfice d'inventaire, la succession bénéficiaire, forment ainsi un patrimoine général distinct du patrimoine de l'héritier, liquidé par l'héritier lui-même.

Nous ignorons où Justinien avait pris son idée. Le droit grec ne la connaissait pas, peut-être l'a-t-il empruntée à la pratique orientale.

Situation
des créanciers
hypothécaires
préférables
quand des
créanciers
inférieurs
ont été payés
avant eux.

Section III

Patrimoines spéciaux ou patrimoines d'affectation.

Nous venons de considérer, en dehors du patrimoine ordinaire, d'autres patrimoines généraux, des patrimoines qui comprennent l'ensemble des droits, actions et charges qui appartenant à une personne vivante (bonorum collatio) ou défunte (bonorum separatio, bénéfice d'inventaire). Ici nous occupons de patrimoines spéciaux ou plus exactement partiels.

Ce sont des patrimoines en ce sens que ce sont bien comme tous les patrimoines quelconques, comme les patrimoines généraux des ensembles de droits, actions et charges, mais ce sont aussi des patrimoines spéciaux en ce sens qu'ils ne portent que sur une partie du patrimoine général de l'intéressé. Ce sont des ensembles qui ont leur autonomie, leur vie propre dans le patrimoine général.

Il faut constater tout de suite qu'il en est de plusieurs sortes. En droit romain nous trouvons comme patrimoines spéciaux d'abord les pécules parmi lesquels surtout le pécule dit profectice (§ 1); la dot (§ 2); la fondation (§ 3).

Une idée importante est que l'existence autonome de patrimoines spéciaux ne rompt pas l'unité de principe du patrimoine. En principe le patrimoine est un et en principe une personne ne peut avoir qu'un patrimoine. Mais si une personne a un patrimoine général dans lequel existent des patrimoines spéciaux, le principe n'est pas pour autant violé. Ces patrimoines ont leur vie propre sans que l'unité du patrimoine soit atteinte. On le comprendra mieux par l'étude détaillée de chacun de ces patrimoines.

Qu'est-ce qui caractérise ces patrimoines spéciaux ? Pourquoi les Romains les ont-ils distingués ? par suite bien entendu de nécessités pratiques, d'utilité économique, mais surtout ce qui fait leur caractéristique et constitue leur unité dans le patrimoine général c'est que ces ensembles de biens reçoivent une affectation spéciale. C'est l'affectation, la destination qu'ils reçoivent, à laquelle ils correspondent qui leur vaut leur caractère de patrimoine spécial. D'où parfois l'emploi du terme patrimoine d'affectation. L'expression est commode. Elle n'est pas d'origine française, étant la traduction d'une expression allemande. Les Allemands ont étudié ces institutions en droit public et en droit privé et ont forgé un terme

Les patrimoines spéciaux en droit romain.

Conciliation de l'existence de patrimoines spéciaux avec le principe de l'unité du patrimoine.

pour désigner le concept qu'ils étudiaient. L'origine de l'expression est le terme bien connu Zweckvermögen: but - patrimoine.

Notion et définition du patrimoine d'affectation.

Le Pandectiste Brinz semble avoir forgé ce mot. Le terme a été acclimaté en France par un maître qui a été le meilleur connaisseur du droit allemand, R. Saleilles, très attiré par la préparation du C.C. allemand. Planiol I. II^e Ed. p. 744 n. 1, rapporte la définition que R. Saleilles donnait du patrimoine d'affectation: "Tout ensemble de biens constitué, par la connexité d'une même affectation forme, dans le patrimoine qui l'a reçu sous cette condition d'emploi, comme un patrimoine à part, qui appartient moins à celui qui le possède qu'au but lui-même auquel il est destiné". On trouve dans Planiol l'origine de cette doctrine. Cette définition est un peu compliquée; d'autre part un peu métaphysique; enfin il faut la corriger pour l'adapter aux patrimoines spéciaux qu'on rencontre en droit romain. On dira donc simplement: "les patrimoines d'affectation ou patrimoines spéciaux sont les ensembles de biens, actions et charges, groupés en vue d'un même but qu'ils ont à atteindre".

Il n'est pas douteux que cette unité de but, cette convergence vers le même but, cette connexité constituent la caractéristique du patrimoine d'affectation quel qu'il soit. L'affectation c'est le but même auquel vise l'utilité de cet ensemble, la fin dévolue à ces ensembles de biens, le rôle économique que ce patrimoine doit remplir. Le but est naturellement d'essence juridique et surtout économique.

Quant à dire avec Saleilles que le patrimoine d'affectation appartient moins à celui qui le possède qu'au but auquel il est destiné, il faut bien avouer que c'est une idée trop métaphysique: les biens un patrimoine n'appartiennent pas à un but. L'idée cependant a fait son chemin (Archives de Philosophie du droit: Théorie de l'institution. "L'institution" en arrive à être considérée comme un être en soi).

En restant sur un domaine plus terre à terre, nous allons étudier l'essentiel des trois cas indiqués et nous comprendrons mieux que le patrimoine d'affectation est bien ce que dit R. Saleilles, mais nous essaierons de le montrer plus clairement en nous appuyant sur les textes.

§ I - Les pécules.

Définition.

Pécule est un terme qui s'applique à beaucoup de choses. On appelle ainsi d'une façon générale les biens qui sont aux mains des *alieni juris*.

Les pécules sont assez nombreux: Pécule castrense (pécule des camps), pécule quasi-castrense (pécule des civils) qui tous deux ne peuvent appartenir qu'à des fils de famille, puis bona adventicia qu'on appelle parfois à tort pécule adventicium qui peuvent appartenir soit à des fils soit à des filles de famille. Enfin, le pécule que les interprètes appellent profectitium (a patre profectum, parti du père, c'est-à-dire conféré par le père au sons de *genitor* et au sens de maître, car le pécule peut être remis à un fils de famille ou à un esclave).

A - Le Peculium castrense (1)

Il est visé par les *Institut.* II, 12 *quibus non est permisum pr.* Ce patrimoine castrense a été créé très probablement par Auguste, peut-être par César, dans l'intérêt de l'armée, c'est-à-dire en vue de satisfaire l'intérêt de l'Etat qui, dans cette période troublée avait un plus grand besoin de soldats que précédemment.

But et composition du *peculium castrense*.

Ce pécule comprend toutes les acquisitions du *filius familias* en tant que militaire. C'est bien son affectation au service militaire qui opère ici. C'est parce qu'il est militaire qu'il a un pécule castrense. Ce pécule comprend les économies qu'il réalise sur sa solde, le butin, les donations qui ont pu être faites au militaire à ce titre. Sur ce pécule le *filius familias* est regardé comme un *paterfamilias*. Les Romains nous disaient "*vice patrum familiarum fungantur!*" *Ulp. 64 Ad Ed. D. 14.6. d. SC° Macd. 2.* De là les *jurisconsultes* ont tiré de nombreuses conséquences (Cf. *Acarias I pp. 769.770 et Cuq. 147.148*).

Le pécule castrense patrimoine du fils de famille.

Le pécule castrense est le patrimoine propre du fils de famille (*Ulp. XI Ad Ed. D. 4.4.d.min. XXV annis 3,10*). Cela est une anomalie puisque en principe le fils de famille n'a aucune espèce de droit et n'a pas la personnalité juridique et est dans la situation de tous les *alieni juris*. Cependant, par une sorte de tolérance du droit, les Romains, esprits très prati-

(1) E. Albertario dans *Bull. Istit. di Dir. rom. 1931.*

ques, de même qu'ils ont regardé le fils de famille comme une sorte de paterfamilias quant au pécule castrense, ont regardé celui-ci comme le patrimoine propre du fils de famille.

Règles particulières auxquelles il est soumis. Maintien des droits du père.

Mais ce pécule ne pouvait pas être un patrimoine ordinaire, autrement il n'y aurait pas eu de différence entre le paterfamilias et le filius familias. Les Romains nous disent donc que sur ce patrimoine le paterfamilias a également des droits. En conséquence: "le fils soutient un double droit, celui du père et celui du fils de famille: duplum jus sustinet patris et filii familias". Pap. L. 35 Quaest. D. 49.17. de Pec. castr. 15,3.

Notons que cette analyse faite par les jurisconsultes d'un double droit qui pèse sur un patrimoine spécial se retrouvera un peu plus tard en matière de dot à propos de l'esclave dotal pécuniaire (objet d'un pécule profectice). De même, il faut noter une comparaison faite par le jurisconsulte Maecianus, entre le paterfamilias et le mari dotal, ou entre le paterfamilias et le prodigue par rapport au pécule castrense (Cuj. p. 147 n. 9.)

Evolution de la transmission du pécule.

Le fils de famille était regardé comme un paterfamilias sur cette espèce de patrimoine que constitue le pécule castrense. Cependant il n'avait pas et toujours tous les droits d'un paterfamilias. On trouve à cet égard plusieurs étapes: au moment de sa création le pécule castrense ne pouvait être laissé par testament du fils de famille que s'il était encore au service militaire. Hadrien accorda le droit de tester à tous les filii familias. Quant à la succession ab intestat, il ne laissait aucune hérédité sur son pécule. (C'était la logique même car le droit de tester ne lui est accordé que par faveur). Le père prend donc les biens pécuniaires jure peculii, non jure hereditario, conformément au droit du pécule profectice, qui est nécessairement le pécule normal, et cela a de l'importance parce que en particulier le père n'est pas tenu in infinitum des dettes, mais seulement dans les limites du pécule, n'étant pas considéré comme l'héritier de son fils.

Application des règles de l'hérédité sous Justinien.

Au contraire, Justinien a organisé une hérédité ab intestat particulière du pécule castrense avec des ordres d'héritiers étagés qui fait prévoir les formes qu'il réalisera dans ses célèbres Novelles 118 et 127. En premier ordre les descendants, en 2ème ordre les frères et soeurs, en 3ème ordre les ascendants. Ces personnes succéderont jure communi, c'est-à-dire jure hereditario, car le droit commun c'est le droit héréditaire, le jus peculii étant un droit exceptionnel. Sous

Justinien le pécule castrense est devenu un véritable patrimoine.

Le pécule quasi-castrense du fils de famille palatin.

B - Le peculium quasi castrense (pécule à l'imitation du pécule des camps). Créé en 321 par Constantin au profit des fils de famille civils, il s'est élargi de deux côtés: à la fois quant au nombre des fils de famille qui pouvaient le posséder et quant aux biens qui pouvaient y être compris. Au premier point de vue la réforme avait été faite d'abord pour le fils de famille palatin, officier du palais impérial. On comprend que l'empereur veuille avantager les fils de famille attachés au palais comme Auguste avait avantagé les soldats. A cette époque le Palais prend de plus en plus l'aspect d'un palais oriental.

son extension quant aux bénéficiaires.

Puis le privilège fut étendu aux fils de famille, avocats, fonctionnaires, clercs.

et quant aux biens.

Les biens qui y étaient compris avaient d'abord été peu de chose, les économies sur le traitement et les dons de l'empereur qui du reste étaient fréquents. Puis le pécule a compris les biens acquis à l'occasion de la profession, les honoraires de l'avocat par exemple.

Il faut remarquer qu'avant Justinien le testament sur le pécule quasi castrense n'avait été permis qu'à certains filii familias. Le testament sur ce pécule fut généralisé par Justinien. Inst. II.11, de milit. testamento 6.

Nous ne savons rien sur la succession ab intestat dont le règlement était sans doute le même que pour le pécule castrense.

C. Bona adventicia.

Certains interprètes les appellent peculium adventicium (Accarias). L'expression est critiquable, car peculium adventicium ne se trouve pas dans les textes.

ces biens adventices sont ceux que les enfants de famille reçoivent dans la succession maternelle.

Ce sont les biens qui appartiennent, soit aux fils de famille, soit aux filiae familias. Ces bona adventicia ont été créés par Constantin, qui subit sans doute ici aussi une influence orientale. Les biens adventices (quae adveniunt) furent d'abord ceux qui proviennent de la succession maternelle organisée au Haut Empire par le S.C. Orfitien. Ces biens devaient normalement revenir au père, comme toutes les acquisitions des alieni juris, et il en fut ainsi jusqu'à Constantin. Mais l'empereur jugea indélicat que des biens qui provenaient à l'enfant, de sa mère, ne restassent pas à l'enfant; et d'autre part le père les retrouverait si celui-ci précédait.

Contenu des biens adventices.

Les bona adventicia requèrent une extension toujours plus grande et toujours par vagues, comme en font tous les progrès dans le Droit. Après Constantin,

on assimile aux bona materna ceux reçus par un enfant à titre gratuit de sa mère ou des ascendants maternels. Puis, on y comprend les dons et legs du conjoint ou du fiancé et réciproquement ceux de la femme et de la fiancée. La généralisation survint sous Justinien qui a été un grand généralisateur (en quoi il a rendu des services à l'évolution du droit tout entier). Tous les biens qui adviennent à l'enfant de famille, sont des biens adventices; la question est surtout intéressante pour le fils de famille, parce qu'il faut en exclure les biens qui font partie des pécules castrense et quasi castrense. Pour les fils et les filles de famille, du reste, existe une exception commune: dans les bona adventicia ne sont pas comprises les donations émanant du paterfamilias. Ces donations font toujours partie du peculium profectici-
cium.

Le père a l'usufruit des biens adventices.

La condition des bona adventicia, était toute différente de celle des pécules quels qu'ils soient. En effet les bona adventicia n'appartiennent à l'enfant que pour la nue-propriété. Le père de famille en a l'usufruit. De même pas de testament possible sur ces biens. A la mort de l'enfant, le père acquiert les biens jure peculii (Girard p. 156 n. 1 contient sur ce point une erreur). Justinien a organisé la succession ab intestat à ces biens comme il l'avait fait pour le pecule castrense, et la succession était réglée de la même façon: descendants, frères et soeurs, ascendants mâles paternels). Inst. II § Per quas pers....1.

Les biens adventices ne constituent pas un patrimoine d'affectation.

Inutile de remarquer que ces biens sont à peine un patrimoine. Nous ne trouvons pour ces biens ni l'expression patrimonium, ni l'assimilation du filiusfamilias à un vice patrisfamilias. En effet ces biens adventices ne constituent pas un patrimoine d'affectation. Les autres pécules sont des patrimoines d'affectation, des ensembles de biens répondant à une destination propre, ayant un but déterminé fixe, économique ou qui proviennent d'une source économique particulière. Ici les biens ne proviennent pas de source économique ou sociale particulière et ne répondent pas à une destination particulière. Si Constantin a imaginé un nouveau régime en s'inspirant d'idées purement morales, il l'a fait en somme par un compromis entre les droits traditionnels du paterfamilias et l'idée nouvelle morale (qu'il ne faut peut-être pas rattacher au christianisme).

D. Le peculium profectici- cium (1)

Il est assez difficile d'en donner une

(1) Cf. Cuq, p. 143-147.

Notion générale.

définition exacte qui embrasse tous les aspects de ce pécule. Provisoirement disons que ce pécule profectice est formé des biens que les alieni juris, enfants de famille ou esclaves, peu importe, font valoir ou détiennent tant que le maître ne les leur retire pas.

Voyons d'abord la notion du pécule d'après les textes. Pour les bien comprendre il faut toujours se souvenir de ce pourquoi ils ont été écrits, du but que poursuit leur auteur. C'est en somme la loi de relativité, laquelle doit servir de base à la critique. Les textes du titre de peculio du Dig. (XV.1) ont été écrits en vue de l'actio de peculio de l'Edit. Dans l'Edit existait un paragraphe consacré à l'actio de peculio ou plutôt de l'actio de peculio et de in rem verso (action du pécule et de l'enrichissement) qui est donnée aux tiers contre le paterfamilias pour faire valoir leurs droits de créance à l'occasion d'actes passés par les alieni juris, sans jussus du pater, action qui fait partie des actions adjecticiae qualitatis. Les textes, comme il arrive souvent aux Fg. du Dig. sont des morceaux de commentaires sur l'Edit.

L'étymologie du mot.
pecus=petit bétail.

Voici donc l'étymologie qui en est donnée par Ulpien 29 Ad Edict. D.H.T. 5,3: "peculium dictum est, quasi pusilla pecunia, sive patrimonium pusillum: on appelle pécule une sorte de petite fortune ou un petit patrimoine". Le peculium profecticum est un petit patrimoine d'affectation. Ici pour une fois l'étymologie donnée par Ulpien est exacte parce que le rapport entre pecunia et peculium est évident. La racine commune aux deux mots est pecus. Les historiens, les sociologues refont très aisément la protohistoire du pécule: le pécule, ces biens du maître que les alieni juris détiennent à titre de petit patrimoine particulier a été à l'origine un troupeau de petit bétail (moutons) à eux confié. (Cf. feodum et le germanique Vieh "troupeau"). Quant à la définition du pécule, elle est rapportée par Ulpian D.H.T. 5,3 et Ulpien ici, comme il le fait trop rarement, donne sa source (ou plutôt le Digeste ici a conservé la référence à la source, alors que très souvent les citations ont été effacées par les compilateurs comme on s'en rend compte en comparant les mêmes textes au Digeste et aux Fragmenta Vaticana ou dans les Papyrus.) La définition d'Ulpien est empruntée à Tubero, jurisconsulte contemporain de Cicéron et à Celsus, jurisconsulte du II^e siècle, L. VI Dig. dont le fg. 6 reproduit le texte.

Dig. H.T. 5,4: "Peculium autem Tubero

Définition.

Définition de Tubero faisant ressortir la distinction entre le pécule lui-même et la libera administratio reconnue à l'esclave par le maître.

quidem sic definit (ut Celsus Libro VI Digestorum refert) quod servus domini permissu separatim a rationibus dominicis habet, deducto inde, si quid domino debetur : Mais Tuberon en vérité définit le pécule ainsi (comme le rapporte Celse au L. VI de son Digeste) : ce que l'esclave par permission du maître détient de séparé des comptes du maître, déduit de là ce qui est dû au maître".

La permission du maître s'applique à la libera administratio du pécule, à la libre administration du pécule (Ulpien H.T. 7,1). Mais le pécule est plus que ce qui est concédé à l'esclave par permission du maître, plus que ce que l'esclave administre par libera administratio. En effet tout ce que détient l'esclave même sans la permission du maître, même à son insu, constitue le pécule; et ce qui fait le pécule c'est en réalité le non enlèvement de ces choses, le non retrait de ces choses (non ademptio). Tant que le maître n'exerce pas ce retrait le pécule dure. Il faut donc séparer deux choses: le pécule lui-même et la libre administration qui vient d'une concession du maître.

La définition de Tubero est importante surtout parce qu'elle donne le critère de distinction du pécule entre les biens du pécule et le reste du patrimoine du paterfamilias, et montre ce qui en est l'essence. Si le pater confie au subordonné des biens pour qu'il en fasse ce que veut le pater, par exemple de l'argent qu'il est invité à payer, cela ne fait pas partie du pécule. Le critère n'est pas un critère juridique, car il ne peut exister de droit entre alieni juris et pater. Le critère est un critère de comptabilité: Tubero le dit: "quod servus domini permissu separatim a rationibus dominicis habet: ce qui fait le pécule c'est ce que l'esclave détient et qui est séparé des comptes du maître". Dans les registres de comptabilité du maître, dans les rationes dominicae, se trouvent des postes différents, c'est-à-dire différentes divisions. Ce qui constitue le pécule c'est ce qui est compris dans le poste "Stichi peculium", tout ce qui se trouve sous cette rubrique. Le reste, divisé en postes différents, est le patrimoine du maître lui-même.

Dans le poste "Stichi peculium", rentre ce qui est concédé par le paterfamilias, ce dont l'esclave a la libre administration, et aussi des choses qu'il détient sans en avoir la libera administratio.

Quelle est la nature du pécule ? Le pécule

Criterion comptable du pécule.

ef
 10
 8
 18
 30
 40
 50
 60
 70
 80
 90
 100

Le pécule est un quasi-patrimoine.

le est un patrimoine. Ulpien D.H.T. 5,3 le dit. Mais le plus souvent les textes emploient une expression beaucoup plus exacte qui est veluti, ou velut, ou quasi patrimonium (Florentinus XI Instit. D.H.T. 39; Paul IV ad Plaut. D.H.T. 47,6, - Instit. IV.6 de act. 10: quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum le pécule qui est comme une espèce de patrimoine des fils, des filles de famille et des esclaves).

Ces expressions sont beaucoup plus exactes parce que les alieni juris ne peuvent pas avoir un vrai patrimoine, puisqu'ils n'ont pas la personnalité et ne sont pas des pères. Le pécule appartient en droit au pater, seul être capable dans la famille. Les Romains ont bien senti cette nuance et l'ont exprimée par la réserve velut, veluti ou quasi (Cf. pour le pécule castrense: vice paterfamilias).

Néanmoins, le pécule étant une sorte de patrimoine, constitue un ensemble de biens ou plus exactement un ensemble de droits, actions et charges. Les Romains se sont aperçu également que le pécule constituait même en une sorte d'universitas. Il est assez curieux qu'ils aient exprimé cette notion, car bien souvent ils sous-entendent les idées de principe. Ici nous avons un texte intéressant dont la rédaction a été provoquée par les intérêts que présente l'idée que le pécule est un ensemble. Pomponius dans Ulpien H.T. 16,2: "Scire autem non utique singulas res debet, sed Pachymeresteron: Mais on doit savoir qu'il ne s'agit pas en vérité de choses individuelles, mais plutôt de choses en bloc (litt.: grossier, en gros)". L'emploi de ce comparatif grec montre que les juriconsultes n'ont pas de terme latin équivalent. Ce comparatif (il faut considérer les choses plus en gros), est pris dans le sens qu'aura plus tard "universaliter". C'est une confirmation indirecte de la thèse de M. Bonfante que l'expression universitas, dans le sens d'universalité, ensemble de biens dotés de la personnalité, n'est pas connu à l'époque classique. L'adverbe grec répond donc à l'idée d'universalité et nous allons voir comment le juriconsulte Pomponius a été amené à l'écrire.

Le pécule est un patrimoine d'une nature particulière à deux égards. 1° - D'abord il est une universitas alors que le patrimoine en général ne l'est pas. Nous avons combattu l'idée que le patrimoine serait une universitas (ou moins tant qu'il n'a pas subi une transformation, du fait par exemple de l'hérédité), car on n'y rencontre pas les deux signes

9
c

A la différence du patrimoine le pécule est une universitas.

Application de
la règle in
universitati-
bus pretium...

de l'universitas. Au contraire, on peut considérer le peculium comme une universitas. L'idée exprimée par le terme grec de Pomponius se vérifie de la façon la plus sûre par la décision d'un autre jurisconsulte: Neratius Priscus, (Ulpien L. II Disput. D.H.T. 32,2) L'hypothèse est très simple: le maître a vendu l'esclave avec le pécule et il a livré le pécule. Ce devait être le cas normal: l'esclave détenait des biens le maître le vend avec le pécule et il le livre avec le pécule (1). Dans cette hypothèse le maître vendeur n'est plus tenu de l'actio de peculio, c'est le nouveau maître qui en sera tenu. (L'actio de peculio ambulat cum servo, disons-nous). Pourquoi? "neque enim hoc pretium servi peculium est: car ce prix de vente de l'esclave n'est pas le pécule". Cela va de soi, évidemment. Cependant il était bon de le dire, car une seconde hypothèse est prévue dans les textes.

Javolenus Lib. XII ex Cassio D.H.T. 33 propose le cas suivant: le maître a vendu l'esclave (avec son pécule) mais a fait insérer dans le contrat la clause (lex venditionis) "ut pretium pro peculio acciperet: que le vendeur recevrait le prix comme équivalent du pécule". Dans ce cas chez qui est le pécule? Le pécule, dit Javolenus, est chez celui à qui le prix du pécule est parvenu, c'est-à-dire chez le maître vendeur.

Et Pomponius (XII ex variis lectionibus D.H.T. 34) ajoute: "et pas chez celui chez qui est la res peculiaris", c'est-à-dire pas chez celui qui a reçu le pécule en nature, c'est-à-dire pas chez le maître acheteur. En d'autres termes et toujours au point de vue pratique de l'actio de peculio, c'est cette fois le vendeur qui sera passible de cette action puisque le prix a été reçu comme équivalent du pécule et que le pécule est censé resté en droit chez le maître vendeur.

Au point de vue de la nature du pécule, nous pouvons tirer de là une conséquence: dans la solution de Javolenus nous voyons l'application d'une des deux règles des universalitates: "in universitatibus pretium rei succedit", Javolenus le dit lui-même: "ut pretium pro peculio acciperet". Ce prix remplace le pécule. C'est bien l'application de la règle in universitatibus pretium rei succedit. Donc le pécule est une universitas.

Mais, dira-t-on, la seconde règle des universalitates, l'idée que l'universitas a pour sanction une action in rem universelle (telle la petition d'hérédité qui sanctionne l'hérédité) n'est pas vis-

(1) Les formulaires de Caton disent qu'on peut le vendre avec ou sans le pécule.

Si l'on ne ren-
contre pas d'ac-
tion réelle uni-
verselle, c'est
parce qu'elle

n'aurait pas
d'intérêt ici.

ble pour le pécule. - C'est que cette action in rem universelle n'avait pas de lieu. Pourquoi ? Parce que le maître n'a jamais à réclamer en bloc le pécule à des tiers. On ne peut pas concevoir que le pécule tout entier soit arraché à l'esclave par des tiers. Il peut se faire que des biens particuliers soient soustraits au pécule et dans ce cas le maître revendique les res individuellement, mais on ne conçoit pas l'existence d'une action in rem universelle, tandis qu'on la conçoit pour une hérédité, parce que l'hérédité, c'est le titre d'héritier.

Le pécule est donc une universitas de second ordre, de seconde zône, le premier ordre étant représenté par l'hérédité qui est le type même de l'universitas.

Le pécule ne se conçoit comme une universitas que dans les rapports entre l'esclave et les créanciers agissant de peculio.

Encore faut-il noter que le pécule est une universitas d'un ordre particulier: le pécule ne se conçoit pas en tant qu'universitas à l'égard du maître, dans les rapports du détenteur du pécule et du maître, mais uniquement dans les rapports avec les tiers. Ces tiers sont les créanciers du pécule. Revenons encore à l'actio de peculio, parce que la réglementation du pécule a été conçue en fonction de cette action (c'est un des meilleurs exemples de la dépendance du droit par rapport à l'action). Comment agissent les créanciers du pécule contre le paterfamilias lorsque l'alieni juris détenteur du pécule a contracté des dettes ? Les créanciers agissent contre le maître par la formule de peculio et de in rem verso, pour réclamer condamnation d'abord à l'in rem versum du maître intégralement et subsidiairement une condamnation au pécule, de peculio. Quant à ce deuxième chef de la condamnation sur lequel le maître a une responsabilité limitée et ne peut être condamné au maximum qu'au pécule, le juge évaluera en bloc le pécule, même pour une créance inférieure que le titulaire réclame au maître. Voilà qui confirme l'idée d'universalité. Il suffirait que le juge condamne au montant de la créance; non il estimera en bloc le pécule et il condamnera le maître à la somme obtenue; rien d'analogue en ce qui concerne le patrimoine.

comparaison entre le pécule et un être vivant.

2° - Sous un autre angle le pécule est encore un patrimoine d'une nature particulière. Un texte bien connu le montre: Marcien L.V. Reg. D.H.T. 40 pr.: "Peculium nascitur, crescit, decrescit, moritur; et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat peculium simile esse homini: le pécule naît, croît, décroît, meurt. Et c'est pourquoi Papirius Fronto disait élégamment que le pécule ressemblait à un homme". Ce Papirius Fronto est un jurisconsulte peu connu (Cf.

Krueger p. 271) qui vivait sans doute à la fin du II^e ou au début du III^e siècle. Dans le fg. 40, 1 le jurisconsulte développe sa pensée: le pécule naît selon les *Veteres* (c'est-à-dire les jurisconsultes de la fin de la République, les préclassiques) quand l'esclave acquiert ce que le maître n'était pas forcé de lui donner. Exemple: les tuniques ne constituent pas un pécule (parce que le maître est forcé de vêtir son esclave)- Il croît quand il s'augmente.- Il décroît quand les servi vicarii meurent ou que les choses périssent. Les servi vicarii sont les esclaves compris dans le pécule d'un esclave appelé ordinarius. Il meurt quand il est retiré à l'esclave par son maître.

L'assimilation du pécule à un homme (on n'a donc pas attendu les sociologues modernes pour comparer les institutions à des êtres vivants), est d'autant plus significative qu'elle nous fournit une nouvelle opposition avec le patrimoine en général. En effet un patrimoine quelconque croît, ou décroît, mais il ne naît pas et il ne meurt pas. Il ne naît pas pendant la vie de l'homme, parce que tout homme, même le plus pauvre, a un patrimoine dès sa naissance. Il ne meurt pas pendant la vie, il se transmet ce qui est autre chose, et encore qu'un titulaire de patrimoine puisse être ruiné, il conserve un patrimoine ne fut-ce que ses vêtements. Le pécule représente donc quelque chose de particulier parce qu'il est une institution artificielle, une construction, qui jurait avec la condition normale de l'alieni juris incapable en principe d'avoir un patrimoine.

Que peut contenir le pécule ?

Le pécule peut contenir toutes les res quelconques, res mobiles ou res solii (immeubles), des esclaves (L'esclave titulaire d'un pécule qui contient des esclaves (vicarii) s'appelle servus ordinarius (Cf. Erman, *Servus vicarius*). Le pécule peut contenir aussi des créances nomina debitorum. Tout cela est dit par Ulpien D.H.T. 37, 4 et 5; Ulpien continue que le pécule peut contenir des actions, une hérédité, un legs, § 6 : le pécule peut contenir la dette du maître envers le pécule. Il est curieux au point de vue juridique qu'il puisse exister une dette du maître vis-à-vis du pécule, car celui-ci continue d'appartenir au maître. Quoique ce pécule ne soit pas la propriété absolue de son titulaire il peut exister des rapports de droit entre lui et le maître. Ici celui-ci est débiteur envers le pécule, c'est-à-dire en somme à l'égard de lui-même. Cela s'explique par les nécessités pratiques, par l'affectation que les Romains ont su comprendre et dé-

Le contenu
du pécule.

Dettes du maître
envers le
pécule.

gager. Si les dettes n'avaient pas été possibles entre le pécule et le maître le fonctionnement du pécule aurait été gêné. Le pécule peut donc être créancier du maître.

Voici une autre face du problème: que faut-il penser des dettes du pécule ?

es dettes du pécule.

On retrouve à propos du pécule les mêmes discussions que pour le patrimoine. Est-ce que les dettes font ou non partie du pécule ? Mandry qui a étudié le pécule dans son ouvrage sur les biens de famille, cité par Birkmeyer (note 490), croit que le pécule est un ensemble qui se compose d'un actif et d'un passif. Birkmeyer (Note 515) se refuse au contraire à y comprendre les dettes.

En réalité il faut distinguer selon que le titulaire du pécule est débiteur envers le paterfamilias ou envers des tiers. Envers le paterfamilias parce qu'il y a indépendance au moins économique entre le pécule et le patrimoine du maître, et qu'il peut exister des rapports juridiques entre ces patrimoines, on vient de le voir pour les créances.

ettes du pécule envers le paterfamilias.- Elles ne font pas partie du pécule.

1° - En ce qui concerne les dettes du pécule envers le paterfamilias.

C'est de son essence que le pécule n'existe que déduction faite des dettes envers le paterfamilias. Cela est dit dans la définition même du pécule par Tubero: le pécule c'est ce que l'esclave administre par permission du maître et séparément des comptes du maître "deducto inde si quid domino debetur: déduit de là si quelque chose est dû au maître". La même idée est répétée par Gaius IV, 73 et au Dig. Ulpien H.T. 11, 7: "quoniam non est in peculio quod domino debetur; parce que ne se trouve pas dans le pécule ce qui est dû au maître". Les jurisconsultes assimilaient aux dettes envers le maître les dettes envers les individus qui sont sous la puissance du même pater par exemple envers les autres esclaves ou fils de famille; puis envers toutes les personnes sur lesquelles le maître a la tutelle ou la curatelle. Ceci est curieux parce que en somme la tutelle et la curatelle sont des puissances qui ne confèrent pas à leurs titulaires la propriété des biens, cependant on considère que ces personnes placées sous la tutelle et la curatelle font en quelque manière partie de la famille. Enfin les dettes envers les personnes dont le paterfamilias administre les biens, sans être ni tuteur ni curateur.

La raison de la soustraction des dettes est facile à trouver. Le paterfamilias considère le pécule comme étant sous l'administration ou la quasi-

Raison de la soustraction de ces dettes.

propriété du titulaire, comme un tout indépendant en fait- et en partie en droit- de lui-même jusqu'à ce qu'il le retire. Quant aux dettes, elles se déduisent de plein droit parce que dans cette mesure le pater est réputé n'avoir pas constitué ou n'avoir pas toléré le pécule. Dans la mesure de ce qui lui est dû, le père retient en quelque sorte une valeur du pécule. Il y a un rapport entre cette conception et celle de la retentio ou deductio dans la dot.

Conséquence; caractère privilégié de la créance du maître envers le pécule.

Au point de vue pratique, il faut se mettre dans le jeu de l'actio de peculio et de in rem verso en vue de laquelle ont été écrits tous ces textes. Dans la pratique, les tiers, dont nous allons examiner la situation, réclament leurs créances ^{au} paterfamilias et intentent contre lui l'actio de peculio et de in rem verso. Si les tiers obtiennent la condamnation du paterfamilias à la valeur du pécule (chef de peculio de l'action), le juge est amené à calculer la valeur du pécule, à estimer les biens corporels, les créances pécuniaires pour en faire un tout qui se ramènera à telle somme. De là il devra déduire les dettes envers le paterfamilias. Il ne peut condamner le paterfamilias que dédaction faite des dettes du pécule envers lui et cela s'explique très bien par l'idée que dans cette mesure le père est censé avoir retenu une somme égale par devers lui. Autrement dit, le père de famille, suivant le mot de Birkmeyer, est traité comme un créancier privilégié. Ici, un créancier envers soi-même puisqu'il est resté propriétaire des biens d'affectation que constitue le pécule comme plus haut débiteur de lui-même. Il est traité comme un créancier privilégié, comme quand s'applique la règle bona non sunt; seulement ici la déduction est limitée, elle ne s'applique qu'aux dettes envers le paterfamilias ou ceux qui sont sous sa puissance, sa tutelle, son administration parce que nous sommes ici en présence d'une situation particulière différente de celle des dettes vis-à-vis d'autrui.

2° - Dettes envers les tiers.

Dettes envers les tiers.

Il est naturel que le pécule soit grevé de dettes envers les tiers, quand pour le faire valoir l'esclave ou le fils de famille sont amenés à négocier, à faire des opérations de commerce qui engendrent créances ou dettes.

L'esclave ou le fils de famille par exemple ont emprunté de l'argent et en doivent le remboursement, ils ont vendu et deviennent débiteurs de la chose; ils ont acheté et sont débiteurs du

Il n'y a pas ici de déduction.

prix ou bien débiteurs du prix de location etc...
Pour ces dettes, fixons pour principe que la déduction ne s'exerce pas.

La preuve est que, le paterfamilias vendant l'esclave avec son pécule, ce qui doit être le cas normal, les dettes envers les tiers subsistent (D. H. T. 33), donc les dettes sont bien comprises dans le pécule (comme dans tout patrimoine du reste).

En cas de vente de l'esclave avec son pécule c'est l'acheteur qui sera tenu des dettes.

Pas de déduction: donc les dettes qui menaçaient le paterfamilias vendeur et pour lesquelles il pouvait être attaqué, ces dettes vont maintenant menacer l'acquéreur. C'est logique parce que nous appliquons ici la règle déjà vue. Nous avons distingué les individus qui acquièrent sans déduction (brut) et ceux qui acquièrent avec déduction (net) de dettes, suivant que l'acquéreur ne peut pas ou peut invoquer un titre propre. Quel titre propre pourrait invoquer l'acquéreur du pécule puisqu'il est aux droits du vendeur, son auteur puisqu'il est son ayant-cause, et la preuve qu'il y a un rapport d'auteur à ayant-cause c'est que si le vendeur avait commencé une usucapion l'acheteur en profitera (grâce à l'accession des possessions, accessio temporum), l'acheteur n'a pas d'autres droits que ceux du vendeur. L'acheteur ne peut pas invoquer un titre propre. Le paterfamilias cède l'esclave avec son pécule et les dettes qui grèvent le pécule sont comme quand on cède la res cum sua causa, c'est-à-dire un bien corporel avec les servitudes et hypothèques qui le grèvent. Il n'y a pas purge des dettes lorsqu'on vend l'esclave peculiaire, parce que l'acquéreur n'a pas un titre propre.

Les dettes envers le tiers fait naître l'action de peculio.

Ce sont les dettes envers les tiers qui donnent ouverture à l'actio de peculio et de in rem verso. (En effet on ne conçoit pas que celles envers le paterfamilias donnent ouverture à cette action.) Il peut être créancier de lui-même, il peut être débiteur de lui-même parce que sa personnalité se dédouble; mais il ne peut agir contre lui-même, être demandeur et défendeur. C'est la différence entre le droit au repos, le droit statique et le droit dynamique, la différence entre le droit déterminateur et le droit sanctionnateur.

Dans l'ordre du droit déterminateur le pater peut être créancier et débiteur, dans l'ordre sanctionnateur il ne peut être titulaire d'une action qu'il devrait intenter contre lui-même. Voilà aussi une raison pour laquelle les dettes envers le paterfa-

C'est une
formule adjec-
ticiae
qualita-
tis - son
double chef.

milias sont déduites de plein droit). Les tiers au contraire, peuvent agir contre lui par l'actio de peculio de in rem verso recevable quand les alieni juris agissent sine jussu domini aut patris et qui est une des actions adjecticiae qualitatis. Sans insister rappelons que l'action est une "unique, mais avec deux condamnations". Inst. IV.7 4.B. une est actio.... duas condemnationes habet." Sous la procédure formulaire, cette action était en réalité une formule, comme toutes les actions adjecticiae qualitatis et non pas une action indépendante.

A l'occasion d'un emprunt fait par l'esclave péculiaire l'action donnée sera l'actio certae creditae pecuniae, ou la condictio certae rei ou triticaria, mais la formule ordinaire subira des modifications qui en font une action adjecticiae qualitatis, parmi lesquelles figure la clause qui permet de condamner le maître de peculio et de in rem verso: juge condamne le maître (pour raison de l'acte de l'esclave) à la valeur du pécule et de l'enrichissement.

Reprenons ces deux chefs en commençant par le second:

Condamna-
tion à l'in
rem versum.

1° - le juge condamne le paterfamilias à raison de l'acte de son subordonné de in rem verso, pour ce qui a tourné à son profit. Sur ce chef la condemnatio est une condemnatio in solidum, au tout. L'emprunt était de 100.000 sesterces, il a tourné au profit du maître pour les 100.000 sesterces, le maître sera condamné à 100.000 sesterces. Le profit s'apprécie non pas au jour de la litis contestatio comme se doit apprécier la condemnatio dans toutes les actions, mais au jour de la condamnation.

Et éventuel-
lement condam-
nation de pe-
culio.

2° - Supposons que rien n'ait tourné au profit du maître, c'est-à-dire que les deniers ont été gaspillés, ou bien tout n'a pas tourné à son profit, une partie seulement a tourné à son profit: dans ce cas la condamnation portera sur le pécule: pour tout le pécule dans le premier cas, pour une partie dans le second cas, la condamnation portera sur le premier chef; de peculio. Dette de 100.000 qui n'a pas du tout tourné au profit du maître, l'esclave les a gaspillés, le paterfamilias est condamné à la valeur du pécule. Si celui-ci vaut 100.000 sesterces, tant mieux pour le créancier, s'il ne vaut que 50.000 il perdra 50% et encore deducto si quid domino debetur, on commencera par déduire ce qui est dû au maître, créancier privilégié et il y a des chances pour que le créancier ne touche pas grand chose: Inst. IV.7.4.B.

Plusieurs différences entre le chef de in rem verso et le chef de peculio. D'abord sur le premier chef la condemnatio est in solidum, intégrale, quant au chef de peculio, elle est limitée. D'autre part quant au chef de in rem verso l'action est perpétuelle tandis que de peculio elle est temporaire. Elle est annale, c'est-à-dire qu'elle dure une année utile (l'année utile se calcule en ne tenant compte que des jours où on peut plaider). Après la disparition du pécule, car il peut mourir de différentes façons ou par le retrait ad nutum (ademptio) ou par la mort de l'alieni juris, ou par la cessation de la potestas du chef sur l'alieni juris (alienation ou affranchissement de l'esclave, émancipation de l'enfant, capitis deminutio) Ulpien XXIX ad Ed. D. 15,3, de in rem ver. I.9.

Nous allons insister un peu sur cette action dans la mesure où elle nous permettra de mieux comprendre la notion de patrimoine. Ce n'est donc pas vers sa clause de peculio que nous nous tournerons, mais vers la clause de in rem verso. Nous considérons ainsi un aspect sous lequel peut s'enrichir le patrimoine.

L'in rem versum se traduit littéralement et simplement "ce qui a tourné au profit" du chef de famille, soit du fait de ses esclaves, soit du fait des enfants de famille, ce dont il a profité, ce dont son patrimoine s'est enrichi puisque quand on profite de quelque chose on s'enrichit.

Le mot res doit être précisé, car il a beaucoup de sens. Nous avons traduit ici ce mot par profit; nous pourrions aussi traduire par "intérêt". C'est une chose qui a tourné dans l'intérêt du patrifamilias. (Ce sens se retrouve dans le procédé de cession de créance appelé procuratio ou cognitio in rem suam).

Nous allons préciser la notion d'in rem versum en nous appuyant sur Inst. IV.7. 4a : "In rem autem domini versa intellegitur, quidquid necessario in rem ejus impenderit servus: ce qui a tourné au profit du maître s'entend de ce que l'esclave a dépensé nécessairement dans l'intérêt de celui-ci". Les Institutes donnent plusieurs exemples notamment celui-ci: l'esclave ayant emprunté de l'argent à autrui a payé avec cet argent les dettes du maître. C'était un paiement nécessaire.

Ulpien XXIX ad. Ed. d. H.T. 3.I. donne une description analytique en trois termes: 1^o soit ce que l'esclave a reçu et qui a tourné au profit du

Notion de
l'in rem
versum.

Définition.

Analyse de
l'in rem ver-
sum par Ul-
pien.

du maître, par exemple il a reçu du blé avec lequel il a nourri les esclaves. (familia); 2° - soit qu'il ait fait quelque chose pour gérer ou administrer l'affaire du maître, par exemple il a emprunté de l'argent pour acheter du blé afin de nourrir la familia. 3° - soit enfin qu'il ait emprunté peculiariter (dans l'intérêt du pécule) et que cela ait ensuite passé dans l'intérêt du maître. Il a fait sur son pécule une opération avantageuse qui tourne au profit du maître et rapporte à celui-ci un bénéfice.

Premier critère: caractère de nécessité des dépenses.

La critère donné aux Institutes c'est que les dépenses sont faites necessario par l'esclave, dans l'intérêt du maître. On reconnaît là une des divisions des impenses qui selon les cas sont nécessaires; utiles, voluptuaires (et non pas somptuaires car sumptus = dépenses).

La dépense nécessaire doit se prendre ici dans le sens où elle se prend d'ordinaire, notamment en matière de dot. Les impenses nécessaires sont celles sans lesquelles les choses auxquelles elles s'appliquent auraient souffert des dégradations au point d'être menacées de périr ou sans lesquelles le maître eût été exposé à être en faillite s'il ne payait pas ses créanciers. C'est bien entendu, comme toujours, une question d'espèce.

En ce qui concerne l'in rem versum, il faut joindre à ces dépenses les dépenses utiles. A propos de la dot, les critiques modernes se sont demandé s'il n'y avait eu une différence en droit classique entre impenses utiles et impenses nécessaires (Schulz, Riccobono). M. Collinet croit que cette différence existait déjà en droit classique. Les dépenses utiles sont celles qui améliorent la chose; celle-ci en leur absence n'aurait pas péri, mais en les faisant on a augmenté la valeur de la chose. Ces dépenses sont prises en considération en matière d'in rem versum sur la base d'un second critère donné par Ulpien I9 ad. Ed. D.H.T. 3.4.

Second Critère: un gérant d'affaires aurait recours contre le maître.

Ce second critère pour distinguer l'in rem versum est le suivant: Il y a in rem versum dans tous les cas où, soit un procurator (mandataire) soit un negotiorum gestor, (gérant d'affaires) aurait eu un recours contre le maître mandant ou géré, par les actions mandati contraria au premier cas, ou negotiorum gestorum contraria au second cas Ulp. D. H.T. 3.2. Pour reprendre le premier exemple des Institutes, supposons qu'un sui juris ait emprunté de l'argent pour payer les créanciers de son mandant ou du géré. Le débiteur est absent, les créanciers

ont inutilement réclamé leur paiement et déclarent à l'amī du débiteur qu'ils vont se faire envoyer en possession et poursuivre la bonorum venditio. L'amī intervient, emprunte de l'argent pour les payer. Cet ami aura certainement un recours pour l'action negotiorum gestorum contraria, car il a fait une impense utile. S'il était mandataire, l'actio mandati contraria jouera.

Troisième critère:

l'esclave a amélioré ou empêché d'empirer la condition du maître.

Voici enfin un 3ème critère pour distinguer l'in rem versum: il est donné dans le même texte 3.2. in fine (texte suspect: Index .I. c. 256): "toutes les fois que l'esclave a consommé quelque chose pour rendre la condition du maître ou meilleure ou pas pire", pour l'améliorer ou l'empêcher de s'empirer. On sait que l'on divise les actes en actes qui améliorent la condition d'une personne et actes qui l'empirent. La distinction s'applique d'abord aux actes passés par les alieni juris et cette division a de l'intérêt en ce sens que seuls ont une répercussion sur le maître les actes qui rendent meilleure sa condition. Ainsi il devient acquéreur ou créancier par l'intermédiaire de ses subordonnés. A l'inverse les actes qui rendent sa condition pire (aliénation et engagements) n'ont pas d'effet sur lui. Cette distinction intervient aussi dans le droit des sui juris incapables, qui peuvent faire leur condition meilleure mais ne peuvent la rendre pire sans l'intervention des personnes chargées de compléter leur personnalité.

Ici il ne s'agit pas à proprement parler d'une division des actes juridiques. Le texte dit: "toutes les fois que l'esclave a consommé quelque chose pour rendre la condition du maître ou meilleure ou pas pire..." Il ne s'agit pas des actes qui opèrent automatiquement. Il s'agit du résultat des actes par rapport au patrimoine du maître. Quand la question de l'in rem versum se posera en justice le juge recherchera si l'acte passé a eu pour résultat d'améliorer la condition du maître ou de l'empêcher d'empirer. Dans nos exemples l'in rem versum existe puisque les actes de l'esclave avaient pour but d'améliorer la condition du maître ou de l'empêcher de s'empirer. Si les créanciers du maître avaient saisi, la situation du maître aurait été empirée. L'emprunt de l'esclave l'a empêché d'empirer.

Poursuivons l'analyse de l'in rem versum telle que les Romains l'ont poussée. Ils sont allés très loin dans l'étude de cette notion, notamment sur le point suivant. En fait, dans la plupart des cas, le profit du maître est évident et le maître

Habituellement le maître

a bénéficié de l'opération.

retire de l'opération un bénéfice estimable en argent, soit que l'acte de l'alieni juris lui procure une valeur, fasse entrer une valeur dans son patrimoine, par exemple si l'esclave achète un bien, soit au contraire qu'il épargne une dépense ou une perte du patrimoine du maître. Il aurait dû payer les dettes de son propre patrimoine, il ne le fait pas et l'esclave emprunte pour payer les dettes du maître. L'acte de l'esclave lui évite le déboursé d'une certaine valeur. Il y a in rem versum. De même si l'esclave a emprunté pour nourrir la familia.

Mais l'in rem versum existera même si aucun bénéfice n'existe en fait pour le chef, si aucun avantage évaluable en argent n'existe après l'opération. Voici deux exemples des textes:

Mais il peut y avoir in rem versum à défaut de tout bénéfice.

1°- D.H.T. fg. 3.7. L'esclave avait acheté du froment pour nourrir la familia et ce froment avait été engrangé dans le grenier du maître. Puis il a péri, il s'est corrompu ou il a brûlé. Peut-on dire qu'il y ait encore in rem versum, chose tournée au profit du maître? Parfaitement oui. Le maître en fait n'a plus rien de cette acquisition, puisque matériellement les choses n'existent plus, elles ont péri, ont été corrompues, ont brûlé. Cependant quoique rien de l'acquisition ne subsiste et que le maître ne profite de rien, le versum existe et le prêteur aura néanmoins action contre le maître pour l'in rem versum.

2° Africain VIII Quaestion. Dig. H.T. 17 pr. (texte suspecté Index, I.c. 258) l'esclave avait emprunté de l'argent dans l'intérêt de son maître sans jussus de son maître - puis en chemin l'esclave perd cet argent sans sa faute. S'il l'avait dépensé dans le voyage la question ne se poserait pas (pas d'in rem versum), mais ici il perd sans sa faute. L'action va naître au profit du prêteur et la règle est la même que pour le procurator, le mandataire. Bien que ce texte ait été suspecté, la règle était la même dans le droit classique, car bien souvent l'interpolation ne fait que confirmer ou développer le texte classique, beaucoup d'interpolations n'étant que des gloses ou interprétatives et non créatrices de droit nouveau.

L'in rem versum est ce qui est parvenu au maître.

Si l'in rem versum existe même quand le maître ne profite pas matériellement de la chose, le critère de l'in rem versum est en définitive celui-ci: il faut que la chose soit parvenue au père de famille, qu'elle ait atteint, touché son patrimoine, qu'elle soit entrée dans son patrimoine même si elle ne doit pas y rester. Ulp. D.H.T. I.O.4. Cette notion

de l'in rem versum a donc des rapports avec une autre notion: le " id quod ad X pervenit: la chose qui est parvenue à Un Tel".

Ne faut-il pas qu'elle soit parvenue avec une certaine intention, dans un certain but, une certaine cause, ce but étant l'intérêt du maître critère psychologique? Cette cause se trouve indiquée en effet par Paul Sent. II, 9, 1 in fine. Mais si on se reporte au texte même, on s'aperçoit qu'il y a là une glose et cette intervention du but est post-classique. C'est l'opinion des éditeurs des sentences Seckel et Kuebler (voir Girard Textes). Cela n'est pas étonnant, c'est un nouvel aspect du problème de l'animus sûrement interpolé parfois (animus novandi) ou suspect au moins (animus furandi) Cf. Cuq p. 416 n°9.

L'in rem versum lié à la constitution de la famille.

M. Collinet n'en dira pas plus sur cette question qui est une de celles sur lesquelles les Romains ont manifesté le plus leur faculté d'analyse et de dialectique. Cette notion en effet, d'apparence simple, ne l'est pas autant qu'il paraît. D'ailleurs si nous voulons marquer que cette matière est beaucoup plus complexe qu'elle ne paraît, nous en avons une preuve en considérant en quelques mots le droit français.

Distinction de l'in rem versum et de l'enrichissement sans cause. Critique de la terminologie du droit civil.

L'in rem versum était lié en droit romain à la constitution même de la famille, groupement autour d'un chef, paterfamilias, sui juris, de subordonnés libres ou esclaves. Aujourd'hui que l'esclavage a disparu et que les enfants ne sont plus alieni juris et que la puissance paternelle a changé de nature, la notion de l'in rem versum devrait être absente de notre droit et de notre langage juridique. Cependant la jurisprudence et la doctrine d'avant même le C.C. connaissent encore et appliquent l'action de in rem verso. Elles l'appliquent en vérité non pas à ce qui est tourné au profit du maître, mais à l'enrichissement sans cause, indu ou injuste. C'est un abus de langage contre lequel il faut réagir, et même une confusion de notions.

En effet l'action, ou plutôt les actions qui sanctionnent l'enrichissement sans cause à Rome étaient des condictiones qui étaient nombreuses: *condictio furtiva*, *indebiti*, *sine causa*, *ob rem dati*..... En cette matière d'enrichissement sans cause c'était des condictiones qui s'appliquaient et non pas l'actio de in rem verso. Les condictiones évoluant sur un plan tout à fait différent de l'in rem versum. Le plan des condictiones était quasi contrac-

tuel et avait pour fondement le principe que nul n'a le droit de s'enrichir au détriment d'autrui... L'in rem versum en droit romain évolue sur le plan du droit prétorien créateur des actions adjecticiae qualitatis et ne se conçoit qu'en fonction de la puissance paternelle.

Surtout le fondement de l'in rem versum n'est pas du tout le même que celui de la condictio, ce n'est plus l'enrichissement sans cause. C'est au contraire un enrichissement parfaitement légitime et avec cause. Quand l'esclave emprunte de l'argent pour nourrir la familia il n'y a là aucun rapport avec l'enrichissement sans cause. De même les règles des deux actions sont différentes.

Donc appeler une action de in rem verso l'action fondée sur l'enrichissement sans cause, c'est-à-dire la condictio, c'est une méprise certaine qui dénote une ignorance ou un oubli impardonna-ble du droit romain. Ce qui a créé la confusion c'est ceci: si le paterfamilias débiteur à la suite de l'acte de l'alieni juris ne payait pas, ne remboursait pas le prêt qui a servi à nourrir la familia, il s'enrichirait au détriment des créanciers, mais on peut dire la même chose de tous les débiteurs qui ne paient pas. On pourrait appliquer la théorie de l'enrichissement sans cause à tous les débiteurs et il n'y aurait plus dans le droit qu'une seule action, la condictio que les civilistes appelleraient l'action de in rem verso. Mais c'est là de la confusion, ce n'est plus un langage juridique. Celui qui ne paie pas ses dettes n'est pas poursuivi par l'action d'enrichissement sans cause.

Il est donc regrettable que les civilistes ne réagissent pas là contre. MM. Colin et Capitant II. 238 n'exposent aucune critique. Planiol II. 935 aperçoit bien ce qui est choquant, mais il passe. Il faut réagir plus vigoureusement, comme l'a tenté par exemple M. Stoicesco dans sa thèse sur l'enrichissement sans cause, Thèse, Paris 1904, p. 46-47.

Addition au pécule.

Nous avons vu au chapitre II S. I. qu'il faut être une personne pour avoir un patrimoine et nous avons indiqué pourquoi les incapables ne pouvaient pas avoir de patrimoine. A propos du fils de famille nous avons cité des textes qui disaient: celui qui a prêté à un fils de famille à l'encontre du S.C. (Macédonien) ne peut, une fois le fils

Possibilité de donner un fiduciaire

pour une dette contractée pour le fils de peculio.

mort, recevoir du père un fidejusseur. Mais précisément il en serait autrement s'il s'agissait du fils mort qui avait un pécule. Julien 43 Dig. D. 46.1. de fidej. 12. Venuleius L. II Stip. D. 14.6. de S.C. Mac. 18 in fine: " Certainement au titre (nomine) de cette action qui compète de peculio contre lui (le père) un fidejusseur est reçu valablement". Il est possible que ce passage soit interpolé (plane, critère d'interpolation) Peu importe, l'idée de fond existait déjà à l'époque classique. Pourquoi un fidejusseur est-il ici reçu valablement? Parce que le pécule est un quasi ou veluti-patrimonium et que de ce chef le fils a une certaine personnalité.

§ 2 - La dot.

Nous ne prendrons dans la dot qu'un seul point: la dot comme un patrimoine spécial ou d'affectation (Cf. Cuq pp. 181-182).

Affectation de la dot aux charges du ménage.

La dot, de qui qu'elle émane, se définit un bien ou un ensemble de biens apporté au mari pour subvenir aux charges du mariage: ad onera matrimonii sustinenda. Cela prouve que la dot a bien une affectation spéciale; c'est un patrimoine d'affectation. C'est aussi visible que pour le pécule auquel la dot ressemble à plusieurs égards.

Elle peut se constituer par datio, promissio, dictio. Quel que soit le procédé, au moment de la constitution, la dot est fixée, la consistance de la dot est réglée. Si la dot est constituée par datio, elle est déterminée par les éléments de l'acte d'acquisition, (la runcupatio de la mancipation par exemple déterminera les biens transmis en dot). Si c'est une dictio (qui devient au Bas Empire la promissio) les éléments de la dot seront rigoureusement déterminés par les paroles prononcées. On ne détermine pas seulement la consistance de la dot d'ailleurs on prend toutes sortes de dispositions dans les pacta nuptialia.

Constitution et objet de la dot.

La consistance de la dot peut être réglée aussi à contrario.- On sait que à Rome comme aujourd'hui, dans le régime dotal il peut y avoir deux sortes de biens: des biens dotaux apportés par la femme ou un tiers et les biens paraphernaux, en dehors de la dot: paraphernaux du grec para-phornê, biens qui restent libres aux mains de la femme (Guglielmo Castelli dans ses Scritti giuridici Milan 1923). Or les biens paraphernaux sont invento-

riés dans un écrit, un libellus souscrit par le mari (subscriptio) afin d'en conserver un état qui permettra de les reprendre tels quels à la dissolution du mariage. En fait ils sont confondus avec les biens dotaux; à la dissolution du mariage il faut qu'on puisse les en distinguer (Ulp. XXXI ad Sabin.D. XXIII.2. de jure dot. 9.3).

L'objet de la dot est très large (Bonfante Corso I p.p.296-297), son énumération est encore incomplète tellement l'objet de la dot peut être compréhensif). Elle peut comprendre des choses corporelles ou des choses incorporelles: des choses corporelles, le plus souvent estimées: au lieu de promettre de restituer le fonds, maison, esclaves, bétail qui appartiennent à la femme, le mari promettra à la femme une somme équivalente. On peut apporter en dot même le patrimoine tout entier de la femme, ou seulement une partie de celui-ci (sur ce point M. Bonfante est incomplet).

A- En quoi la dot forme-t-elle
un patrimoine d'affectation?

On discute pour savoir si la dot existait dans le mariage avec manus. Les biens que la femme apportait dans le mariage avec manus quand elle tombait sous la puissance de son mari, peuvent-ils s'appeler dot? C'est un peu une question de mot. On pourrait admettre que ces biens ne constituent pas une dot en tant que patrimoine d'affectation, car dans le mariage avec manus, comme l'apport des biens au mari est le résultat de la capitis deminutio subie par la femme, on peut dire qu'il n'y a pas d'affectation spéciale de ces biens. L'effet se produit comme dans l'adrogation; or dans celle-ci il n'y a pas de patrimoine d'affectation, mais chute d'un patrimoine dans un autre. Il serait possible que l'idée de dot ne serait conciliable qu'avec celle de mariage sine manu où la femme est pleinement indépendante. Beaucoup d'auteurs cependant admettent qu'il y avait déjà une dot dans le mariage cum manu. En tout cas dans le mariage avec manus qui est le plus ancien, la femme retrouverait sa dot à la dissolution du mariage, en particulier en héritant loco filiae ou loco neptis du mari ou du père du mari. Mais elle ne retrouvera pas toujours ces biens intégralement, car il lui faudra partager avec ses propres enfants. Ce régime-là est donc très différent du régime dotel.

Y avait-il
une dot dans
le mariage
cum manu?

C'est de ce régime primitif qui n'est peut être pas un régime dotal que vint aux Romains l'idée de faire de la dot la propriété du mari et cela est une vérité exprimée par l'adage: Dotis causa perpetua est: la destination de la dot est perpétuelle, parce que son but (la cause finale) est d'assurer les charges du ménage. Dans le mariage sine manu, la dot prend une individualité. Elle est devenue un patrimoine d'affectation et ses contours se précisent de plus en plus vers la fin de la République sous l'influence de l'adoucissement des mœurs et peut être sous l'influence grecque. Voici comment cela s'est fait: les maris ont pris l'habitude, sous l'influence des mœurs, de laisser à leur femme par testament leur dot (praelegatum dotis Cf. Esmein, Mélanges); l'habitude s'est introduite à Rome sous l'action de la croissance des divorces sans doute, que la restitution fût promise par stipulatio (dos receptitia). Puis enfin l'individualité de la dot s'est précisée quand cette dot est devenue normalement, légalement restituable à la femme ou à ses héritiers (judicium rei uxoriae, cité par Gaius parmi les actions de bonne foi, mais dont l'origine est difficile comme celle de ses rapports avec la cautio rei uxoriae).

Dans le mariage sine manu la dot a pris son individualité.

A l'époque classique la dot est considérée comme un patrimoine spécial.

Depuis quand la dot constitue-t-elle un patrimoine spécial? On ne le saura jamais. Mais naturellement on a fait une hypothèse. Certains auteurs, bien avant M. Cuq (181, n.3) se sont laissés influencer par un texte dont ils ont cru tirer que la dot formait un patrimoine spécial depuis les veteres, c'est-à-dire les jurisconsultes de la fin de la République -(les préclassiques, dit-on quelquefois). Ce texte est d'Ulpien X.V ad. Ed. D. XI.7. de relig. 16, relatif à l'actio funeraria qui est d'après les veteres, donnée soit contre le père, soit contre le mari de la femme décédée. Seulement le texte apparaît interpolé (Index I.C. 154). S'il l'est, le mot Veteres ne désignerait plus les jurisconsultes de la fin de la République mais les jurisconsultes classiques. On ne peut donc faire fond sur ce texte qui est moins probant qu'on le pense. Il ne faut du reste pas s'en faire grand souci, car l'interpolation ne prouve pas toujours que la règle dont on parle n'existe pas. Toutes les fois qu'il y a interpolation, cela ne veut pas dire qu'il y a création. Les interpolations sont tantôt interprétatives et tantôt créatrices. Les interpolations n'ont donc pas toujours l'importance qu'on leur pré-

te. Que le texte soit ou non interpolé, à l'époque classique il n'est pas douteux que la dot est considérée comme un patrimoine spécial dans le patrimoine général du mari qui est propriétaire de l'un et de l'autre, comme le pécule profectice qui continue d'appartenir au père constitue un patrimoine spécial dans son patrimoine général.

Ressemblances entre la constitution juridique du pécule et celle de la dot.

Un premier exemple intéressant des ressemblances entre la dot et le pécule est que la dot est regardée durant le mariage comme étant à la fois le patrimoine du mari qui en est propriétaire et le patrimoine de la femme.

On trouve un certain nombre de textes cités dans Bonfante Corso I. P. 323-324. Nous nous arrêterons aux textes les plus instructifs. Ulpien XI ad. Ed. D. IV.4. de Minor XXV. an. 3,5. suppose une fille de famille, évidemment mineure de 25 ans, qui ayant été trompée sur sa dot peut être restituée, peut obtenir la restitutio in integrum; elle obtient la remise de la dot dans son patrimoine par la restitutio in integrum ob aetatem. Pourquoi cette fille de famille trompée sur sa dot peut-elle être restituée en entier? "Quoniam dos ipsius filiae proprium patrimonium est: parce que la dot est le patrimoine propre de la fille elle-même". Or le jurisconsulte rattache la décision du § 5 par la conjonction déductive ergo à la décision précédente du § 4, qui est relative au fils trompé sur son pécule. Voilà le rapprochement entre la dot et le pécule! Cette finale quoniam est suspectée (Ind. Sup. I.c. 66). C'est peut-être une glose explicative, l'idée de fond n'en est pas moins certaine: la dot est le patrimoine propre de la fille tout en étant la propriété du mari.

La dot est le patrimoine propre de la femme tout en étant la propriété du mari.

En voici des preuves: I°. des textes disent que la dot se trouve in bonis mariti, dans les biens du mari Ulp. 31 ad. Sab. D.H.T. 7.3. Paul I resp. D. 50.I. ad Minucip. 21.4. La dot est in bonis mariti: elle est en droit la propriété du mari, puisqu'il peut l'aliéner et qu'il a fallu une loi spéciale pour lui interdire d'aliéner les fonds dotaux italiques.

D'autres textes disent en même temps que la dot se trouve dans les biens de la femme: Africain X Quaest D. 37,6 de collat. 4 Tryphoninus VI Disputat D.H.T. 75": quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est: quoique la dot soit dans les biens du mari cependant elle appartient à la femme". Tryphoninus en tire une conséquence: en cas d'évic-

tion du fonds dotal, la femme peut intenter tout de suite l'actio ex stipulatu duplae, c'est-à-dire sans attendre la dissolution du mariage et la restitution de sa dot (Cf. D. XXI, 2, 22. I. Cuj 182 n.I. l'interprète mal: le texte se réfère à la stipulation secundum mancipium). Cf. aussi Boèce sur Topiques L. VI Chap. 17 § 65: licet in bonis viri sit est, tamen in uxoris jure; quoique la dot soit dans les biens du mari elle est cependant dans le droit de la femme ".

On peut se demander si ce texte de Boèce qui évoque le droit de la femme n'est pas le précurseur de la décision de Justinien qui réforme tout le régime de la dot. Toujours est-il que Justinien établit au C.V. 12.30, pr. et § 1. un jus civile pour le mari, un jus naturelle pour la femme (Cf. Collinet, Etudes I p. 174 et ss.)

Dès le droit classique le mari n'est donc plus seul et vrai propriétaire de la dot. La dot est dans ses biens, mais il n'en est pas un véritable dominus: Tryph. XI Disp. D.H.T.78 Pr. appelle le mari quasi dominus. Nous voyons donc un second rapprochement avec le pécule. L'alieni juris qui possède un pécule est comme un propriétaire, le mari est dans la même situation.

2°- Voici une 2ème preuve que durant le mariage la femme a déjà un droit sur la dot, mais un droit virtuel, un droit en sommeil. (Le droit romain n'est pas aussi absolu qu'il ne paraît et qu'on le dit souvent). Cette preuve se trouve dans un texte très remanié (Ind. I.248) mais dont le fond est certainement classique, Ulpien XXIX ad. Ed. D. XV, I. de pecul. 19.1: Un esclave dotal a reçu un pécule à la fois du mari et de la femme, son pécule vient donc de deux sources, idée qui est exprimée par Ulpien sous le nom de duplicis juris peculium: le pécule qui implique un double droit. Dans le peculium castrense nous avons déjà trouvé un duplex jus.

A quoi conduit cette dualité de droit? Le mari seul peut être poursuivi de peculio, même pour les actes de l'esclave dotal qui intéressent la part du pécule constitué par la femme. S'il paye dans la mesure qui intéresse la femme il pourra retenir sur la dot ce qu'il aura versé. Ulpien rapproche cette situation de ce qui se passe dans l'hypothèse où un esclave avait été l'objet d'un usufruit et a reçu un pécule constitué à la fois par l'usufruitier et par le nu-propriétaire. L'usufruitier seul pourra

Double propriété de la dot pour le mari et la femme sous Justinien.

Conséquences des droits des deux époux en cas d'un pécule constitué à un esclave dotal par le mari ou par la femme.

être poursuivi. Il n'empêche que dans le règlement de compte on devra tenir compte au mari ou à l'usufruitier de ce qu'ils auront dépensé pour la femme ou le nu-propriétaire: premier exemple de ce qu'on appelle l'obligation et la contribution à la dette comme en matière de communauté (Planiol III.1066): l'obligation ou poursuite contre une personne avec laquelle l'autre personne a des intérêts communs. Mais cette seconde personne n'est pas obligée, engagée, quoiqu'elle doive contribuer à la dette.

B- Application de l'idée de patrimoine à la dot.

La dot est un ensemble

Preuve: diminution de plein droit de la dot par les impenses nécessaires.

La dot est une sorte de patrimoine spécial qui, dans une certaine mesure appartient à la femme dans le patrimoine général du mari. Cette dot forme un ensemble. Nous allons le démontrer. En voici la preuve: Ulp. 36 Ad. Sabin. D.25.I. de impens. 5.Pr. recherche sur quoi porte la diminution qui provient des impenses nécessaires. C'est un adage romain connu que les impenses nécessaires diminuent la dot de plein droit: impensae necessariae ipso jure dotem minuunt. Cet adage est formulé par plusieurs textes: Neratius Lib. II Membranarum D.H.T. 15 pr. Ulpian D.H.T. I.2. Cf. Fg. Sinaï § 8 - Ulpian D.H.T. 14

La diminution causée par les impenses nécessaires se produit ipso jure, terme interprété différemment, en particulier dans la fameuse règle: ipso jure compensatur. L'idée de compensation légale adoptée par le C.C. n'est pas romaine. Ipso jure veut dire dans la compensation comme ici: de plein droit, par opposition à exceptionis ope. (Cf. Solazzi, l'estinzione della obbligazione, 1931). Au point de vue pratique c'est une question de comptabilité. Quand le juge aura à estimer la dot, il déterminera le compte des dépenses nécessaires faites par le mari et en déduira le chiffre du montant de la condamnation à prononcer contre le mari.

Les textes du titre de Impens. D. XXV. I parlent à cette occasion de ratio (comptes): un texte intéressant de Marcellus (cité par Ulpian D.H.T. 5.2.) suppose que le mari a été condamné sur le judicium rei uxoriae sans qu'on ait tenu compte des dépenses nécessaires: non habita ratione impensarum. La question se posait de savoir si le mari condamné à trop, de ce fait, avait une condictio fondée sur l'enrichissement sans cause, une condictio (indebiti)? Marcellus avait répondu oui contre la plupart des auteurs et son opinion l'avait emporté comme on le voit dans le texte par une glose qui y a

été ajoutée.

La diminution porte non pas sur les corpora mais sur l'ensemble qui constitue la dot.

Les impenses nécessaires diminuent la dot de plein droit sans qu'il soit besoin que le mari invoque une exception. La question pratique est de savoir sur quels biens cette diminution va se produire, sur quels biens le juge la fera porter. Ulpien, invoquant Pomponius (H.T. 5, Pr.) déclare que les impenses nécessaires ne diminuent pas les biens dotaux corporali-ter, non pas les corpora, mais diminuent la dot elle-même. Le corpus c'est le corps certain, la chose qui a une individualité, qui n'est pas un genre mais un species non pas un cheval mais le cheval Bucéphale, un esclave, non pas quelconque mais l'esclave Stichus, le fonds Cornélien et non pas un fonds quelconque. La diminution ne porte pas sur les biens individuels qui composent la dot, elle porte sur la dot même: non enim ipso jure corporum sed dotis fit deminutio. Qu'est-ce que cela veut dire ? Si la dot comporte de l'argent, la diminution portera sur l'argent (Nerva chez Paul VI ad Plaut. D. 23, 3, 56, 3). C'est l'hypothèse normale. Si la dot ne contient pas d'argent et contient seulement des fonds de terre, la diminution s'exercera autrement: sous forme d'une retenue de ce fonds par le mari, d'une rétention jusqu'au remboursement des impenses par la femme. Ulpien D. 25, I, 5, pr.; Paul D. 23.3.56.3. En ce cas, disent les deux jurisconsultes, dans deux textes tout à fait parallèles (car les deux jurisconsultes ont travaillé à la même époque et d'après les mêmes sources) le fonds cessera d'être dotal en tout ou en partie. Il serait intéressant de comparer ce régime à celui de la jurisprudence française (c'est un peu le contraire de la théorie de la dot incluse).

Le fonds cessera d'être dotal en tout ou en partie selon l'importance des impenses. Cela a d'autant plus surpris les romanistes que les deux textes ont été certainement retouchés; leur obscurité même le prouve (Bonfante, Corso I. p. 364-365); M. Schlüz va même jusqu'à déclarer le texte comme interpolé (en ce sens Cug I 90.1.). En droit classique le fonds n'aurait pas cessé d'être dotal: M. Collinet ne pense pas que la solution provienne du Bas-Empire, car dans la loi 56.3, le jurisconsulte Paul invoque l'opinion de Scaevola. Il semble que toutes les fois qu'il y a citation, cela authentifie le texte, car on ne voit pas pourquoi les compilateurs auraient cité un jurisconsulte ancien. On ne voit pas pourquoi la cessation de la dotalité ne remonterait pas à l'époque classique. C'est du reste l'opinion de M. Cug à la page 182. Le texte a été glosé, d'où son obscurité, mais le fond semble classique.

Ainsi la dot est susceptible de diminution et non pas les éléments corporels qui la constituent. Cela prouve que la dot constitue un ensemble, bien entendu nous raisonnons toujours ici sur une dot non estimée.

La dot non estimée est un ensemble - comme tout patrimoine elle peut croître et décroître.

La dot non estimée est un ensemble. La conséquence c'est que comme tout patrimoine elle peut croître ou décroître. Le patrimoine n'est pas une constante, tantôt il s'augmente, tantôt il diminue et cela prouve sa variabilité. Il y a plus: non seulement la dot peut croître ou décroître comme tout patrimoine, mais on peut ajouter que la dot naît et meurt. La dot naît car elle n'existe pas depuis toujours, elle n'existe pas depuis la vie de la personne, il faut qu'elle soit constituée; d'autre part elle meurt parce qu'elle peut, à un certain moment, être éteinte soit pendant le mariage soit par le fait que le mariage est dissous. Par ces quatre termes la dot ressemble au pécule, parce que la dot comme le pécule est une construction juridique, une institution artificielle comme tous les patrimoines d'affectation. Il n'est pas naturel que l'esclave, que le fils de famille aient un patrimoine, que la dot forme un îlot dans le patrimoine du mari. Tout cela c'est une construction artificielle, ce qui une fois de plus prouve que le droit romain n'est pas aussi absolu, rigide qu'on le dit trop souvent.

Nous allons reprendre ces idées. Remarquons d'abord que les Prudens s'occupent de cette question à propos de la restitution, lorsqu'il s'agit de fixer le quantum de la restitution.

a) La dot croît, comme le patrimoine lui-même, par les revenus. Mais pour la dot existe un règlement particulier. Ce serait une erreur d'appliquer ici la règle: les fruits augmentent la dot, comme on dit fructus augent hereditatem. Les fruits n'augmentent pas la dot parce que les fruits appartiennent au mari qui doit grâce à eux subvenir aux charges du mariage et même s'il en reste lors de la liquidation de la dot les fruits demeurent au mari. Le mari est traité comme un usufruitier, sans être un véritable usufruitier (Accarias T. I p. 823).

En dehors des fruits la dot va croître par différents procédés. La dot en droit romain peut être constituée soit avant le mariage soit pendant le mariage (différence avec le Droit français). La plupart du temps elle est constituée avant. Elle est susceptible de s'augmenter pendant le mariage de plusieurs façons: lorsque le constituant fait un apport nouveau, par exemple la femme a conservé des parapherinaux; elle

Inapplication à la dot de la règle: fructus augent hereditatem.

Différentes causes d'accroissement de la dot.

peut à un moment quelconque durante matrimonio augmenter sa dot.) Ou bien la femme rembourse durant le mariage au mari les impenses nécessaires: la dot croît. Ulp. 19 ad Sabin. D. 33.4. de dot. praeleg. 1,15 - Ulp. D.25.1 de impens. in res dotal. fact. 5,1 - Ou bien il peut arriver que l'usufruit se joigne à la nue propriété ou réciproquement: la femme avait apporté en dot la propriété d'un fonds dont l'usufruit appartenait à un tiers qui meurt, ou bien le terme de l'usufruit est arrivé, l'usufruit se joint à la propriété, la pleine propriété se reconstitue; le bien dotal se trouve augmenté. (L'expression incrementum dotis augment de dot, ne doit pas se confondre avec ce que notre ancien droit écrit appelait ainsi pour désigner la donatio propter nuptias.) De même, le fonds dotal se trouve accru par alluvion Paul VI ad Sab. D. 23. 3. 4.

B. La dot décroît tout naturellement quand les biens périssent. En cas d'éviction d'un bien dotal l'indemnité reçue par le mari est subrogée au fonds évincé car la garantie est due en matière de dot, la dot étant un acte hybride à titre gratuit et à titre onéreux. Elle se rapproche de l'acte à titre onéreux en ce que la garantie est due. (Marcianus - L. III. Rg. D. 23.3.52).

Les variations dans la consistance de la dot laissent subsister son identité.

Cas particulier: si des impenses nécessaires ont été faites sur le fonds dotal par le mari, et atteignent la valeur du fonds, celui-ci cessera d'être dotal. (la conséquence est qu'il pourra être aliéné.) C'est ce que dit Scaevola chez Paul D.H.T. 56.3. déjà cité. et Ulp. D. 25.1. fg. 5 pr. cité - texte dont l'interpolation a été combattue plus haut.

Malgré ces variations en plus ou en moins, d'autant qu'elle peut être constituée ou augmentée pendant le mariage, la dot garde son identité même dit M. Cuq, (p. 181), si ses éléments sont entièrement renouvelés. Ainsi en cas d'échange le bien acquis est subrogé complètement au bien aliéné et le bien est dotal. Cf. art. 1559 al. 1. De même lors d'un partage si une soulte en argent a été reçue, cet argent devient dotal C.C. art. 1559 al. 2 (Cf. textes dans Cuq. p. 181. n.6).

La question délicate reste de savoir ce qu'il faut entendre exactement par cet ensemble de biens qui constitue le patrimoine dotal. La dot est un composé de biens, droits, actions et charges qui forment des éléments juxtaposés et non pas liés indissolublement comme dans l'hérédité. A cet égard il ne faudrait pas se laisser tromper par un texte extrêmement intéressant: Paul L. 8 Resp. Dig. H.T. (23,3) 72 pr. : "Une femme a donné en dot tous ses biens (à son mari) bona sua omnia. Je demande (dit celui qui consulte Paul) si le mari est forcé de répondre des charges comme un

Les biens qui composent la dot ne sont pas liés aussi étroitement que les biens qui

composent un héritié.

Textes qui le montrent en distinguant l'obligation et la contribution aux dettes.

D.23.3.72.pr.

héritier". La question ainsi posée prouve que dans le mot bona on comprenait aussi les charges, sinon la question ne se poserait pas. "Paul a répondu que d'une part celui (le mari ou son paterfamilias) qui a retenu tous les biens de la femme en vertu d'un repromissio dotis (promesse de restitution de la dot, cautio rei uxoriae) ne peut être assigné (conveniri cf. libellus conventionis, libelle d'assignation) par les créanciers (ejus à supprimer selon Mommsen), mais que la promesse des biens ne comprend pas plus que ce qui subsiste une fois les dettes déduites (quod superest deducto aere alieno). " En termes plus clairs, le mari ou son paterfamilias occupe dans ce cas une double position qui rappelle tout à fait la distinction moderne de l'obligation et de la contribution aux dettes.

En effet reprenons le texte: 1° celui qui a reçu la dot ne peut être assigné par le créancier, c'est donc qu'il est sauf de l'obligation, il est hors de cause au point de vue poursuite; c'est donc la femme qui sera poursuivie.

2° Le texte nous indique ce que contient la promesse de restitution de dot, ce qui subsiste une fois les dettes déduites, l'actif moins le passif. En pratique c'est le mari ou le paterfamilias, celui qui a reçu la dot qui doit payer les créanciers. Il est tenu au point de vue contribution.

Ces solutions se justifient facilement.

D'une part le mari ou le paterfamilias qui a reçu la dot, bona sua omnia, n'est pas un héritier. Le consultant se le demandait, mais se le demandait parce que il n'était pas un juriste, sinon il aurait vu que c'était impossible: le mari n'est pas un héritier, mais comme la donation était universelle, on conçoit l'hésitation du consultant non juriste. D'autre part il est tout naturel que le jurisconsulte décide que si le mari ne peut être poursuivi, cependant il devra payer les créanciers parce que c'est lui qui a tout l'actif c'est lui seul (et non pas la femme) qui est habile en fait à pouvoir payer les créanciers.

D. 39. 5. 28.

Ces solutions sont parallèles à des solutions données par Papinien III. Resp. D. 30.5. de donat. 28, dans le cas suivant: un père a donné à sa fille une héritié qui lui était échue. Que va-t-il se passer vis-à-vis des créanciers de l'héritié? La fille en droit n'est pas héritière: elle est une simple bénéficiaire de la donation, mais cette donation portait sur l'héritié. Papinien répond: la fille doit satisfaire les créanciers héréditaires, puisque en fait c'est elle qui a les fonds. C'est le point de vue contribution. Elle peut également être obligée de défendre son père contre les créanciers héréditaires;

c'est donc qu'on l'attaque et qu'il reste obligé et peut être poursuivi par les créanciers. C'est le point de vue obligation. D'autre part, si la fille est obligée de défendre le père, c'est que celui-ci peut la poursuivre en justice pour l'amener à le défendre. Par quel moyen? Le père peut contraindre la fille à venir le défendre par une actio praescriptis verbis dit le texte. L'interpolation n'est pas douteuse. Mais que remplace cette actio praescriptis verbis, car il est très possible que Papinien ait prévu un moyen. M. Cuq. p. 520. n.6 suppose que Papinien disait "Extraordinem"; il suppose que le préteur avait donné au père une cognitio extraordinem pour amener sa fille à le défendre. Les scolias tes ont vu la une sorte de contrat innommé do ut facias et ont introduit l'actio praescriptis verbis. Dans le texte de Paul (72. pr.), traduit plus haut, le jurisconsulte contemporain et assesseur de Papinien, Paul, ne prévoit pas que le mari ou le pater puisse mettre en cause la femme.

La dot forme comme le pécule une universalité.

C. La dot forme plus qu'un ensemble : elle forme sinon une universitas, tout au moins une universalité, mais une universalité de second plan comme le pécule.

Le calcul des impenses se fait par rapport à l'ensemble des biens qui constituent la dot.

I° On peut alléguer en ce sens un second texte d'Ulpien relatif aux impenses nécessaires. Ulp. 19 ad Sabin. d. 33.4. de dote praelegata. I.4. Ce second texte résume le premier texte : Ulp. 36 Ad Sab. D. 25. I. de imp. 5 pr. Le second texte résume le premier dans la formule suivante: "Impensae autem (necessariae) ipso jure dotem minuunt. Sed quod diximus ipso jure dotem impensis minui, non ad singula corpora, sed ad universitatem erit referendum : mais les impenses nécessaires diminuent de plein droit la dot. Quant à ce que nous disons que la dot est diminuée de plein droit par les impenses (nécessaires) cela doit être rapporté non pas aux objets particuliers de la dot, mais à l'universalité de la dot."

Il ne paraît pas douteux que le texte ne soit suspect (universitas que M. Bonfante considère comme un indice d'interpolation). Il y a en outre un critère d'interpolation très probant : si on lit le texte dans son ensemble on s'aperçoit aisément que ce § 4 apparaît dans le contexte comme un hors d'oeuvre. Toutes les fois qu'on trouve dans un texte un passage bizarre, qui rompt le contexte, on peut soupçonner l'interpolation. Or il est évident que notre phrase constitue une explication et cette explication est le produit d'une scolie et une scolie dont la source est reconnaissable et qui est précisément le texte d'Ulpien D.25.I. 5 pr. Souvent en effet ces scolies sont faites d'après d'autres textes.

Le calcul des dépenses doit se faire non

pas par rapport aux choses particulières, mais sur la dot toute entière. On pourrait objecter qu'il n'y a là qu'une conception post-classique (arg. universitas). Cependant on peut penser que si le terme universitas est un terme de basse époque il n'empêche que l'idée d'universitas était en germe dès l'époque classique: nous allons le démontrer (I)

Absence d'action in rem universelle.

2° l'universitas, l'universalité se reconnaît d'après les Pandectistes à deux signes: 1° in universitatibus res succedit loco pretii et pretium loco rei, le prix est subrogé à la chose et la chose au prix. - 2° l'octroi d'une actio in rem universelle. Le type de l'universitas c'est l'hérédité.

Ici il ne peut pas être question d'une action in rem universelle pas plus que dans le pécule. Mais la première règle, la règle in universitatibus pretium rei succedit, res pretio succedit, peut exister dans la dot et y existe en effet comme dans le pécule. Gaius (lib.) ad Edictum praetoris (urbani) titulo de praedicatoribus. D.H.T. (23, 3) 54: Res quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur: les choses acquises avec l'argent dotal sont dotales". Compara ne veut pas dire comparer mais acheter et "videntur" "semblent" n'a pas été traduit parce que cette expression très souvent ne veut rien dire. Le terme n'implique aucune idée d'hésitation, c'est une simple locution d'apparat.

En tous cas la règle est très simple: res pretio succedit: la chose succède au prix, est subrogée au prix. C'est une subrogation réelle qui se produit légalement.

L'art. 1453 C.C. a apporté une modification à la solution romaine: "L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage."

Ainsi la dot constitue une universitas comme le pécule, mais une universitas incomplète, de deuxième zone.

Théorie des rétentions dotales.

D. Les rétentions dotales. Le mari a le droit, à la dissolution du mariage, d'opérer des rétentions dotales qui ont cinq sources: propter mores, propter liberos, propter impensas, propter res donatas, propter res amotas.

La question est de savoir quel rôle jouent ces rétentions par rapport à la notion de la dot que nous avons appelée un patrimoine d'affectation. La ques

(I) Bien souvent on se contente de déceler l'interpolation sans rechercher ce qui existait à l'époque classique. On néglige de rechercher si l'idée n'était pas déjà en germe à l'époque classique.

tion se ramène à savoir comment s'exercent les différentes retentions. Or on doit constater que non seulement les manuels mais même les auteurs qui ont traité de la dot restent muets sur la technique des rétentions (Bechmann, Czyhlarz Solazzi). Voyons ce qu'on trouve dans les textes. D'abord l'objet principal de nos études étant le droit classique, en cette matière il faut tout de suite faire une observation capitale : Justinien dans la constitution où il a fondu les deux actions classiques a supprimé les rétentions. Ce qui a entraîné des conséquences de forme, de langue, le mot a été remplacé par deductio, exactio. Ensuite la femme ou ses héritiers pourront être poursuivis par l'actio mandati ou par l'actio negotiorum gestorum (Cuj. I84). Telle est la théorie des rétentions à l'époque classique.

D'après certains textes du Digeste où le mot retentio a été changé en exactio, paiement, on voit que le mari à qui étaient dues les retentiones pouvait retenir les biens jusqu'à ce que la femme le rembourse; c'est en somme le droit de rétention du droit moderne qui est un moyen de pression sur le débiteur; Ulp. D. 25. I. de. imp. 7. le dit à propos des impenses utiles et H.T. 9 et II Pr. à propos des impenses voluptuaires.

D'autres textes parlent de deductio. Le mot retentio supprimé du Digeste a été parfois remplacé par deductio. Le mari aura le droit de faire une deductio sur ce qu'il doit à la femme et nous voyons ici encore une ressemblance avec le pécule. Les textes chose curieuse, ne sont pas marqués comme interpolés dans l'Ed. Mommsen Krueger. Cependant ils le sont Paul 7 Ad. Sab. D.H.T. 8, (Index, II, 104) Neratius Lib. VI de ses Membranae (ouvrage écrit sur des feuilles de parchemin, tandis que d'habitude les ouvrages étaient écrits sur papyrus; la substance a donné son nom à l'ouvrage). D.H.T. 16. Il est probable que cette deductio a un rapport avec le rôle de l'arbiter ou du judex saisi du judicium rei uxoriae. Le juge dans ce judicium a en effet des pouvoirs extrêmement étendus (aequius mallius dans la formule). Il remplit un rôle d'arbiter c'est-à-dire peut arbitrer la situation à sa convenance où il porte le nom de index. (Paul H.T. 25.1.12. Paul 21 Ad. Ed. D. VI.1.27. §3)

Un texte difficile parle d'un autre système, d'une exception de dol sous entendue (Ulpian 21 Disputat. D. 24.3. Sol. Matr. 21 cf. Index, II, 94) Cette exception de dol sous entendue nous fait naturellement penser à la compensation qui dans les actions de droit strict s'exerce par une exception de dol laquelle dans les contrats de bonne foi était sous-entendue.

Il n'y aurait pas eu un système unique en

Elle a été remaniée par Justinien.

Procédés par lesquels le mari obtenait les retentiones: exactio.

Deductio.

exception de dol.

droit romain à propos des retentiones.

§ 3- Les fondations.

Voici un autre genre de patrimoine d'affectation. Les fondations sont une matière sur laquelle nous n'avions jusqu'ici en droit romain que des études plutôt insuffisantes. M. Le Bras qui dans un cours antérieur a étudié de façon approfondie cette matière, va publier dans les Studi Riccobono un article "les fondations privées au Haut-Empire" Un travail d'ensemble a été fait par M. de Geouffre de la Pradelle, dans sa thèse Paris 1895. M. Collinet utilise ici les idées de M. Le Bras qui a bien voulu lui communiquer son article.

Le mot fondation dans son sens large désigne l'affectation perpétuelle d'un fonds à un but déterminé. C'est la définition de M. Michoud dans son ouvrage: de la théorie de la personnalité morale 2ème Ed. Paris 1924, I. p. 189. Par définition la fondation est donc un patrimoine spécial.

On se demandait - M. Le Bras a étudié la question à fond - si les res sacrae entraient dans la définition, si le patrimoine des temples et les temples eux-mêmes pouvaient être considérés comme des fondations. Brinz Pandectes III p. 515 et 538 et ss. qui a créé le mot Zweckvermogen le croyait et déclarait que les biens sacrés étaient des choses autonomes, analogues aux fondations. Pernice, Labeo III. I. 150 l'a combattu. Pour M. Le Bras il faut exclure les res sacrae de tout rapprochement avec les fondations. Ces res sacrae sont des res nullius. Elles ont deux maîtres: le dieu et l'Etat. L'Etat est tenu d'assurer le culte et d'honorer le dieu. Le dieu est tenu de servir à l'Etat et de s'incliner devant les nécessités publiques. Or le fait que les res sacrae ont deux maîtres empêche de trouver dans ces res sacrae de véritables fondations, de véritables institutions autonomes. "En effet, la séparation du temporel et du spirituel seule garantit l'autonomie et la durée des fondations pieuses. Il appartiendra au christianisme de la réaliser".

Ainsi exclu le problème des res sacrae, arrivons aux véritables fondations. M. Le Bras les étudie au Haut-Empire parce qu'au Bas-Empire elles sont plus connues. Il a relevé de très nombreux documents et a étudié à fond les nombreuses inscriptions funéraires qui créent les fondations. Ces inscriptions renferment la volonté du défunt d'assurer deux ordres de dispositions très différentes, d'une part l'entretien de son sépulcre ou des offrandes, des banquets

La fondation désigne l'affectation perpétuelle d'un fonds à un but déterminé.

Les res sacrae ne sont pas des fondations.

qu'il faudra apporter ou donner au profit de ses mânes d'autre part les bienfaiteurs veulent assurer à perpétuité : soit des divertissements, des jeux au profit de leur cité, soit des aliments aux enfants pauvres de la ville etc...

Organismes chargés d'assurer la perpétuité de la fondation.

La difficulté dans toute fondation est de savoir comment réaliser la volonté du disposant, quel est l'organisme qui assurera la perpétuité de la fondation, un organisme de support ou d'exécution. Il faut que ces organismes soient, par définition même, pour remplir la destination du bienfaiteur, des organismes durables. Ces organismes ont été étudiés en détail par M. Le Bras. C'est à eux que le disposant confiera les capitaux dont les revenus seront affectés au profit de ses mânes ou des personnes qu'il veut avantager. Ce sont des organismes permanents ou supposés perpétuels; ils sont de deux sortes : les cités et les collèges.

Les cités qui, en effet, ont la perpétuité à qui on a reconnu la personnalité juridique et "qui sont même les seules universitates de l'époque classique" (ceci confirme l'idée de M. Bonfante que le mot Universitas n'est pas employé à l'époque classique pour désigner un ensemble à biens quelconque).

Les cités et les collèges.

Les collèges (cf. Pauly, Wissowa et Daremberg et Saglio) ont été reconnus dignes de recevoir des dispositions à titre gratuit. On leur a même reconnu aussi la personnalité juridique. Ils peuvent recevoir des donations, legs, fideicommiss, peuvent être institués héritiers comme les cités.

Quel est l'instrument de la fondation, comment se réalise-t-elle, quelle est sa technique, ou plus simplement comment fait-on pour faire une fondation ?

Procédés juridiques du droit commun employés.

Les procédés sont les procédés du droit commun, tous les procédés des libéralités entre vifs ou à cause de mort que connaît le droit romain, la donation, le legs per vindicationem ou per damnationem, le fideicommiss et en particulier le fideicommiss de famille précédent de la substitution fideicommissaire. Il avait son importance en droit romain (Cf. Cuq et Declareuil). Dans les dispositions que prennent les donateurs et testateurs pour faire une fondation, le but, remarque M. Le Bras, est indiqué par la conjonction ut. L'affectation elle-même porte différents noms en droit romain: condicio, lex, modus; condicio (Julien L. 60 Dig. D. 39, 5. d. donat. 2, 7) ou bien lex (Prochaine thèse de M. Georgesco) modus (charge, donatio sub modo, avec création d'une pension alimentaire pour quelqu'un). Il est intéres-

Condicio, lex, modus.

sant de distinguer ces trois choses et on y arrive à peu près, bien que les Romains n'hésitent pas à employer un mot pour l'autre. Cujas a trouvé le critère de la distinction entre la condicio et le modus d'après les textes mêmes du droit romain. Condicio suspendit, modus contrahit : la condition suspend (même la condition résolutoire, puisque les Romains n'ont jamais connu que la condition suspensive qui suspend tantôt l'exécution de l'obligation, tantôt sa résolution, si bien qu'au Moyen-Age on a appelé la première condition suspensive et la seconde condition résolutoire). Modus contrahit : le modus, la charge, contrainte, c'est-à-dire que dans une donation sub modo, l'exécution de la charge est assurée par la menace de la chute de la donation si la charge n'est pas exécutée. La lex est une clause imposée par une personne, ici c'est une lex donationis ou legati.

Les fondations
au Bas-Empire.

M. Le Bras s'arrête au Bas-Empire. Le Bas-Empire commence selon l'opinion générale après Dioclétien et Maximien, c'est-à-dire avec Constantin dont la politique révèle des conceptions tout à fait différentes de ses prédécesseurs. Il inaugure une nouvelle ère celle non seulement du christianisme mais aussi de l'orientalisme.

Tout naturellement, par la reconnaissance du christianisme, le droit chrétien a pris une certaine importance et s'est tout naturellement répercuté sur les fondations. Cela en réveillant des idées de bonté, de charité, d'humanité, de solidarité, qui sont tout à fait dans l'esprit du christianisme. Après Constantin les fondations païennes tombent en disoré et disparaissent. Les fondations dans un but pieux et charitable étaient confiées au Haut-Empire, aux villes et collèges qui avaient la personnalité juridique et étaient assurés en principe de la perpétuité. On n'en confiait pas l'exécution aux temples. Au contraire, après Constantin, ces fondations sont confiées aux Eglises et aux nombreux établissements religieux nés du christianisme ; les Eglises et les établissements religieux sont eux-mêmes des fondations dotées de la personnalité juridique et assurées de la perpétuité. M. Le Bras observe qu'en Gaule, jusqu'au Moyen-Age, les fondations privées ont subsisté par application persistante des idées et des techniques du Haut-Empire et, selon le même auteur, les idées et la technique sont venues du droit romain de la Gaule jusqu'en droit moderne. La fondation, en France du moins, s'exécute encore aujourd'hui par une libéralité modale comme au Haut-Empire romain. Par conséquent il y au-

Persistance
des formes
anciennes en
Gaule.

rait opposition entre les destinées du droit romain du Haut-Empire en Gaule et dans le reste de l'Empire. Dans le reste de l'Empire (en Orient) et au Bas-Empire, les fondations sont bien connues et elles sont très nombreuses. C'est en effet en Orient que le Christianisme, à cette époque, a été le plus actif. Les fondations pullulent et les idées chrétiennes y travaillent.

Mais une question se pose qui n'est pas encore résolue : de ces fondations pieuses d'Orient, ces pieae causae, quels sont les caractères et la base? Il y a de grandes controverses entre les romanistes et voici les deux doctrines opposées, d'après Costa, *Storia del Diritto romano privato* 2ème Ed. p 581.n.1.

1ère doctrine soutenue par Fadda, Brugi, R. Saleilles, qui voient avec des nuances dans la piea causa la fondation directe moderne comme elle existe hors de France. Pour M. Saleilles l'expression de pieae causae s'entend principalement de l'intention pieuse du donateur et testateur, mais on l'emploie également, dit-il, pour les oeuvres mêmes qui sont fondées; ainsi le but rejaillit sur le résultat même, et, dit-il, dans la terminologie il faut voir au fond que les juristes de ce temps-là ont considéré la fondation comme une fondation directe : le but soutient l'oeuvre nous avons déjà indiqué cette idée de Saleilles.

2ème conception : Cugia croit que l'expression pieae causae désigne simplement le but de la libéralité. Partant de là Costa p. 581-582 formule cette considération que les oeuvres fondées par les particuliers dans un but charitable sont des dépendances de l'administration publique que, par délégation de l'Etat, surveillent les évêques, mais qu'elles ne constituent pas du tout des entités douées d'une personnalité juridique autonome qui se concrétiserait dans les biens affectés à la finalité de l'acte de bienfaisance, que ce sont en vérité des organes de l'Etat dont les biens constitués pour autant d'une façon administrative autonome ont le caractère public.

En tout cas, la Loi de 530 de Justinien au C.l. 2. de Sac. Eccel. 23. pr. montre la survivance des modes anciens de la technique des fondations. Cette Loi énumère tous les procédés qu'on peut employer pour faire une fondation : *relinquere hereditatem* (laisser par testament), laisser un legs, un fideicommissis, aliéner un bien par donation ou vente, aux Eglises ou aux établissements pieux énumérés dans la Loi. Quand on aura employé un de ces procédés (de droit commun) dans un but pieux, les biens ainsi affectés aux Eglises ou établissements énumérés posséderont la

L'Orient a-t-il connu la fondation directe?

Survivance de l'ancienne technique
C l. 2, 23, pr.

longaeva exactio sans prescriptibilité possible. Ainsi quelle que soit la doctrine adoptée, la fondation constitue en droit romain, au Haut-Empire, comme au Bas-Empire un patrimoine d'affectation.

DEUXIEME PARTIE

COMPOSITION DU PATRIMOINE.

Nous allons sous ce titre considérer les éléments particuliers du patrimoine : droits, actions, charges ou dettes. S'il fallait étudier un à un tous ces éléments nous n'en finirions pas. Nous resterons dans l'esprit du cours en insistant principalement sur les notions ou concepts sur lesquels les ouvrages sont en général muets.

Une question préalable se pose : les charges ou dettes constituent-elles véritablement un élément du patrimoine ? La question se pose à-propos de l'adage "Bona intelleguntur..." Elle était discutée par les Pandectistes. Windscheid T. I p. 179. n. 3 déclare que dans la langue juridique le mot patrimoine désigne en général l'actif auquel le passif se joint comme une charge. C'était aussi l'idée de Birkmeyer p. 200 pour qui les dettes sont une charge de l'actif et P. 192 il avait déjà dit que le patrimoine, pour lui, c'était les bona plus les dettes. M. Collinet pense qu'il faut faire une distinction entre les dettes et les charges. Le mot charges a deux sens, un sens large et un sens étroit. Le premier comprend les dettes, mais le sens étroit plus technique s'oppose aux dettes. La distinction entre dettes et charges était déjà connue des Romains et est nettement faite par Ulpien L. VI de fideic. D. 5. I. de judic. 50, I. Le jurisconsulte recherche quel est le tribunal compétent en matière de fideicommiss. Il commence d'abord par poser incidemment une règle bien connue que les créanciers d'une personne ont un droit de gage sur le patrimoine (cf. a. 2092). C'est l'économie même de tout le droit qui dicte cette règle. Il en est autrement s'il y a un gage spécial ou une hypothèque. Puis il aborde la question de savoir quel est le tribunal compétent en matière de fideicommiss et il pose deux règles à l'égard des dettes puis des charges. Pour les dettes il dit que tout tribunal est compétent et que par conséquent

Les charges constituent-elles un véritable élément du patrimoine.

Texte d'Ulpien qui distingue entre les charges et les dettes quant à la compétence du tribunal en matière de fideicommiss.

il n'y a pas lieu pour le défendeur de faire appel à une praescriptio, à une mesure de réserve, la praescriptio an quasi major pars alibi sit : à savoir que le défendeur pourrait opposer la prescription "si la majeure partie de l'hérédité se trouve située ailleurs". Pourquoi peut-on l'assigner en dehors du lieu où se trouve située la majeure partie des biens? "Cum non loci si aes alienum sed universarum facultatum: puisque les dettes ne sont pas situées dans un lieu précis, mais recouvrent toutes les facultés universelles du débiteur (s'étendent sur tout le patrimoine du débiteur)." Ensuite le texte porte : "aes enim alienum patrimonium totum imminuere constitit, non certi loci facultates : en effet les dettes consistent à diminuer le patrimoine tout entier et non pas les biens, d'un lieu déterminé" (Cette phrase est certainement une glose, elle n'ajoute rien au texte et ne fait que reprendre l'idée de la phrase précédente: c'est une interpolation post-classique que l'index du reste ne signale pas).

Le texte passe ensuite au cas où le patrimoine était grevé de charges spéciales (certis oneribus: charges déterminées), par exemple des aliments à fournir à quelqu'un, des impôts ou autres charges. Alors la praescriptio jouera : le défendeur pourra demander à être renvoyé devant le tribunal du lieu où se trouve la majeure partie des biens. Distinction donc pour la compétence entre le traitement des dettes et des charges. Nous en concluons déjà comme nous allons le conclure beaucoup plus nettement encore, que les dettes ou obligations sont un élément du patrimoine.

Les dettes ou obligations sont un élément véritable du patrimoine.

I° - Les dettes ou obligations sont un élément véritable du patrimoine, non pas une charge de l'actif, mais l'élément passif du patrimoine. Il y a dans le patrimoine des droits, des actions, des charges ou dettes. Voici nos preuves : les dettes ne sont pas seulement une charge de l'actif, elles sont un élément du passif. La Loi Princeps (Paul XI Ad Ed. D. 50. 16. D.V.S. 21) : "Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes concedere : l'empereur en concédant les biens entend concéder aussi les obligations". La question est de savoir si obligatio a un sens passif : on peut très bien prendre ce mot dans le sens actif, car obligation ne veut pas dire seulement obligation au sens passif mais également créance au sens actif (Ex. dans Gaius).

Mais voici des preuves plus précises : a) Paul D. 23.3. 72 Pr. (étudié supra à propos de la dot) : la dot était universelle, portait sur "omnia bona" et la question se posait de savoir si le mari était tenu des dettes comme un heres. Si la question se pose c'est

Critique de
l'interpréta-
tion par
Birkmayer
de D. 50,16,
49.

que les dettes sont l'élément passif du patrimoine.
b) Un autre texte déjà cité et célèbre, la loi 49 D. 50.16 de V.S., définit les bona et le jurisconsulte dit que bonorum appellatio aut naturalis aut civilis est. On se rappelle que Birkmayer pp. 15 et sq. a invoqué ce texte pour soutenir que les dettes n'étaient pas comprises dans les bona, qu'elles étaient une charge, mais non un élément du patrimoine; son argument était que les dettes ne sont pas énumérées par Ulpien dans ce texte. M. Collinet dit qu'il faut toujours interpréter un texte d'une façon relative, par rapport au dessein du jurisconsulte. Or à quoi se réfère ici le jurisconsulte? Il commence par dire que les biens c'est ce qui rend heureux (beare). Il faut rester dans cet ordre d'idées du jurisconsulte: si les biens sont ce qui rend heureux, on doit les envisager d'un seul côté, du côté actif, car être couvert de dettes cela ne rend pas heureux. Le jurisconsulte ne se préoccupe donc que du côté actif des bona. On comprend ainsi que parmi les bona il n'énumère pas les dettes. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce texte.

Extinction
des dettes
et persis-
tance des
charges après
la capitis
deminutio.

c) Un dernier argument se rapporte à une matière plus générale. On se rappelle que la capitis deminutio minima a pour effet de faire disparaître les dettes extra-délictuelles du capitis minutus ou de la capite minuta. Le sort des dettes délictuelles est de survivre et au contraire les dettes extra-délictuelles, les dettes contractuelles surtout disparaissent, tandis que les biens actifs, les bona, les éléments actifs du patrimoine, droits et actions, passent dans l'actif de celui qui profite de la capitis deminutio, l'adrogé, le mari ou le père de famille du mari. Cela prouve manifestement que les biens actifs n'ont pas leur sort lié à celui des dettes. Si les dettes étaient simplement un revers des biens actifs, si elles étaient liées de façon indissoluble à l'actif comme dans l'hérédité, les dettes passeraient avec les biens de l'adrogé dans le patrimoine de l'adrogé. Les dettes extra-délictuelles ne passent pas. C'est donc qu'elles constituent, dans le patrimoine, un élément particulier, lequel peut avoir un sort différent des autres. Ce n'est pas seulement le revers de l'actif, c'est quelque chose à côté de l'actif. Nous n'aurons donc aucun scrupule à faire état des dettes comme élément du patrimoine.

Les charges
sont indé-
tachables
de l'actif.

2°- Pour les charges au sens étroit, c'est autre chose. Ulpien (supra) a déjà montré sur ce point une différence avec les dettes quant à la compétence des tribunaux. Juridiquement parlant

on s'aperçoit aisément que c'est autre chose. Les charges proprement dites ne sont pas des éléments autonomes du patrimoine. Elles s'attachent à l'actif, font corps avec lui, en sont indétachables. Ces charges, quelles sont-elles? Nous les avons énumérées à propos des fondations, nous avons rappelé que ces charges sont à Rome de trois ordres: modus, lex, condicio.

Les trois catégories de charges: modus, lex condicio.

La "charge" (au sens technique) imposée à celui qui reçoit une libéralité (donatio sub modo: aliments, rente que le donataire s'engage à fournir à un tiers), la lex, clause imposée par l'aliénateur (lex fiduciae) ou obligation de transmettre le fideicommissus imposé au fiduciaire par le testateur, la condicio ou condition. Ou bien ce sont des impôts (tributa). Ces charges sont bien des dettes évidemment, mais ce qu'il y a d'important c'est qu'elles grèvent l'actif à la différence des dettes. En droit romain la preuve que les charges grèvent l'actif, tandis que les dettes sont un élément autonome du patrimoine, nous est fournie encore par le jeu de la capitis demunitio minima. Par la C.D., les dettes non-délictuelles disparaissent; les charges ne disparaissent pas: le donataire continue à devoir la rente viagère, le fiduciaire n'est pas libéré de l'obligation de restituer le fideicommissus à autrui etc.... Notons que sur ce point encore M. Collinet a pris, pour trouver la solution, un critère extérieur de distinction (Cf. dans la Première partie l'étude des groupes de modes de transmission). Il faut toujours se servir de cette méthode: faire jouer les actes qui intéressent l'institution plutôt que de chercher à pénétrer l'institution en soi.

Plan.

Plan.- Ch. I. Les droits.
Ch. II. Les actions.
Ch. III. Les dettes ou obligations en laissant de côté les charges (au sens propre).

Chapitre I.

LES DROITS.

Ils forment dans toute législation un des éléments du patrimoine et, peut-on dire, le plus important, le plus connu. Tous les droits ne sont pas des droits patrimoniaux. Seuls sont des droits patrimoniaux dans toute législation les droits privés et seulement les droits privés pécuniaires.

Les droits patrimoniaux sont les droits privés pécuniaires.

I°- Droits privés par opposition aux droits publics ou politiques. Le fils de famille, à Rome, ne peut pas avoir de patrimoine cela n'empêche pas qu'il jouit de droits politiques, qu'il est citoyen actif, électeur, éligible.

II°- Les droits pécuniaires: il faut que les droits privés soient évaluables en argent, car le patrimoine se ramène toujours à une somme d'argent en plus ou en moins. Nous excluons donc également les droits de famille qui ne sont pas patrimoniaux. Ici encore en droit romain le fils de famille qui n'a pas de patrimoine peut exercer les droits de famille, particulièrement la tutelle.

Ces droits du patrimoine se distinguent traditionnellement en droits réels et droits de créance ou personnels. La définition de ces droits est bien connue et les conséquences de la distinction le sont aussi. La critique de cette division a été faite depuis longtemps (cf. Cuq, Girard, Planiol).

L'origine de la division des droits en droits réels et droits personnels est connue. Cette division vient de la Glose, qui l'a tirée du droit romain, en la calquant sur la division des actions en actiones in rem et actiones in personam: les actions qui sont dirigées vers la chose et les actions qui sont dirigées vers la personne. Seulement entre la division romaine des actions et la division des droits de la Glose et d'aujourd'hui, on trouve un intermédiaire qui est les actiones reales et les actiones personales. D'où la transposition en jura realia et jura personalia. Mais dans ces quatre expressions, il n'y en a qu'une qui soit romaine: actiones reales n'est pas une expression romaine, jura realia et jura personalia ne sont pas des expressions romaines, et quant à actiones personales c'est une expression qui, incontestablement, ne date que du Bas-Empire. On la trouve dans l'Interpretatio Gaii (§ 113), qui est un cours professé sur les Institutes de Gaius, au IV^e siècle probablement (palimpseste qui a été découvert à Autun). Il n'existe aucun texte pur ou du Haut-Empire qui contienne cette expression (V. l'Indice, V^o actio, p. 3).

Cette division en droits réels et en droits de créance ainsi conçue par la Glose a un défaut que l'on ne met pas assez en relief et qui est capital, c'est que cette division néglige les actions. Or, les actions sont des sortes de droits, ce sont des valeurs positives patrimoniales, comme les droits eux-mêmes. Nous les retrouverons au Ch. 2.

La division des droits en droits réels et droits personnels est l'oeuvre de la glose.

Cette division en droits réels et droits personnels n'est pas d'ailleurs une division romaine comme l'était la division des actions en actiones in rem et actiones in personam. Il nous faut donc nous en tenir à la division des droits qui est essentiellement romaine. La voici.

La division des droits essentiellement romaine est posée à la fois par Gaius I. 2. et Justinien Instit. I. 2. 12: "Omne autem jus, quod utitur vel ad personas pertinet vel ad res, vel ad actiones". Mais tout droit dont nous jouissons se rapporte ou bien aux personnes, ou bien aux choses, ou bien aux actions". Il est impossible de trouver autre chose à quoi le droit pourrait se rapporter: personnes, choses, actions, cela épuise évidemment les buts du droit.

Nous n'avons pas à nous occuper du jus ad personas, nous avons dit que le patrimoine ne comprenait pas les droits personnels, excluait au contraire les droits personnels. Par rapport au patrimoine il reste donc le jus ad res, le droit qui se rapporte aux choses, et le jus ad actiones, le droit qui se rapporte aux actions. Nous devons voir ce jus ad actiones dans le Ch. 2, nous n'avons à nous occuper ici que du jus ad res, du droit qui concerne les choses.

Section I.

Res corporales et res incorporales.

Nous devons, comme il faut le faire, autant que possible, suivre Gaius.

Que nous découvre, au sujet du jus ad res, Gaius? Gaius II, I, pose une distinction bien connue: "Les choses, dit-il, vel in nostro patrimonio sunt vel extra nostrum patrimonium: les choses sont ou bien dans notre patrimoine, ou bien en dehors de notre patrimoine". Elles sont ou bien patrimoniales, ou bien extra-patrimoniales. Nous avons déjà vu quelles étaient les choses qui étaient exclues du patrimoine, nous n'avons à nous occuper que des choses qui sont dans le patrimoine. On s'attendrait à ce que Gaius fît ensuite la théorie du patrimoine. Mais au § 2, il pose la summa rerum divisio: "les choses sont divini juris ou humani juris, elles sont de droit divin ou de droit humain", c'est-à-dire qu'elles appartiennent aux dieux ou qu'elles appartiennent aux hommes.

Nous n'avons pas à considérer ici, bien entendu, les choses du droit divin. Elles ne rentrent pas dans le patrimoine, elles sont hors du patrimoine. Nous n'avons à considérer que les choses humani juris.

celles qui peuvent appartenir aux hommes.

Ces choses se divisent en deux grandes catégories: Gaius II, 10: les publicae res et les privatae res, les choses publiques et les choses privées. Ici encore nous avons à éliminer les choses publiques qui ne nous intéressent pas et qui ne peuvent pas rentrer dans le patrimoine de l'homme. Il reste par conséquent les privatae res. Toutes ces catégories s'enchaînent très bien.

Les res
privatae.

Les privatae res, ce sont les choses privées, ce sont les choses qui appartiennent aux hommes en tant qu'individus, (Gaius II, II): "Privatae sunt quae singulorum hominum sunt; les choses qui appartiennent aux hommes envisagés individuellement".

Ces choses privées qui nous occuperont seules, se subdivisent également en deux grandes catégories qui sont fondamentales: les res corporales et les res incorporales, les choses corporelles et les choses incorporelles, in exprimant la négation.

Res corporales et res
incorporales.

Les choses corporelles, ce sont les choses quae tangi possunt, qui peuvent être touchées (§ 13); ce sont, auraient pu dire les auteurs latins, les choses qui ont un corpus, et c'est précisément parce qu'elles ont ce corpus qu'on peut les toucher.

Les choses incorporales, par opposition, ce sont les choses quae tangi non possunt, qui ne peuvent pas se toucher (§ 14). Insistons sur cette division fondamentale.

Opposition
entre res
et jus.

Gaius, § 13, envisage les res corporales, les choses qui ont un corpus, ces choses qui se peuvent toucher, en tant que res, en tant que choses et sans parler le moins du monde des droits sur elles. A leur égard il ne prononce pas le mot de droits et ce mot qui fait critère, peut-on dire, le mot jus est réservé par Gaius (ou son modèle) pour les res incorporales. Ainsi res et jus s'opposent. Pour les res corporales (§ 13), res domine, res est tout seul, il n'y a pas de jus, - tandis que pour les res incorporales, dans la seconde catégorie (§ 14) res et jus vont aller ensemble.

Cependant Gaius sait bien - et nous le savons aussi - que l'homme n'a pas les res corporales pour elles-mêmes, il ne les a pas en tant que choses, parce que ce sont des choses corporelles. Il faut qu'il y ait un lien, une relation entre l'homme et la res; car la res en soi n'est jamais qu'un objet; l'homme est un sujet; la relation du sujet à l'objet s'établit par la catégorie de droit.

De sorte que quand Gaius exclut pour

ces choses la notion de droit, quand il ne considère les res corporales qu'en tant que res, il pêche par omission, il omet de dire - comme tous les juristes anciens et modernes - que les res corporales sont parfaitement l'objet d'un droit, elles sont même l'objet du droit le plus fort que l'homme puisse avoir sur les choses, elles sont l'objet du droit de propriété

Mais si dans la division des choses en choses corporelles et choses incorporelles, Gaius et tous les juristes omettent de dire cela, c'est que le droit de propriété est un droit tellement fort, tellement absolu sur les choses qui en font l'objet que - tout le monde le dit et c'est la vérité, même les Romains comme nous autres, - le droit se confond avec son objet; nous incorporons, nous intégrons le droit de propriété, le plus fort qui soit, dominium avec son objet la chose matérielle, la chose corporelle. Et le droit de propriété dominium, qui devrait être au premier plan puisque c'est le droit absolu par excellence, ce droit, chose extraordinaire, (ce qui prouve combien l'esprit humain est compliqué), disparaît derrière son objet, derrière la chose. Nous disons: mon livre; nous ne disons pas le droit de propriété sur mon livre.... En conséquence, en ce qui concerne le patrimoine, ce qui existe dans le patrimoine, ce ne sont pas en vérité les res corporales; ces res corporales ne sont qu'un objet, ce qui existe dans le patrimoine c'est le droit de propriété lui-même. Quand vous cédez les choses, quand vous faites, au contraire, entrer les choses dans votre patrimoine par un achat, c'est en réalité le droit de propriété que vous transférez, ou le droit de propriété que vous acquérez sur ces choses.

On sait d'ailleurs que les Romains ne s'en sont pas tenus là dans la confusion du droit et de son objet et pour les servitudes rurales les plus anciennes ils ont également confondu la chose avec le droit de servitude. C'est ainsi que l'on pouvait usucaper la servitude rurale, on usucapait en réalité le morceau de terrain sur lequel portait la servitude.

Au § 14, Gaius envisage les res incorporeales qui, suivant la définition traditionnelle sont celles quae tangi non possunt: ce sont celles qui ne peuvent point se toucher. Gaius procède ensuite, comme tous les auteurs romains, par exemples: "qualia sunt eaque jure consistunt...." telles sont les choses qui consistent dans le droit; il donne ensuite des exemples particuliers: "sicut hereditas, usufructus, obligationes, quoquo modo contractae". C'est par

le droit de propriété (dominium) est incorporé dans la chose.

Les res incorporeales.

exemple l'hérédité (expliquée dans le cours de l'année dernière et même dans le cours de cette année); - l'usufruit - les obligations qui ont été contractées de n'importe quelle façon.

Double sens
du terme
obligatio.

Le mot obligationes a deux sens; il a un sens actif et un sens passif. On pense toujours au sens passif quand on parle d'obligation, c'est-à-dire aux charges, aux dettes qui pèsent sur quelqu'un et grèvent par conséquent son patrimoine du côté passif. Or ici, comme il s'agit de choses incorporelles qui sont dans le patrimoine, Gaius prend le mot dans son sens actif comme synonyme de créance ou de droit de créance. Les créances (creditum) se disent également en droit romain nomina; par conséquent obligationes ou nomina désignent les créances.

C'est un mystère encore de savoir d'où vient le mot obligatio, d'où vient le mot nomina; les controverses pullulent sur obligatio, et également sur le mot nomina. Le sens premier de nomina n'est pas douteux: c'est nomen, nom. Mais ce qui est douteux, discutable et discuté, c'est de savoir pourquoi le mot nomen s'applique à la créance. Evidemment il ne paraît pas douteux que ce nomen soit un nom écrit. Il est écrit où? sur quoi? Une thèse très séduisante est celle de M. Huvelin qui soutient qu'il s'agit de tablettes magiques. Peut-être est-ce plus simplement le nom sur un registre, composé de tablettes de bois enduites de cire, ou, plus tard, de feuilles de parchemin; c'est ce que l'on appelle le codex qui s'oppose au volumen. Ce codex ne paraît autre que le codex accepti et expensi; Gaius emploie en effet le mot nomina dans le sens de créance là où il parle du contrat litteris (III, 131) arcaria nomina et (§128) nomina transscripticia. Les Romains n'ont pas en réalité de mot spécial pour dire créance.

Obligatioes quoquo modo contractae. Il ne faut pas commettre d'erreur sur le mot contractae. Le contrat classique a fait l'objet d'une étude toute récente de M. Riccobono (I), mais en dehors de cette étude très complète, on savait par le Thesaurus que contrahere était employé pour désigner la formation d'une obligation, mais de quelque source que ce soit. Il ne faut pas croire que contrahere veut dire contracter au sens de passer un contrat; contrahere, comme le mot français contracter, s'emploie d'une façon ou générale ou particulière, ou dans un sens large (contracter une dette) ou dans un sens étroit (passer un

(I) Studi Bonfante, t. I.

contrat). Ici c'est le sens large; Gaius nous parle des obligations nées de n'importe quelle façon, de n'importe quelle source, c'est-à-dire d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délict ou de la loi qui sont les cinq modes de naissance des obligations.

Les servitudes.

Gaius, § I4, parle donc, sous le nom de res incorporales, des droits qui se réfèrent à l'hérédité, à l'usufruit ou aux créances, le jus successio-
nis, le jus utendi fruendi, le jus obligationis. Mais ce n'est pas tout. Dans la suite, Gaius (II, I4) cite au milieu du paragraphe encore d'autres res incorpora-
les, d'autres droits: autem sunt jura praediorum urba-
norum et rusticorum, c'est-à-dire les servitudes qui se réfèrent aux immeubles soit urbains soit ruraux (I).

Il est très intéressant de noter, et la démonstration en paraît faite aujourd'hui, que, jusqu'au Bas-Empire les servitudes étaient distinctes de l'usufruit. Ces servitudes sont appelées servitu-
tes, mais elles sont appelées aussi jura; les droits par excellence ce qui est assez curieux. Cela s'explique parce que les anciens romains séparent d'un côté la res, c'est-à-dire le droit de propriété sur la chose et de l'autre le jus le droit sur la chose, la servitude.

Les choses corporelles sont l'objet des droits.

L'opposition entre les res corporales et les res incorporales est fondée d'après Gaius (§I4) sur le fait que les res corporales sont des choses matérielles et que les res incorporales sont des jura, des droits. Ces droits sont naturellement bien distincts de leurs objets qui, eux, sont des choses corporelles, des choses matérielles, ou -Gaius ne le dit pas mais nous pouvons le compléter sur ce point- un facere ou un non facere quand il s'agit des obligations. Mais, en règle générale, ce sont des choses corporelles, des choses matérielles qui sont l'objet des droits, qu'il s'agisse des servitudes, qu'il s'agisse des obligations, qu'il s'agisse de l'usufruit, qu'il s'agisse de l'hérédité. Gaius (§I4) ne manque pas de le remarquer dans la phrase qui commence par : "nec ad rem pertinet..... et il n'importe pas que dans l'hérédité soient comprises des choses corporelles, ni que les fruits qui sont perçus du fonds soient corporels, ni que ce qui nous est dû en vertu de quelque obligation - soit la plupart du temps corporel par exemple un fonds, un esclave, une somme d'argent, car le droit lui-même de succession et le droit lui-même d'usufruit et le droit lui-même d'obligation sont incorporels."

Cette distinction de Gaius, qui ne

(I) Sur le criterium, V. les Manuels.

vient pas de lui mais de son modèle (Sabinus peut-être) la distinction entre le droit et son objet marque une faculté d'analyse très grande chez les juriconsultes du II^e et du I^{er} siècles.

Complément
à l'énumération
de Gaius

Mais après l'éloge, la critique. Gaius dans l'énumération qu'il donne des choses incorporelles n'est pas complet. Pour deux raisons: nous avons déjà relevé qu'il procédait par voie d'exemples; d'autre part, ses Institutes sont un Manuel élémentaire pour les étudiants qui étaient naturellement beaucoup moins avancés que ne le sont les étudiants d'aujourd'hui.

Il faut ajouter aux choses incorporelles énumérées par lui: l'usus, l'usage sans le fructus, - l'habitation, - les operae, les services qui sont dûs par les affranchis, - la superficie, - l'ager vectigalis qui s'est confondu au Bas-Empire avec l'emphytéose, - l'hypothèque.

Concluons: la division romaine des res en res corporelles et res incorporelles est une division originale. Elle ne correspond pas le moins du monde aux autres divisions des droits. D'abord elle ne correspond pas à la division des droits réels et des droits de créance, cela va de soi. Les res incorporelles comprennent des droits réels et des droits de créance, à la fois: les obligationes, ou droits de créance, ne sont pas de même nature que les autres res incorporelles; l'hérédité ne rentre même pas dans la classification, car elle ne constitue ni un droit réel ni un droit de créance. La division entre droits réels et droits de créance n'épuise donc pas tous les droits.

Caractère
original de
cette dis-
tinction.

Cette division ne correspond pas non plus à la division en actions in rem et actions in personam, car parmi les res incorporelles les unes ont pour sanction des actions in rem et d'autres des actions in personam; les obligations sont sanctionnées par des actions in personam et les autres droits par des actions in rem.

De sorte que l'ensemble des divisions au fond, constitue une superposition de systèmes assez incohérents. N'en soyons pas étonnés; le particularisme, l'originalité, l'incohérence même qui existent en tout et partout, c'est le signe que les choses correspondent à des idées différentes, à des époques différentes, à des conceptions différentes des inventeurs; cela s'explique au point de vue technique, et cela s'explique surtout par l'histoire dont il ne faut jamais oublier le rôle.

Ici, pour ce qui concerne la divi-

Son origine dans la philosophie stoïcienne.

sion des res en res corporales et res incorporales, nous en connaissons - on peut dire par extraordinaire, l'origine. Cette origine bien connue est la philosophie stoïcienne grecque; c'est une adaptation faite par le droit d'idées, de conceptions qui se trouvaient dans la philosophie stoïcienne (Cf. en particulier un texte tout à fait caractéristique de Cicéron, Topiques V, 27. -Cf. aussi Tome II, 1ère partie du Corso de Bonfante).

On pourrait s'attendre à ce que l'on prenne, puisque nous étudions le patrimoine, les droits un à un. M. Collinet ne le fera pas, parce qu'il tient surtout à faire ressortir les idées générales. Par conséquent, pour ce qui concerne les droits pris individuellement les jura ut singula, se reporter aux Manuels.

Section II.

L'in bonis esse.

Une chose est dans les biens, qu'est-ce que cela veut dire exactement, quelle est la notion pour les Romains de l'in bonis esse? On sait que les Romains ont eu à l'égard de la propriété des idées toute différentes de celles des peuples modernes, à l'exception des Anglais qui ont, comme les Romains, des systèmes très personnels.

Les Romains ont connu aux origines de leur droit, une seule propriété, complète, absolue, le dominium ex jure quiritium, la propriété quiritaire. On sait quels en sont les caractères, les sources, etc...

A partir de la fin de la République et sous l'Empire, d'autres propriétés (réservons le mot) ont été reconnues par le droit:

1°- L'in bonis, qui est d'origine prétorienne, qui apparaît par conséquent à la fin de la République, qu'on appelle la propriété bonitaire ou la propriété prétorienne et qui n'est pas le moins du monde une propriété, puisque la propriété, c'est le dominium et que l'on ne peut pas parler de dominium prétorien, pas plus que d'hereditas prétorienne: c'est bonorum possessio le mot juste.

2°- Ils ont reconnu aussi un droit réel qu'on appelle, à tort également, la propriété provinciale. Il s'agit là d'un morcellement de la propriété qui existe sur les fonds provinciaux, l'Etat gardant ce que l'on a appelé dans l'Ancien Régime le droit éminent et les particuliers ayant le droit uti-

Pluralité de formes de la propriété dans le droit romain primitif.

Le dominium.

L'in bonis.

La propriété provinciale.

Proprietas.

le, On appelle couramment ce droit la propriété provinciale ; ce n'est pas une propriété au sens de dominium mais, chose curieuse, c'est à elle que les textes réservent l'expression proprietas. (Frg. du Vatican n° 283)(I). Cette propriété provinciale, cette proprietas n'est pas un dominium, droit absolu, complet, puisqu'il y a partage entre l'Etat et les particuliers, comme à propos de l'in bonis il y a partage entre le propriétaire quiritaire et le possesseur muni de l'in bonis. Ce droit sur les fonds provinciaux est, en réalité, un droit qui n'est pas bien défini, qui ne rentre pas absolument dans les catégories romaines, un droit un peu exorbitant; c'est en réalité une sorte d'usufruit. On l'appelle également possessio et ususfructus (Gaius II, 7, cf. aussi Girard p. 285 n.4)

Ce droit sur les fonds provinciaux a été extrêmement important, car c'est lui qui est en jeu dans les grands domaines impériaux de l'Afrique du Nord (Algérie et Tunisie). L'organisation de ces grands domaines a donné lieu à difficulté entre les interprètes (Cf. Textes de Girard et l'ouvrage de M. Stéphane Gsell). Ces grands domaines impériaux étaient régis par des leges, par des règlements d'administration publique: la lex Manciana, la lex Hadriana. Ce qu'il y a de plus curieux c'est que cette organisation a survécu à l'occupation des Vandales. Les Vandales s'étant emparés de l'Afrique du Nord, y ont fait beaucoup de dévastations (vandalisme) mais ont laissé des traces de leur passage intéressantes pour le droit, sous la forme d'actes de vente, sur bois, qui ont été retrouvés tout récemment dans la province de Constantine et dont quelques-uns ont été communiqués à l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres et publiés par M. Albertini dans le Journal des Savants, 1930, p. 23 et suiv. Ces actes montrent les survivances de cette organisation des grands domaines impériaux en rappelant les leges et également des survivances de la forme diplomatique des actes classiques, tels que les tryptiques de Transylvanie.

La propriété pérégrine.

3°- On appelle propriété pérégrine la propriété régie par les droits des pérégrins, qui ne nous intéresse en aucune espèce de façon, puisque c'est une propriété pérégrine (Grecque par exemple ; la propriété grecque était d'ailleurs une propriété parfaite), et non pas une propriété romaine.

Voilà donc les quatre sortes de propriété qui sont reconnues: le dominium ex jure quiri-

(I) Sur ce texte difficile, lire: Ch. Appleton, R.H. 1931, p. 322-323.

tium, l'in bonis, la propriété provinciale et la propriété pérégrine. Ces quatre sortes de propriété devaient être ramenées à l'unité au Bas-Empire.

La propriété qui a disparu la première est la propriété pérégrine. Ensuite, la propriété provinciale lorsque les provinces et Rome sont mises sur le même pied, au point de vue de l'impôt foncier (V. les Manuels).

Une fois disparues la propriété pérégrine et la propriété provinciale il restait en présence la véritable propriété, le dominium ex jure quiritium et l'in bonis. Par une constitution de 530-531 (C. VII.25, constitution unique) Justinien a ramené à l'unité l'in bonis et le dominium en supprimant ce qu'il appelle le nudum ex jure quiritium. Le substantif sous entendu est jus, c'est-à-dire le droit nu en vertu du droit des Quirites (I).

Justinien a rendu une autre constitution très célèbre également (Code VII, 31, constitution unique), dans laquelle il a supprimé la distinction des res Mancipi et des res nec Mancipi, laquelle était en relation avec l'in bonis, le cas le plus célèbre d'in bonis étant celui où l'on avait fait simple traditio d'une res Mancipi. (V. Collinet, Etudes, t.I.)

Quand Justinien a ramené à l'unité la propriété, ce dominium, cette propriété complète, absolue, pleine et entière n'est plus le dominium ex jure quiritium des origines, attendu qu'il n'y a plus de quirites, mais la propriété moderne. La loi d'évolution est conforme à la "spirale" de Vico.

Voilà l'histoire, très brièvement résumée, des différentes sortes de propriété dans le droit romain jusqu'à Justinien. Nous allons étudier plus spécialement l'expression in bonis esse.

Cette expression a deux sens: un sens étroit et un sens large.

I° - On ne prête en général à cette expression qu'un seul sens: un sens étroit, qui s'applique à l'in bonis du droit prétorien (Gaius, II.40), naissant de la simple tradition d'une res Mancipi, et de quelques autres sources (Cf. Cuq p. 249, notes 4 et 5). L'in bonis prétorien était sanctionné par

(I) Cette suppression du substantif principal se retrouve dans d'autres cas; Cf. dans la Revue de 1910 l'article de M. Collinet à propos des mots actio et judicium dont l'omission est un critère nouveau d'interpolation que Partsch avait qualifié de "critère Collinet".

l'action publicienne et parfois par une exceptio rei venditae et traditae, ou par l'exception rei donatae et traditae. Nous laisserons de côté cet in bonis qui est traité partout.

2° L'in bonis au sens général.

Il existe un deuxième sens de l'expression qui est le sens large moins connu. Ce sens large est donné par deux textes fondamentaux: 1°- par la seconde partie d'un texte qui a été souvent cité, D. 50,16,49: Ulpien, ⁵⁰ad Edictum D.L.16 de V.S. la célèbre loi 49: "In bonis autem nostris computari sciendum est, non solum quae domini nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sunt. Aequae bonis adnumerabitur, etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus, nam haec omnia in bonis esse videntur".

Traduisons ce texte: "Mais il faut savoir qu'on compte dans nos biens non seulement les choses qui sont notre propriété, mais aussi si elles sont possédées par nous de bonne foi ou si ce sont des choses superficielles. De même cela sera compté dans les biens si quelque chose consiste en action, pétition, poursuite, car toutes ces choses semblent être dans le patrimoine".

2° sens de d'expression "in bonis esse": elle indique qu'une chose est dans le patrimoine.

Le 2ème sens de l'expression in bonis est un sens plus large. In bonis esse indique qu'une chose se trouve dans le patrimoine d'une personne. En ce sens l'expression n'a aucun rapport exclusif avec le droit prétorien. La preuve nous en est donnée par ce texte même; les termes in bonis couvrent en effet, d'après ce texte, plusieurs choses: 1°- la propriété des choses (quae domini nostri sunt). 2°- et si bona fide a nobis possideantur, les choses qui sont possédées par nous de bonne foi c'est-à-dire à l'époque classique les res mancipi acquises par simple traditio (point de départ de la théorie de l'in bonis et de la publicienne) et les choses acquises de bonne foi a non domino. Sous Justinien, la distinction des res mancipi et des res nec mancipi n'existe plus et il ne reste que le cas où la prescription fonctionne pour une chose acquise a non domino. En droit romain les choses acquises ainsi de bonne foi rentrent dans l'in bonis: ici il y a connexion entre les deux sens, le sens large et le sens étroit.

3°- Les choses superficielles.

Là s'arrête l'énumération des choses corporelles. Le jurisconsulte aurait pu ajouter les agri vectigales et le Digeste les choses emphytéotiques qui les remplacent par interpolation, et les choses hypothécaires, car tout cela est in bonis.

4° - Le texte énumère les actions pétitoires et poursuite (Cf. Ch. II.S. I: les actions).

La finale "car toutes les choses semblent être dans les biens" ne signifie rien du tout. C'est sans doute une scolie. Surtout, peut être et très probablement; "vel superficiaria sint" est une addition aussi et le texte ne parlait sans doute primitivement que des choses qui sont dans la propriété et des choses possédées de bonne foi.

En tout cas, en complétant le texte comme il doit l'être, nous voyons que l'expression in bonis comprend le patrimoine actif ou du moins une partie du patrimoine. En effet l'expression in bonis au sens large ne couvre pas les droits. Ainsi on ne voit pas apparaître l'usufruit, les servitudes; l'hérédité; les obligations que Gaius comprend dans les jura. Cela se comprend si on envisage le point de départ, le terme du texte, à savoir les choses qui sont dans notre propriété et celles possédées par nous de bonne foi, ce qui ne peut viser que les choses matérielles, c'est ainsi que dans la définition de la bonorum possessio, Ulpien, D. 37, I, 3, pr. dit entre autres choses "sive in corporibus, sive in actionibus" soit que les choses consistent dans des corpora - (choses matérielles), soit dans des actions. Nous retrouvons les corpora et les actions, mais pas les jura.

L'expression in bonis ne comprend pas les droits (iura).

L'expression in bonis ne comprend que les actions et les corpora:
explication de la règle
Servitus servitutis esse non potest.

Mais nous allons voir par un autre texte que le droit romain est un droit cohérent. Dans l'in bonis ne rentrent que les corpora et les actions, et non les jura: une preuve intéressante en ressort d'un texte de Paul, L. III ad Sabin. D. 33.2. de Us. fg. I. Le texte commence par déclarer que ni l'usage ni l'usufruit des servitudes de passage (iter, actus, via) ou d'aqueduc ne peuvent être légués. On peut léguer les servitudes, mais on ne peut léguer l'usage ou usufruit de la servitude: "quia servitus servitutis esse non potest, parce que sur cette servitude ne peut exister une autre servitude". Aujourd'hui on regarde souvent le passage comme interpolé en entier Index, (T. II, Col. 265). Réduisant l'interpolation à un mot, Perozzi suppose que le mot servitus seul est interpolé pour fructus: "parce que la servitude ne peut donner de fruit". Ce qui nous intéresse c'est la suite du texte qui dit: dans ce cas là, il sera inutile de recourir au S.C. (le S.C. sur le quasi usufruit) selon lequel on peut léguer l'usufruit des choses quae in bonis sunt, des choses qui sont dans le patrimoine, parce que "id (les servitudes ci-

dessus) neque ex bonis neque extra bona sit parce que ces servitudes ne sont ni dans le patrimoine ni hors du patrimoine". Les servitudes ne sont pas ex bonis (ex bonis est identique à in bonis) elle ne font pas partie de notre patrimoine. "Neque extra bona sit et elles ne sont pas non plus en dehors du patrimoine". La phrase est suspecte à Perozzi. Mais elle répond certainement à l'idée. Les servitudes sont hors de la classification en chose "ex bonis" et choses "extra bona". La raison de cette particularité, c'est que les servitudes sont des jura, des droits, des choses incorporelles et c'est une preuve que la classification en res ex bonis et res extra bona ne se rapporte qu'à des choses naturelles, puisque les servitudes qui sont des jura n'y rentrent pas. Nous en revenons ainsi à la définition des bona donnée plus haut à propos de la L. 49.

Nous sommes censés avoir une chose dans nos biens toutes les fois que nous avons une exception pour la défendre ou une action pour la recouvrer.

De la Loi 49, on peut rapprocher un texte de Modestin. Lib. VII, Reg. D. 41, I. de adq. rer. dom. 52: "Rem in bonis nostris habere intellegimur: quotiens possidentes, exceptionem aut amittentes, ad recuperandam eam, actionem habemus: nous sommes censés avoir une chose dans nos biens toutes les fois que, la possédant, nous avons une exception (pour la défendre) ou que, la perdant, nous avons une action pour la recouvrer". Ainsi une règle générale est posée par Modestin. Ce texte nous présente l'expression in bonis dans son sens large, comme la loi 49. Une exception d'abord, c'est le cas de l'in bonis prétorienne où le possesseur jouit de l'exception rei venditae et traditae ou de l'exception rei donatae et traditae et quand il s'agit de la traditio d'une res mancipi à la suite d'une vente ou d'une donation. Une action, c'est le cas le plus fréquent: tous ceux qui ont l'in bonis ont une action: le propriétaire a la revendication; le possesseur de bonne foi la publicienne; certaines autres personnes qui ont l'in bonis prétorien, la publicienne ou des actions fictives. (Cuq. p. 249); le possesseur de la chose superficielle (Cuq. p. 353), le possesseur de l'ager vectigalis ou de l'emphytéose, (Cuq. p. 356, 357 ont des actions; le créancier hypothécaire, détenteur de la chose hypothéquée, a l'action quasi servienne et, s'il est en rang utile, l'exception de priorité). En somme on en revient par un autre biais au texte de la loi 49.

Section III

Les droits à terme, conditionnels

et en suspens.

On oublie assez souvent que dans le patrimoine figure autre chose encore que ce que nous avons énuméré. Ce sont des droits qui ne sont pas indiqués par la Loi 49, les droits qui ne sont pas des droits purs et simples, qui s'opposent à ceux-ci autrement dit des droits qui subissent une modalité. Ce sont les droits à terme, les droits conditionnels, les droits en suspens et peut-être d'autres encore. Il ne peut être question de les étudier à fond.

Les droits en suspens sont ceux où l'incertitude porte sur la personne du titulaire ou sur sa situation juridique.

Les premiers sont connus; les droits en suspens le sont moins. M. Cuq (p. 256, 257) définit ainsi les droits en suspens "ceux où l'incertitude porte sur la personne du titulaire" en particulier s'il s'agit de la propriété, l'incertitude porte sur la personne du propriétaire. Exemple: le legs per vindicationem fait à Primus. Quelle est la situation de Primus? Il faut distinguer selon le temps. La position du légataire varie suivant les différents moments. Toujours est-il que la propriété du légataire per vindicationem est en suspens entre l'aditio d'hérédité et le moment où lui-même prendra parti.

La définition de M. Cuq est incomplète. Ne sont pas seulement en suspens les droits où l'incertitude porte sur la personne du titulaire; dans le cas du captif, ses droits, (Cuq p. 113), sont en suspens, bien que l'incertitude ne porte pas sur la personne, mais sur la situation juridique future de cet individu. Par conséquent dirons-nous, les droits en suspens sont ceux où l'incertitude porte sur la personne du titulaire du droit ou sur sa situation juridique future.

Etant donné qu'il y a à Rome des droits à terme, sous condition, en suspens, que valent-ils au regard du patrimoine? Comptent-ils dans le patrimoine? Certainement oui. Mais pour le montrer, il faut revenir à une distinction faire dans la 1ère partie entre l'état statique et l'état dynamique du patrimoine. Quand il s'agit du patrimoine à l'état statique, la nécessité de son évaluation se présente rarement, donc la question se posera rarement de savoir à combien évaluer les droits qui existent sous

Moment auquel il y a lieu de les estimer.

une modalité. Cependant, en droit romain, voici un cas où il s'agit d'un patrimoine à l'état statique et où l'évaluation devra être faite: C'est le cas où fonctionne la stipulation aquilienne qui tire son nom de son inventeur, Aq. Gallus, collègue et ami de Cicéron et créateur des formules de dol, prêteur en 688 -66.(1) Deux textes rapportent la formule de cette stipulation: Florentinus, L. VIII. Inst. Dig. 46.4. de Accept. 18. I. - Inst. III. 29. Quib. mod. § 2.

Les deux textes qui rapportent la formule de la Stipulation aquilienne diffèrent. Dans celui des Institutes seul il est question de la cessation de la possession par dol, ce qui prouve que l'extension de l'action en revendication, dans ce cas, n'était pas classique, comme l'a très bien montré M. Girard. L'interpolation est établie par la gémiation des passages.

La stipulation aquilienne est la stipulation par laquelle l'obligation de toutes les choses (sous-entendu: comprises dans le patrimoine) est déduite en une stipulation (unique et se ramenant à une somme d'argent), et est éteinte par acceptilation (laquelle remplace tous les autres modes d'extinction particuliers qu'il aurait fallu employer pour éteindre tous les rapports de droit entre Primus et Secundus).

La formule de stipulation contient une énumération des éléments actifs du patrimoine presque en entier. En effet la formule contient: 1°- l'obligation ou créance, 2°- l'actio, petitio, persecutio, l'action, la pétition et la poursuite que nous définirons plus tard; 3°- les choses détenues ou possédées par le promettant. Pour le moment, constatons à propos de l'obligation que la formule comporte l'obligation ex quacumque causa, c'est-à-dire la créance naissant de n'importe quelle source et cette obligation est visée dans la stipulation soit comme une obligatio praesens (pure et simple), qui existe dès maintenant, ou comme une obligatio, in diemve à terme. L'obligation à terme est donc mise à cet égard sur le même pied que l'obligation pure et simple. Comme le stipulant doit évaluer son patrimoine, il évalue l'obligation à terme pour la même somme que l'obligation pure et simple. Cela se comprend, le terme étant un événement futur et certain, qui arrivera sûrement.

(1) Il ne faut pas exagérer, comme M. Lévy-Bruhl, l'opposition prêteur et prudent: voici Aquilius Gallus qui est à la fois un prudent et un prêteur et on peut en citer trente autres exemples Cf. P. Collinet dans les Mélanges Gény.

La formule de la stipulation aquilienne contient une énumération des éléments actifs du patrimoine.

Au contraire de la stipulation aquilienne l'obligation conditionnelle est absente; est-ce à dire que la créance conditionnelle n'a aucune valeur, ne peut être estimée du fait que la condition est un événement futur et incertain? Non; seulement nous constatons la carence de la formule de la stipulation aquilienne et c'est vers d'autres textes qu'il faut se tourner pour savoir ce que vaut une créance conditionnelle.

De l'évaluation de la créance conditionnelle.

Il en est traité dans deux textes où il est question du patrimoine à l'état dynamique. L'évaluation du patrimoine est rendue nécessaire dans ces deux cas par deux événements qui déterminent un changement d'état du patrimoine, par un déplacement du patrimoine: la collatio bonorum et l'hérédité.

1er cas. La collatio bonorum.

1° - Dans le cas de la collatio bonorum.

La collatio bonorum est le rapport fait par l'enfant émancipé de ses biens personnels à ses frères restés en puissance. Le patrimoine à rapporter comprend tous les biens, droits et actions acquis par ce fils avant le décès de son père, (deducto aere alieno).

Distinction selon que la créance vient d'une stipulation ou d'un legs.

Dans le patrimoine du fils émancipé il existait à son profit une créance conditionnelle, créance sur Secundus. Paul, 41 ad, Edict. D. 37.6. de Coll. Bonor. fg. 2, § 3, déclare que cette créance est rapportable par l'émancipé si elle naît d'une stipulation: "id quoque quod sub conditione ex stipulatu debetur emancipato." Cela aussi qui est dû à l'émancipé sous condition, en vertu d'une stipulation doit être rapporté." Il en est autrement, continue Paul, si la créance naît d'un legs conditionnel parce que, si le titulaire avait été en puissance et que la condition se fût produite après la mort de son père, c'est lui-même qui aurait eu l'action du legs: "diversum est in legato conditionali." Il en est tout autrement pour le legs conditionnel, (Cf. opposition du legs et de la stipulation de rente viagère) quia et si in potestate fuisset parce que même s'il avait été en puissance, (et est ici très important), et post mortem patris condicio extitisset et que la condition se fut produite après la mort de son père, ipse haberet actionem, c'est lui qui aurait eu l'action". - Le legs conditionnel n'est donc pas rapportable parce que la situation de l'émancipé n'est pas préférable ici à celle du fils en puissance.

En ce qui concerne le legs, il faut toujours distinguer le dies cedit et le dies venit: le terme approche, et le terme est arrivé. Nous savons par Pomponius, VIII ad Q. Mucium, D. 31, de legatis II, fg 45, I. que le dies venit du legs conditionnel se

2° En matière
d'hérédité.

Calculs de la
quarte Falcidie.

Difficultés aux-
quelles a
donné lieu
l'évaluation
des créan-
ces condi-
tionnelles.

place à l'arrivée de la condition. Donc la créance conditionnelle est rapportable comme la créance pure et simple, preuve qu'elle compte dans le patrimoine.

2° - L'hérédité. La question de la valeur d'une créance conditionnelle se pose à propos du calcul de la quarte Falcidie qui a servi de modèle aux autres quartes. La loi Falcidie est un S.C. de 714 av. J.C. 40 av. J.C. aux termes duquel les legs sont réductibles s'ils excèdent les $\frac{3}{4}$ de l'hérédité, l'héritier devant toujours avoir $\frac{1}{4}$ de l'hérédité, la quarte Falcidie, qui constitue pour lui une sorte de réserve. Comment se calculeront ce quart et ces trois quarts? Le principe est qu'il faut estimer l'actif brut, puis le passif (dettes, frais funéraires, valeur des esclaves affranchis) et en faire la déduction pour obtenir l'actif net; alors on verra si le total des legs dépasse les $\frac{3}{4}$ de la somme obtenue. Si oui il y a réduction. La question de l'évaluation est donc très importante.

La difficulté se présente pour les créances conditionnelles. Une créance pure et simple, une créance à terme peut s'évaluer aisément. Quid de la créance conditionnelle? Un texte sur lequel on passe ordinairement assez vite mérite d'être connu, en tant qu'il nous révèle les qualités pratiques des Romains, Gaius, 18 ad E.P.D., 35, 2. Ad. Leg. Falc. 73, 1: le texte commence par dire qu'il y a eu de grands doutes au sujet de ce calcul (magna dubitatio fuit). Bien qu'on ait prétendu voir là une interpolation ainsi que dans la fin du texte (Index, vol. II col. 322), le texte paraît sincère. Il y a donc eu de grands doutes pour les créances dont la condition est suspendue au temps de la mort: *Magna dubitatio fuit de his, quorum conditio mortis tempore pendet, id est, an quod sub conditione debetur, in stipulationis bonis adnumeretur, et promissoris bonis detrahatur?* à savoir si ce qui est dû sous condition doit compter dans les biens du stipulant et être déduit des biens du promettant". Ce qui est dû sous condition compte-t-il dans les biens du stipulant et doit-il être déduit de ceux du promettant? Voilà le point. Il s'agit d'estimer la créance conditionnelle. Gaius indique trois procédés pour calculer la valeur de cette créance conditionnelle.

Le premier consiste à estimer la valeur vénale de la spes obligationis. Le terme spes qui est employé ici, espérance de réalisation de la créance, concorde tout à fait avec la langue donc on se sert pour la condition, événement futur et incertain qui

1° Estimation de la valeur vénale de la spes obligationis.

détermine un espoir, espérance que la condition arrivera et que le droit sera acquis. C'est une doctrine optimiste et cette espérance en matière de condition est indiquée dans l'effet même de la stipulation conditionnelle aux Institutes III, 15, 4: "spes est debitum iri, il naît une espérance que la dette se formera". Le terme spes avait été critiqué, Accarias, II, p. 117. Il est en effet certain que le créancier conditionnel a plus qu'un espoir, un véritable droit. "Obligationis" est pris ici encore dans son sens actif, au sens de créance. On estimera la valeur vénale de la spes obligationis, ce qui est évidemment très aléatoire.

2° La créance est considérée comme pure et simple.

Le 2ème procédé consiste en ce que les légataires feront une promesse par stipulation, cautio envers les héritiers, de leur tenir compte (ratio haberi) de la valeur de la créance comme si elle était pure et simple, tanquam pure debeatur. C'est-à-dire qu'on supprime la condition. La créance est regardée fictivement comme pure et simple. Tout est bien si la condition arrive. Gaius ne dit rien pour le cas où la condition ne se réaliserait pas. La solution évidente est que si la condition fait défaut l'héritier sera obligé de tenir compte aux légataires de ce qu'il leur aura payé en moins: la part de l'héritier avait été estimée trop haut, la quarte falcidie avait été surestimée; si la condition fait défaut l'héritier devra au légataire une "ristourne".

3° la question est réglée à l'arrivée de la condition.

3ème procédé: ou bien sans tenir compte de la créance, les promesses auront pour objet (au choix des parties) si la condition arrive, ceci: ou bien l'héritier rendra aux légataires qu'il leur aura payé en moins, ou bien les légataires lui restitueront, ce qu'ils auront acquis en trop. Ils font une convention à leur gré, ils choisissent le genre de convention qu'ils veulent. Il faut ajouter "au choix des parties" pour que le texte soit clair. Gaius est très net, il dit: si la condition se produit: ut existente conditione, aut heres reddat, quanto minus solverit; aut legatarum restituat, quanto plus consecuti sint". Les mots "hoc jure utimur" indiquent la pratique du temps de Gaius ou s'ils sont interpolés (Pampaloni) la pratique byzantine.

Evaluation des droits aléatoires.

Passons aux droits qui résultent d'opérations aléatoires? (en droit romain, le prêt à la grosse, nauticum fenus, l'achat sous certaines conditions. A cet égard on confond souvent l'achat aléatoire avec d'autres achats comme l'achat du coup de filet qui est une emptio spei. Pour les Romains, Accarias, T. II

p. 272 n. 1) l'achat est aléatoire quand le prix est fixé indépendamment de la qualité et de la quantité de la chose. Nous ne savons pas comment les Romains évaluaient ces droits aléatoires qui cependant comptaient dans le patrimoine.

Rapprochement entre la créance solidaire ou le droit sous modalité.

De ces droits sous modalités rapprochons avec un texte le droit qui résulte d'une créance solidaire ou corréale. L'hypothèse est simple: Primus titulaire d'un patrimoine avait une créance contre Secundus; mais cette créance était une créance solidaire; non seulement lui-même, mais un autre créancier Tertius y avait droit: Tertius et Primus étaient créanciers solidaires de Secundus. C'était par exemple deux co-héritiers qui l'avaient stipulée. Primus vient à mourir: comment pour le calcul de la Falcidie va-t-on estimer cette créance dans son patrimoine? Le rapprochement entre le droit qui résulte de la créance solidaire et le droit sous modalité est permis. En effet, le jurisconsulte laisse voir ce rapprochement au moins dans l'un des deux cas qu'il prévoit, le deuxième où il y a incertitude comme dans le droit conditionnel. Ulpien L. I (IV?) ad Leg. Jul. et Pap. (les Lois caducaires) D. 35.2. ad Leg. Falcid. 62. pr. répond en citant Julien par une distinction qui a pour base un fait bien connu que les créanciers solidaires étaient tantôt socii et tantôt non socii (1)

L'évaluation de la créance solidaire dans une hérité.

Cette distinction est fondée sur un criterium bien connu et important de la matière de la solidarité, suivant que les créanciers solidaires sont ou non socii (et en général, ils le sont, parce que, suivant M. Collinet, la solidarité serait née entre personnes ayant des intérêts communs).

1er cas. Primus, héritier, était associé à un tiers Secundus. On comptera dans l'hérité l'obligation pour la moitié, part de Primus.

2ème cas. Ils ne sont pas socii. On laisse en suspens l'évaluation parce qu'il est impossible de savoir si le débiteur s'exécutera aux mains des héritiers du premier créancier ou de l'autre. On ne peut donc savoir s'il faut compter cette recette dans la part de Primus; si le débiteur s'exécute en ses mains, on fera un rappel aux légataires.

Il y a donc dans ce cas un droit en suspens différent de ceux que nous avons vus précédemment. Ici

(1) L'hypothèse la plus fréquente était celle de la societas, parce qu'il existe un lien étroit entre la solidarité et la société. (Cf. Collinet dans les Mémoires de l'Académie de Bologne 1930-1931.)

l'incertitude tient non à l'indétermination de la personne ou de sa situation juridique, mais à une question de fait: entre les mains de qui s'exécutera le débiteur. Cependant la conjoncture est voisine des faits précédemment examinés.

Chapitre II

LES ACTIONS.

Les termes *actio*, *petitio*, *persecutio*, sont employés pour désigner la sanction d'un droit.

Elles figurent à l'actif du patrimoine comme les droits qu'elles sanctionnent. Mais quand on dit Action, le terme doit s'entendre au sens large: sanctions des droits quelles qu'elles soient. En effet en droit romain, à la différence des droits modernes, le terme Action n'est pas seul employé pour désigner la sanction active des droits, pour désigner la demande que peut formuler en justice celui qui y prétend. A propos de la Loi 49 D. 50.16, nous avons vu que le terme *Actio* a un sens étroit: cette loi dit: "aeque bonis adnumerabitur etiam, si quid est actionibus, petitionibus, persecutionibus: Pareillement on comptera aussi dans le patrimoine si quelque chose consiste en actions, pétitions et poursuites". Si on se reporte à la formule de la stipulation aquilienne, on aperçoit déjà les trois mêmes termes: *actio*, *petitio*, *persecutio*. Ce n'est donc pas seulement au temps d'Ulpien, mais déjà à la fin de la République que ces trois termes sont employés. Quel est leur sens exact? Quelle est exactement la nature de l'action aux différentes époques du droit romain? Quelles actions comptent dans le patrimoine? Voilà les trois points à traiter.

Section I

Actio, *Petitio*, *Persecutio*.

On pourrait discuter sur le sens de ces termes si leur définition n'était donnée de la façon la plus claire par une loi du Digeste. Nous l'expliquerons en la divisant. C'est un texte d'Ulpien 49 ad Sabin. D. 50.16 de V.S. fg. 178 § 2. Les définitions données là viennent sans doute de Sabinus ou étaient recueillies par celui-ci (puisque l'ouvrage d'Ulpien est un commentaire sur Sabinaus) et ces définitions se rattachent peut-être à la stipulation aquilienne (ci-dessus).

§ I - Actio.

Sens général et sens spécial (action personnelle) du mot actio.

Ulpien dit: "Actionis verbum et speciale est et generale: nam omnis actio dicitur, sive in personam, sive in rem sit petitio (del Mommsen): sed plerumque actiones personales solemus dicere: Le terme d'actio est ou spécial ou général, car toute action se dit ou que l'actio soit in personam, ou qu'elle soit in rem; mais la plupart du temps nous avons coutume de dire les "actions personnelles", c'est-à-dire nous réservons le mot actio pour les actions personnelles.

Le terme actio est spécial ou général. Nous l'avons déjà dit nous-même. Le sens général convient à toutes les actions qu'elles soient in personam ou in rem; dirigées contre la personne (cf. Ch. III), les actions sont des actions de créance; dirigées contre la chose, on les a appelées au Moyen-Age, actions réelles. Cette distinction très connue a été greffée sur la distinction des procédures du sacramentum actio generalis, tantôt in personam, tantôt in rem. Gaius. IV. 16, qui décrit la litis actio sacramenti laisse présumer cette différence. Le § 16 commence: si in rem agebatur et nous attendons par conséquent: si in personam agebatur... qui manque au Palimpseste de Vérone en lacune après le § 17.

Pour l'application du terme actio aux actions in personam, les exemples sont innombrables, cependant plusieurs remarques sont à faire.

D'abord, remarque générale, parmi les noms des actions, il y en a un certain nombre sur l'âge desquels on peut discuter. Dans les noms que je citerai il en est qui ne sont pas classiques (Guarneri Cittati. Indice, V° actio).

Actions qui reçoivent dans la langue classique, le nom de iudicia.

1° - Dans la langue classique l'actio in personam s'appelle assez souvent et techniquement iudicium, mot que nous retrouverons. Les actions qui s'appellent iudicia sont: 1° - les actions qui comportent la clause ex fide bona (action de bonne foi) qu'on appelait couramment iudicia bona fide et non actions, terme qui n'a été employé pour elles qu'au Bas-Empire (Gradenwitz. Interpolationen in den Digesten). La preuve irréfutable en est donnée si nous comparons Gaius IV. 62, avec Instit. IV. 6. de Act. 28. Gaius dit: "sunt autem bonae fidei iudicia hae: mais voici quelles sont les actions de bonne foi", et ce passage imité aux Institutes dit: "Actiones autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti juris. Or, Gaius n'a jamais connu les

actions de droit strict qui sont une innovation byzantine: "Bonae fidei sunt hae". Suit l'énumération. C'est donc bien le terme actiones qui est sous-entendu et non judicia.

2° - Quelques actions qui ne comportent pas la clause ex fide bona se nomment également judicia (judicium de moribus, judicium operarum).

En conséquence et a contrario dans la langue classique actio était donc réservée aux actions que les jurisconsultes préjustiniens ont appelées des actions de droit strict ou aux actions prétoriennes, ou à certaines actions in rem. Ainsi on dit actio certae creditae pecuniae, actio ex stipulatu, actio de pecunia constituta, actio recepticia. - Dans les actions in rem on dit: actio publiciana, actio confessoria en matière de servitude (si le terme est classique), actio negatoria, actio prohibitoria en matière de servitudes; actio serviana et quasi serviana en matière d'hypothèque; actio hypothecaria (si le terme est classique).

Actions qui reçoivent un nom spécial.

Vindicatio.

II. Dans la langue classique quelques actions ne se nomment pas actio. Elles reçoivent des désignations techniques qui sont autres que les trois termes de la Loi 49. Gaius, IV, 5 est formel à cet égard: "appellantur in rem quidem actiones vindicationes: d'une part les actions dirigées contre la chose sont appelées vindicationes, des revendications, (Inst. IV.6.15)". Ainsi on dit reivindicatio, la revendication de la chose le terme s'est maintenu sous Justinien. On dit vindicatio hereditatis, quoique Hereditatis petitio soit plus courant, vindicatio servitutis, vindicatio usufructus, le droit classique ayant ignoré d'après Segré actio confessoria. Il n'est pas étonnant qu'il y ait des expressions techniques pour les actions réelles soumises à une procédure particulière sous la forme du sacramentum. On dit encore vindicatio pignoris, réclamation du bien hypothéqué.

Gaius, IV, 5, continue: "in personam vero actiones quibus dari fieri oportere intendimus, conditiones: d'autre part les actions dirigées contre la personne par lesquelles nous concluons quelque chose devoir être donné ou devoir être fait (à nous ou envers nous) (sont appelées) conditiones, (mot qui n'a pas de pendant en droit français, bien que notre vieille langue juridique ait connu le terme condictio)." Cf. également Inst. IV.6.15.

Condictio.

La langue était très flottante; la plus importante des conditiones, c'est-à-dire l'actio creditae certae pecuniae est appelée couramment (cf. Jobbé-Duval, Procédure) "actio certae creditae pecuniae" et non pas condictio. Cette expression est du reste clas-

siqne, tandis que si certum petetur ne l'est pas. On dit au contraire condictio certae rei et on ne dit pas actio certae rei, tandis que condictio triticaria n'est pas classique comme l'a montré M. Collinet. On dit encore, pour les sanctions quasi-contractuelles, condictio indebiti, condictio furtiva et quantité d'expressions synonymes: condictio re data re non secuta, condictio ob rem dati, etc.,... qui ne sont peut-être pas classiques.

L'expression actio personalis est interprétée.

Reste à faire le commentaire d'une petite phrase de la loi 178, 2: "sed plerumque actiones personales solemus dicere..." Mais la plupart du temps nous avons coutume de dire les actions personnelles"; c'est-à-dire de réduire l'expression actio aux actions personnelles par opposition aux actions in rem, pour lesquelles l'expression courante est petitio. Cette phrase est suspecte. D'abord pour une raison de forme: actio personalis n'est pas l'expression classique, on disait actio in personam. D'autre part, quand au fond, nous avons déjà dit qu'on désignait un grand nombre d'actions in personam non par le terme actio, mais par celui de judicium. Cette petite phrase paraît difficilement attribuable à Ulpien, parce que la plupart du temps ces actions sont désignées par judicium, tandis que sous Justinien ce terme a fait place à actio, principalement dans les actions de bonne foi. Il est donc difficile d'attribuer à Ulpien une affirmation qui ne répondrait pas à la réalité.

§ 2 - Petitio.

Ulpien, L. 178, 2, continue: "petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur". Rien que par cette phrase on voit la source de la petite phrase précédente; on sent très bien que son introduction a été commandée au scoliaste par le fait qu'il trouvait dans le texte petitionis... videntur, d'où il a dit à contrario: "sed plerumque actiones personales solemus dicere". Traduisons: "D'autre part par le terme petitionis les actions dirigées contre la chose semblent être désignées". Videntur" est un terme superfétatoire.

Le terme petitio désigne les actions in rem.

Petitio donc désigne les actions in rem. L'exemple le plus caractéristique est celui de la petition d'hérédité, hereditatis petitio. On traduit toujours l'action in rem par action dirigée contre la chose, et cette traduction est vraie la plupart du temps. Cependant elle ne l'est pas complètement et de façon absolue, car précisément la petitio hereditatis en droit romain n'est pas une vraie action réelle. Elle n'est pas dirigée contre la chose parce que celle-ci, dans la petitio hereditatis, c'est l'hérédité elle-même et qu'une action ne peut être dirigée contre un juris nomen. De même l'actio

Sens de actio in rem.

metus (et non quod metus causa) est une action personnelle, bien que in rem scripta. La vraie traduction de action in rem est donc: action qui a des répercussions contre tout le monde.

Remarquons que le mot petitio qui s'emploie, d'après Ulpien, pour désigner des actions in rem n'est ni le plus courant ni le seul pour les désigner. Nous venons de voir aux Institutes de Gaius, IV, 5 et dans le passage correspondant de Justinien, IV. 6. 15, que les actions in rem s'appellent vindications.

Cela aboutit à dire qu'il existe deux noms techniques pour ces actions: on emploie très peu actio et on emploie beaucoup plus, soit vindicatio, soit petitio. 1° - Vindicatio est une expression archaïque, elle fait partie de ces mots qui viennent de la procédure primitive, ce groupe de mots dont à notre avis, la racine est vim dicere (je montre la violence): vindex, vindiciae. 2° - Petitio est un terme plus récent, moins technique et plus vague. Le texte nous dit qu'il s'applique spécialement aux actions réelles, mais à part petitio hereditatis, on n'en trouve guère d'exemples. Le terme petitio est plus vague en ce sens qu'il s'emploie pour tous les droits que l'on réclame (petere).

Ainsi en dehors du Fg. du Vatic. 112 (Postulatio de la procédure formulaire) qui s'applique au judicium rei uxoriae, on peut citer un autre exemple de l'expression: si certum petitur, rubrique de l'Edit qui se rapporte à l'actio certae creditae pecuniae et à la condictio certae rei, qui sont des actions personnelles (1). Ajouter d'autres cas cités par Accarias, II. 808.n.1. Le mot petitio est donc employé pour des actions personnelles, à côté d'actions réelles. La distinction entre actio et petitio n'est pas rigoureuse. Petitio a un sens spécial, mais aussi un sens général.

§ 3 - Persecutio.

D.L. 16, Ulpien 178 § 2 "Persecutionis verbo extraordinarias persecutiones puto contineri utputa fideicommissorum et si quae aliae sunt quae non habent juris ordinarii executionem: Sous le terme de poursuites, je pense que sont contenues les poursuites extraordinaires, par exemple celle des fideicommiss et si quelques autres existent qui n'ont pas leur suite

(1) L'expression si certum petitur a fini par désigner l'actio certae creditae pecuniae (Collinet, Leçons de Gand. Revue belge de Philologie et d'histoire. 1925; C.R. de F. de Wisscher.

des moyens qui légale dans le droit ordinaire". Il s'agit là du moyen relèvent de la extraordinaria, c'est-à-dire de la sanction des droits procédure ex- par des moyens qui relèvent de la cognitio extra ordi- tra ordinem. nam, laquelle se caractérise par le fait qu'il n'y existe plus de division de l'instance, et qui s'oppose au droit de l'"ordo judiciorum privatorum", c'est-à-dire des instances organisées suivant la forme traditionnelle (division du jus et du judicium). Ici l'ordo est très bien indiqué: juris ordinarii executionem, définition un peu naïve où le juriste définit extraordinaire par ce qui n'est pas de droit ordinaire; peut-être du reste y a-t-il là une interpolation.

L'exemple-type donné par le texte, ce sont les fidéicommiss. Ils ont été sanctionnés depuis Auguste par cognitio extra ordinem. Ils étaient donc soustraits à la jurisdiction ordinaire, (Inst. II.23, de fid. hered. 20). Mais le fidéicommiss a été assimilé au legs par Justinien, (Inst. II.20. de legat. 3), et sanctionné comme le legs. Le fidéicommiss est donc sorti du cadre des actes sanctionnés par des voies extraordinaires pour rentrer dans la voie normale; l'exemple aurait donc dû être effacé au Dig.

Il est d'autres exemples cités dans tous les manuels, en particulier la demande d'aliments, (Girard, p. 670), la poursuite des honoraires en cas de mandat salarié, par les professeurs (sauf les professeurs de droit qui ne devront pas réclamer d'honoraires), les médecins, les avocats, les nourrices. Pour avoir des exemples, lire au Dig. le titre 13 au l. 50: de variis et extraordinariis cognitionibus.

Distinction à l'époque de Justinien entre la persecutio et la procédure extraordinaire.

Donc encore à l'époque de Justinien, il restait des instances extra ordinem. Cependant c'était à ce moment-là et depuis le III^e siècle la procédure extraordinaire qui régnait, la procédure généralisée et ayant remplacé le système des formules. Il ne devrait donc pas rester de procédure extraordinaire à une époque où toutes les procédures sont extraordinaires. Cependant, il en reste comme le prouve le titre du Dig. C'est que la procédure extraordinaire généralisée est devenue la procédure ordinaire, c'est-à-dire la procédure normale, commune, mais non pas ordinaire au sens de juris executionis ordinarii de notre texte. Ces cas sont assez peu nombreux et on les appelle persecutiones par souvenir du temps où régnait la procédure de l'ordo. Lorsque le magistrat connaissait lui-même de l'affaire, la procédure n'était plus une procédure normale, elle ne suivait plus l'ordo et ce qu'on mettait en jeu ce n'était pas une actio, une petitio, c'était une poursuite, persecutio.

Addition

=====

Les trois termes actio, petitio, persecutio se trouvent dans un troisième texte: Papin, I. Def. D. XLIV, 7 de Obl. et Act. 28, qui définit les trois termes: Actio, in personam insertur, l'action est dirigée contre la personne, petitio, in rem, la pétition est dirigée contre la chose, persecutio, in rem, vel in personam, la poursuite est dirigée contre la chose, rei persecuendae gratia, pour poursuivre une valeur (res) sortie de notre patrimoine, (Paul, I, Ad E.P.D.H.T. 35, pr. res est ici employé par opposition à poena).

Section IINature de l'actionaux diverses époques du droit romain.

C'est un hors-d'oeuvre; mais cette section a pour but de compléter les manuels sur l'évolution de l'action.

L'action est la sanction normale des droits.

L'action est la sanction normale des droits. Dans toutes les législations un peu avancées, existent d'autres sanctions: exceptions, interdits, restitutiones in integrum, missiones in possessionem, mais dans toute législation l'action est la voie normale. C'est, a-t-on dit, la faculté de saisir la justice quand votre droit est méconnu. On oppose à l'action la demande en justice qui est le fait de saisir la justice (Pour plus de précision cf. le traité de procédure civile de M. Morel). Cette définition est à peu près calquée sur la définition de Celse, 3 Dig. D. 44, 7 de Oblig. et Act. 51. Inst. N.6 de Act. pr.: "Nihil aliud est actio quam jus persecuendi iudicio quod sibi debetur: l'action n'est rien d'autre que le droit de poursuivre en justice ce qui vous est dû". La définition est incomplète, attendu qu'elle ne prévoit que la sanction de l'obligation et néglige la sanction des droits réels et des droits de famille (par exemple la vindicatio filii), dans lesquels il n'y a pas de dette. La définition moderne est plus complète.

Liaison entre le droit et l'action.

Celse assimile l'action à un droit, jus; l'action en somme c'est le droit d'agir et les droits prenant place dans le patrimoine, les actions aussi y prennent place. Dans la section III on précisera quelles actions figurent comme éléments du patrimoine. "ac-

tion et le droit, (Japioy n° 59), ne peuvent être considérés comme deux valeurs distinctes de notre patrimoine. En fait et d'ordinaire, en effet, action et droit sont considérés comme des valeurs similaires. Et qu'on dise: j'ai le droit de propriété sur tel bien, ou l'action en revendication sur tel bien, cela revient à même. Cependant dans la comptabilité ordinaire, quand on a à estimer un patrimoine, ce sont les droits que l'on prend en considération et non pas les actions: on estime le droit de servitude et non l'action confessionnelle. Entre le droit et l'action existent donc quelques nuances.

La séparation entre droit et action éclaire aux yeux dans des cas qui sont contraires mais concordants et que voici:

Cas dans lesquels il y a lieu de distinguer l'action du droit.

1° - Des droits figurent dans le patrimoine lorsqu'on ne pourrait pas y compter les actions, attendu que ces droits ne sont pas sanctionnés. Ce sont les obligations naturelles. Je suis titulaire d'une obligation naturelle, j'ai un droit, je n'ai pas d'action. Donc droit et action, ce n'est pas toujours la même chose.

2° - Réciproquement, je puis avoir une action sans avoir un droit. Alors l'action figure dans le patrimoine, sans que l'on puisse faire figurer le droit correspondant dans l'évaluation du patrimoine. C'est dans le cas où les droits du défunt lui étaient personnels et étaient par conséquent intransmissibles à ses héritiers, par exemple un droit sanctionné par une action qui respire la vengeance et qui s'éteint par la mort. Or, l'héritier ne recueillera ni le droit ni l'action. C'est entendu, parce que droit et action vont en principe de pair. Mais supposons que le de cujus ait commencé à intenter l'action, l'héritier héritera de cette action entamée: il n'a pas de droit, il ne pourrait commencer la poursuite, mais il peut continuer la procédure commencée par son auteur. Donc droit et action ne sont pas toujours la même chose.

A quelles conditions l'action intransmissible passe-t-elle à l'héritier? S'il s'agit d'actions qui s'éteignent par la mort ou à temps il faut qu'elle soit enfermée dans une instance: omnes actiones quae tempore aut morte pereunt semel inclusae iudicio salvae permanent: toutes les actions qui périssent par la mort ou par le temps une fois qu'elles sont enfermées dans une instance demeurent saines et sauvées". Gaius, Lib. ad Ed. P.U. D. 50.17.D.D.R.J. 59 pr.: l'action doit être poussée jusqu'à la *litis contestatio*. Dans la procédure *extra ordinem* il suffit que l'affaire ait été entamée, c'est la *conventio*, l'assignation qui produit

cé résultat. En matière de querela inofficiosi testamenti, la procédure doit être entamée soit par la voie de la denuntiatio, soit par la voie de la libelli datio (Cf. Fliniaux, Postulatio simplex. R.H.D. 1930 et contra Collinet, Procédure par Libelle, 1932).

Ordinairement du reste l'action suit le droit.

Telle est l'action au point de vue statique, au repos. Mais pour bien connaître une institution, il faut la voir en mouvement. C'est un fait d'évidence que les institutions ne sont pas les mêmes au repos et en mouvement. Pour connaître la nature de l'action il faut la considérer en mouvement. L'action, peut-on dire, est faite pour être en mouvement, l'action est un mouvement: tout acte, toute action au sens vulgaire du mot est un mouvement. Même Celse qui n'était pas un psychologue, un métaphysicien du droit, qui était un bon juriste de second plan, Celse nous le dit déjà, parce que cela est évident, l'action c'est le "jus persequendi judicio: le droit de poursuivre en justice" et cela implique le mouvement, car qui dit poursuite dit mouvement. Or, Celse l'a bien vu: cette poursuite en justice c'est l'objet même du droit, c'est le but même du droit d'agir. Or, la poursuite en justice, le procès, n'est autre chose que le déroulement de l'action suivant les formes qui constituent la procédure. Si bien que la nature de l'action, pour peu qu'on s'en rende compte, sera par définition un rapport: le rapport entre le fond et la forme de l'action: le fond qui est donné par la prétention du titulaire du droit et la forme qui est donnée par la procédure. Ce rapport qui constitue la nature de l'action ne peut pas être resté toujours le même. Dans l'histoire des législations, aucune institution ne reste semblable à elle-même: toute institution varie, la famille, la propriété individuelle... Toutes les institutions évoluent, même celle de la souveraineté de l'Etat. La nature de l'action ne peut donc pas être restée une, semblable à elle-même dans tout le droit romain. Comme celle de toute institution c'est essentiellement une variable. Dans un rapport il y a toujours plusieurs termes: la variable ici c'est la procédure et la constante c'est le fond, le contenu de l'action c'est-à-dire en somme le droit. Ainsi si la revendication change de nature, ce n'est pas le fond qui change de nature. C'est la forme et encore en droit romain la revendication a-t-elle changé non seulement de forme, mais de nature en se pénétrant, comme l'a très bien démontré Girard, de rapports obligatoires.

Voyons ces variations d'après l'histoire

L'action est le droit de poursuivre en justice.

Variations dans la nature de l'action.

Histoire de la procédure romaine.

des procédures romaines.

Communément on divise la procédure romaine en trois périodes: actions de la loi, procédure formulaire, procédure extra ordinem. Il est mieux de n'y voir que deux phases, mais dont la première se subdivise. La grande division de l'histoire de la procédure est une division bipartite: procédure ordinaire, procédure extraordinaire, qui s'oppose, on l'a vu, à la procédure de l'ordo qui avait régi à la fois legis actiones et formules.

La procédure ordinaire et la procédure extraordinaire.

L'opposition éclate entre la procédure ordinaire et la procédure extraordinaire beaucoup plus qu'entre celle des legis actiones et la procédure formulaire. En effet un autre criterium d'opposition peut être pris: c'est le formalisme. La procédure ordinaire est profondément formaliste: forme très rigoureuse de la legis actio puisque pour un mot changé on perd son procès, forme moins rigoureuse mais encore requise et prise en considération dans la procédure formulaire, car la formule est une forme. On ne concevrait pas que la procédure qui se déroule per formulam c'est-à-dire per concepta verba ne soit pas une procédure formaliste. Le formalisme est la caractéristique de la procédure ordinaire.

La procédure extraordinaire est moins formaliste; elle est même "substantielle".

La procédure extraordinaire est encore formaliste car toute procédure par définition, par essence est formaliste, puisque toute procédure est une suite de formes, de formalités à suivre pour conduire le procès. Mais la procédure extraordinaire est moins formaliste que les précédentes, notamment du fait qu'il n'y a pas de formule, tous les actes de la procédure extraordinaire sont donc de ce chef des actes libres qui s'expriment comme le veulent les parties ou leurs représentants. M. Collinet est même convaincu que l'action est inconnue aux origines de la procédure extraordinaire. C'est la persecutio qu'on y emploie: l'exemple du fideicommiss est démonstratif. L'actio a fini par pénétrer dans la procédure extraordinaire, comme on le voit dans la législation de Justinien. Néanmoins, l'action est restée libre dans ses formes, "substantielle" (Longo) comme la persecutio des origines.

Termes qui désignent l'actio.

Mais pour comprendre la nature de l'action il faut préciser les termes qui la désignent sous les trois procédures.

Sous la procédure des legis actiones (actio),

1° - Sous les actions de la loi, l'action est désignée par le terme actio qui se retrouve dans l'expression legis actio. Actio ne veut pas dire d'abord action en justice; c'est là un sens dérivé; Actio veut dire action au sens vulgaire du mot, agere veut dire agir au sens vulgaire du mot: action de marcher,

de boire, etc...sa traduction est "acte" sans aucune idée de procès, attendu que dans les origines de la civilisation le procès n'existe pas. La sanction est donc différente de ce qu'elle sera plus tard, le procès. Sous les formes de la legis actio on peut reconnaître encore qu'elle a été tout d'abord un "acte" ou une "suite d'actes". Legis actio voulait dire acte légal. C'est un pendant de actus legitimus, car la legis actio est une procédure avant tout et une procédure qui n'aboutit pas nécessairement au procès (Cf. Girard montre comment on est passé de la procédure au procès).

Sous la procédure formulaire (actio, judicium)

2° - Sous la procédure formulaire apparaît à côté d'actio le terme judicium qui ne figure pas dans les trois textes précités. Actio est un terme réservé pour les actions anciennes sanctionnées par les actions de la loi: actio certae creditae pecuniae par exemple. Le terme judicium est un terme qui s'applique aux actions nouvelles, notamment aux actions de bonne foi, judicia (et non actiones) bonae fidei. Pourquoi le terme judicium est-il réservé aux actions nouvelles et en particulier de bonne foi ? Probablement parce que ce terme, bien que ce soit contesté, veut dire formule, comme nous en avons des preuves décisives.

Sous la procédure extraordinaire (actio, judicium).

3° - Sous la procédure extraordinaire, quand on a dépassé un certain stade, le terme actio est un terme général. Actio remplace très souvent judicium (comparaison des Institutes de Gaius et de Justinien). Cependant comme la langue de Justinien n'est pas très rigoureuse, il conserve de temps en temps le terme judicium. Pourquoi ? La généralisation du terme actio s'explique aisément si l'on admet que judicium veut dire formule; la formule ayant disparu, le terme est hors d'usage et quand il subsiste il a pris un nouveau sens: au lieu de formule il a pris le sens général et commun d'action ou d'instance.

Quoi qu'il en soit, tout le monde est d'accord pour déclarer que la procédure ordinaire se distingue par son caractère formaliste plus ou moins grand et la procédure extra ordinem par son caractère non formaliste.

Explication du caractère formaliste de l'ordo par le caractère arbitral du juge.

Le caractère formaliste de la procédure ordinaire n'est pas toujours expliqué. On l'explique toujours par l'évolution générale du droit romain. C'est évident mais insuffisant. M. Collinet croit que le caractère formaliste de l'ordo s'explique par son caractère arbitral; le judex, juge, n'est pas un juge au sens moderne du mot, c'est un arbitre et comme tel il a besoin de connaître de façon nette, précise, limitée, la question litigieuse. Cela postule le formalisme. En revanche le procès extra ordinem n'est pas formalis-

te, ou du moins n'a qu'un formalisme très réduit; elle est "substantielle" (Longo), parce que son caractère originaire est d'être une procédure administrative (Pernice, Girard) ou plus exactement "judiciaire", du fait que le juge y remplit le rôle du juge moderne en tant que représentant de l'Etat et non comme un arbitre.

La natura
actionis:
notion by-
zantine.

L'opposition entre les deux procédures se manifeste à l'évidence quand on considère avec quelles pièces, quels organes de la procédure, s'identifie la nature de l'action. D'abord, il faut éviter une confusion: M. Longo a étudié de façon approfondie la natura actionis, ce qui n'est pas la nature de l'action. La natura actionis est une expression byzantine pour désigner spécialement la somme des éléments spécifiques de l'action. Ce que nous recherchons c'est la nature de l'action.

La nature de
l'action est
exprimée par
la forme des
conclusions
du demandeur.

La nature de l'action s'incorpore toujours dans une pièce, dans un organe de la procédure. Cette pièce, c'est toujours celle qui exprime la demande, les "conclusions" du demandeur - terme rendu en latin particulièrement par Gaius: desiderium. Dans quelle pièce s'exprime l'intentio, la prétention du demandeur ?

1° - Sous les actions de la loi, elle est facile à reconnaître dans la phrase: "Aio hunc hominem esse meum ex jure quiritium, (formule vindicatoire comme dit M. Lévy-Bruhl). Aio te mihi centum dare oportere:" formule de legis actio per sacramentum in personam.

2° - Sous la procédure formulaire, c'est l'intentio de la formule qui exprime les conclusions du demandeur. L'intentio de certaines formules, les formules certaines, est une simple transposition des termes de la legis actio. Les formules incertaines ont une intentio différente: quidquid paret... puisqu'elles n'ont pas de correspondant du tout dans les actions de la loi.

3° - Sous la procédure extraordinaire le desiderium du demandeur est le fond de la postulatio simplex. M. Fliniaux croit que cet acte est la pièce introductive d'instance. M. Collinet pense que c'est un acte de l'avocat en présence du défendeur, ce qui suppose que la procédure a été introduite. Cette postulatio correspond à la formule, mais tandis que celle-ci exprimait la prétention du demandeur dans des termes consacrés, verba concepta, la postulatio simplex l'exprime librement sans aucun exemple de formalisme. Donc, nous allons voir que la nature de l'action sera en harmonie avec ces pièces de procédure différentes qui sont les unes formalistes, l'autre non formaliste.

1° - Sous les actions de la loi, la nature de l'action dont l'exercice se trouve dans les formules

Nature de l'action en rapport avec le caractère formaliste des actions de la loi et de la procédure formulaire.

orales, est commandée par le fait que l'action est un acte formaliste, mais adapté aux rapports de droit encore peu nombreux dans la civilisation romaine, puisque la *judicis postulatio* et la *condictio* n'appartiennent évidemment pas au droit primitif.

2° - Sous la procédure formulaire, la nature de l'action reste formaliste, étant commandée par le fait que l'action s'incorpore à une formule et que la nature de l'action se dégage de l'*intentio* formaliste de l'action (1).

L'*intentio* se rattache à la formule orale des *legis actiones*, mais il ne faut pas oublier que la formule est un moyen technique, beaucoup plus souple et beaucoup plus compréhensif que les actions de la loi. C'est un organe mécanique (avec tous les défauts de la mécanique), mais de première valeur. La preuve est qu'elle permet de mettre en action le jeu même des droits et comme les droits sont devenus très nombreux, très variés, très nuancés, entre la création de la formule et le III^e siècle, la formule est un instrument qui arrive à pouvoir exprimer procéduralement tous ces droits et leurs nuances. Il suffit de rappeler les actions *in factum*, fictives, rescisoires. C'est la marque d'un progrès considérable dans le fond du droit, mais aussi dans la technique procédurale.

Dans la procédure extraordinaire, le fond l'emporte sur la forme.

3° - Sous la procédure extraordinaire (qui est la moins connue et sur laquelle il faudrait cependant insister, car elle est la source de celle du Moyen-Age et de la nôtre) au moins à l'époque de Justinien, la nature de l'action a changé considérablement du fait que l'action s'incorpore à un acte pleinement libre.

Si la formule représente un mécanisme savamment réglé et qui comporte un rendement admirable, il n'empêche que la procédure *extra ordinem* qui est libre exprimera le droit de façon beaucoup plus parfaite, plus adéquate et plus complète, car la liberté seule est féconde.

La *postulatio simplex*.

En effet, le moyen technique que représente la *postulatio simplex* est le moyen le plus parfait qu'on a trouvé en procédure. Ce sont les conclusions d'aujourd'hui qui s'expriment librement. La *postulatio simplex* étant libre, ne connaissant plus qu'un

(1) La formule est regardée par quelques bons auteurs comme Wlassak et M. Lévy-Bruhl comme l'oeuvre des parties et des prudents et non celle des prêteurs: idée nouvelle et qui paraît être très exacte.

formalisme restreint met en oeuvre un jeu de droits illimités, beaucoup plus nombreux que sous la procédure formulaire. Surtout cette pièce exprime les droits de façon directe et adéquate. Le fond, comme aujourd'hui, l'emporte sur la forme. Néanmoins, même encore sous Justinien, on employait plutôt la dénomination d'action que celle de droit. C'est de nos jours qu'on parle plutôt du droit que d'action, que le droit tient toute la place, parce que le renversement complet des conceptions juridiques n'a été l'oeuvre que des Glossateurs du Moyen-Age. C'est en cela que l'oeuvre de Justinien reste le prolongement des conceptions antérieures. Le droit ne sort pas encore de la gangue-sanction. On ne se rend pas assez compte de la difficulté qu'a dû présenter l'adaptation du droit du VI^e siècle aux textes du III^e siècle. On ne remarque pas assez que tous les textes ont été écrits sous l'empire de la procédure formulaire, tandis que l'oeuvre de Justinien est conçue pour la procédure extra ordinem. Cela a nécessité des remaniements, fusions, simplifications, que les manuels n'expliquent pas tous.

En voici quelques exemples: la nature substantielle de l'action explique la fusion de l'action et de l'interdit, (par exemple la fusion de l'interdit fraudatoire et de l'action dite paulienne dans la matière de la fraude des créanciers). L'interpolation obligatio pour actio s'explique de même par la nature substantielle de l'action (Etude du rapport entre obligatio et actio par M. Funada, Professeur à Séoul, en Corée). Enfin il faut signaler la disparition des actions fictives, conséquence de la disparition des formules.- Par contre il reste des choses difficilement explicables, comme le maintien par Justinien des actions in factum, et utiles, preuve qu'il ne s'est pas libéré tout à fait du passé formulaire.

Les traits qui marquent l'opposition entre le système formulaire et celui de Justinien s'expliquent en grande partie par un fait de premier ordre: dans le droit de Justinien il n'y a qu'une action, l'action est unique, parce qu'il n'y a plus qu'une procédure comme aujourd'hui, tandis que dans la procédure formulaire existaient des actions, parce que l'action s'identifiant à la formule, il y avait autant d'actions que de formules, c'est-à-dire une grande variété d'actions et de genres d'actions. Ainsi l'action in factum, sous la procédure formulaire, est une formule in factum. Sous Justinien, comme il n'y a plus qu'une action, l'action in factum est de même nature que n'importe quelle action; ce n'est plus qu'un nom. Les actions utiles correspondaient à des formules particulières: sous Justi-

Nature substantielle de l'action sous la procédure extraordinaire.

Pluralité d'actions sous la procédure formulaire, - unité d'action sous la procédure extraordinaire.

nien elles subsistent, mais ne sont plus qu'un nom. C'est une preuve nouvelle d'un phénomène qui caractérise l'oeuvre de Justinien, principalement le Digeste, phénomène de simplification, d'unification (1). C'est là une marque de progrès, quoi qu'en ait dit Herbert Spencer.

Section III

Les actions comme élément du patrimoine.

Arrivons à la question qui tient au sujet même du cours: quelle place les actions tiennent-elles dans le patrimoine, comme élément actif du patrimoine? Toutes les actions, quelles qu'elles soient, comptent-elles dans le patrimoine?

On peut à cette question faire deux réponses opposées. La loi 49, D. 50.16, compte les actions parmi les bona et la formule de stipulation aquilienne déjà ne faisait aucune différence entre les actions. A lire ces textes, on pourrait penser que toutes les actions comptent dans le patrimoine. Mais il faut toujours tenir compte non seulement du contexte mais de la matière dans laquelle se trouvent placés les textes, application de la loi de la relativité. La loi 49 énumérant les choses qui sont in bonis se place au regard de l'évaluation qu'on peut faire des biens de patrimoine. La stipulation aquilienne se place dans l'ordre de l'extinction des rapports de droit entre deux personnes, par une novation et une acceptilation générales. Ces deux textes donc qui comptent toutes les actions dans le patrimoine, parce qu'elles sont toutes évaluables en argent, visant des situations que nous rangeons dans la statique. Ils considèrent tous deux le patrimoine au repos, voilà pourquoi il n'y a aucune difficulté à compter toutes les actions dans le patrimoine; elles seront toutes, à l'occasion, susceptibles d'évaluation, si par exemple le titulaire du patrimoine fait son bilan.

Mais à l'inverse, c'est un fait connu que toutes les actions ne passent pas à l'héritier avec le patrimoine. Par conséquent, quand nous considérons le patrimoine en mouvement, un changement se présente, le patrimoine n'est plus composé de la même façon et parmi

(1) Cf. Collinet, Originalité du Digeste dans les Conférences de Milan.

Evaluation
du patri-
moine lors
d'une trans-
mission
héréditaire.

les actions, il faut distinguer les actions qui passent et celles qui ne passent pas à l'héritier, les premières qui sont transmissibles et sont patrimoniales et celles qui ne sont pas transmissibles et sont extra patrimoniales.

Les actions transmissibles à l'héritier, patrimoniales, forment la règle. L'intransmissibilité forme l'exception. Commençons par celle-ci: tout ce qui ne rentre pas dans l'exception sera la règle.

1° - Les actions intransmissibles et leurs caractères.

Actions in-
transmissi-
bles.
a. vindictam
spirantes.

Les actions intransmissibles (cf. cours de 1930-31) sont en droit romain: A, un groupe d'actions qu'on appelle les actions vindictam spirantes, qui respirent la vengeance: 1° - actio sepulchri violati - 2° - actio injuriarum - 3° - querela inofficiosi testamenti, etc, B, l'actio rei uxoriae, qui n'est pas une action qui respire la vengeance (1).

a. rei ux-
oriae.

L'explication de l'intransmissibilité est facile à trouver. C'est leur caractère personnel; ces actions s'attachent en quelque manière à la personne physique du titulaire. Une fois cette personne disparue, les actions s'éteignent.- Cela est évident pour les actions vindictam spirantes parce que la vengeance est un fait essentiellement personnel. L'opposition entre les actions vindictam spirantes et les actions patrimoniales se comprend très bien.- Le caractère personnel et l'intransmissibilité se comprennent moins pour l'actio rei uxoriae. L'idée d'Esmein¹ que cette action est d'origine pénale, ne ferait pas comprendre encore que cette action soit intransmissible du côté actif, car les actions pénales sont transmissibles activement. On ne peut expliquer le caractère personnel de cette action qu'en admettant qu'elle a été concédée à la femme pour des raisons sociales et morales (pour qu'elle puisse se remarier). Une preuve de son caractère personnel est que, si la femme était filia familias, le père ne pouvait l'intenter que adjuncta persona filiae, (Ulp. Reg. 6,6). C'est donc que l'action appartient en réalité à la fille puisqu'elle dépend de sa volonté.

Ainsi la caractéristique des actions intransmissibles est le caractère personnel de ces actions.

2° - Les actions transmissibles.

Actions trans-
missibles.

Ce sont celles qui ne présentent pas ce caractère. Ce sont toutes les autres actions reiperse-

(1) Ces actions passeraient cependant à l'héritier si la poursuite avait été menée jusqu'à la litis contestatio sous la procédure ordinaire et entamée sous la procédure extraordinaire.

cutoriae ou pénales, peu importe. Les actions réipersécutoires sont les actions où le demandeur poursuit une res, c'est-à-dire la valeur sortie de son patrimoine, par exemple dans la revendication, ou qui n'y est pas encore entrée, mais qui devrait s'y trouver, par exemple à la suite d'une stipulation, actio certae creditae pecuniae. Les actions réipersécutoires poursuivant une valeur sont évidemment patrimoniales et par conséquent transmissibles.

La catégorie des actions transmissibles comprend aussi les actions pénales, envisagées au point de vue actif. Les Romains ont dépassé le stade où ces actions étaient complètement les succédanées de la vengeance (intransmissible): ils ont reconnu la transmissibilité de ces actions du côté actif, parce qu'ils n'acceptent plus l'idée de vengeance du côté actif, mais ils ont continué à admettre l'intransmissibilité du côté passif et l'idée de vengeance du côté passif.

Chapitre III

LES DETTES ET OBLIGATIONS.

Double sens
actif et pas-
sif du terme
obligatio.

On a vu plus haut que les dettes sont, selon M. Collinet un élément du patrimoine et non pas seulement une charge de l'actif. Les dettes font pendant aux droits de créance dits personnels et le mot obligatio à Rome, on l'a vu, avait le sens actif de créance aussi bien que le sens passif de dette. Aujourd'hui le mot n'est plus pris que dans le sens passif. On connaît la définition des obligations aux Institutes, III.13.pr. "Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae, secundum nostrae civitatis jura: l'obligation est un lien de droit par lequel nous sommes astreints à la nécessité de payer quelque chose selon le droit de notre cité".

S'il y a lieu
de distinguer
entre obliga-
tio et debitum.

Nous prendrons Obligatio dans son sens le plus connu et comme synonyme de dette. Cependant une certaine Ecole (M. Cornil etc., cf. Girard 8ème Ed. p. 415 n. 1) considère comme distincts le terme obligatio et le terme debitum, le debitum étant la dette, le devoir de payer (debere, devoir) et l'obligatio étant la contrainte, la nécessité comme dit Justinien où l'on est de payer. Ces deux mots debitum - obligatio seraient l'équivalence des deux mots allemands Schuld (dette) - Haftung (contrainte), de sorte que le droit romain aurait connu le même système que

le droit germanique et que les vieux droits de l'Asie.

Avec cette distinction, c'est le debitum qui compte dans le patrimoine et on explique par là que l'obligation naturelle tombe dans le patrimoine sans que cependant elle ait une sanction. Mais ce système, si rigoureux qu'il soit, ne paraît pas être celui du droit romain (Girard).

Section I

Notion de l'obligation comme élément

du patrimoine.

Nous ne reprendrons pas toutes les questions relatives à l'obligation. Nous ne parlerons de l'obligation qu'en fonction du patrimoine.

Dans ces limites, nous n'aurons pas à nous préoccuper de la question des origines: Il faut cependant les rappeler pour justifier qu'elles sont hors du sujet. Les origines de l'obligation sont extrêmement discutées, tant quant à la date d'apparition que quant à la notion primitive. Le dernier système proposé sur la question par M. Hågerström rattache l'obligation primitive à la magie et la considère comme un lien mystique et au point de vue juridique comme assimilable à la possession. Ce système est rejeté par M. F. de Visscher (R.H.D. 1929. pp. 603 - 609). - L'idée de M. Cornil que l'obligé primitif serait un otage n'est guère plus admissible. Suivant le mot très juste de M. Cuq, il y a eu à Rome des obligati avant qu'il y ait eu une obligatio. C'est toujours comme cela: la notion de fur manifestus est antérieure à celle de furtum manifestum. L'obligé primitif est suivant M. Collinet, le sponsor, la caution qui s'engage pour la dette de composition pécuniaire du délinquant (Mémoires de l'Académie de Bologne 1930-1931). L'obligé apparaît donc non sur le terrain pénal, mais sur le terrain qui sera plus tard contractuel, car l'obligé primitif n'est pas un délinquant (F. de Visscher R.H.D., 1929, p. 931 et ss.).

L'origine du mot n'est pas plus claire. On discute toujours autour d'elle. L'obligé c'est un homme qui est "lié ob, à cause de" (dans un sens péjoratif). C'est un homme lié matériellement avec des chaînes ou des nerfs de boeuf dans la prison privée de la victime du délit; cela explique bien le caractère personnel de l'obligation, personnel au sens physique du mot. Mais l'obligation est devenue assez vite un lien juridique, vinculum juris selon la définition célèbre

Divers systèmes sur l'origine de l'obligation.

Origine du mot obligatio.

rappelée plus haut. L'obligation s'est affinée encore quand les obligations naturelles ont été reconnues au II^e siècle de notre ère: l'obligation naturelle est considérée par Papinien, 28, Quaest. D. 46.3. de solut. 95,4 comme un vinculum aequitatis; par conséquent on voit bien la dégradation: vinculum matériel, vinculum juris, vinculum aequitatis.

Toute cette histoire de l'obligation ne nous intéresse pas cette année, parce que l'obligation pendant longtemps n'a pas figuré dans le patrimoine. La première obligation est celle du sponsor (caution), lien tout à fait personnel et la preuve c'est que cette obligation n'est pas transmissible, pas plus que ne sera celle du fidepromissor. Ce sont des obligations attachées à la personne physique. Tout ce qui concerne la période de formation des obligations jusqu'aux VI^e-VII^e siècles de Rome, ne nous intéresse donc pas.

D'autres obligations, la majorité des obligations, ont été créées aux VI^e-VII^e siècles de Rome. Selon la démonstration de M. de Visscher, ce sont les obligations non délictuelles qui apparaissent les premières et qui deviendront plus tard les premières obligations contractuelles, quand la notion de contrat sera dégagée.

L'obligation du sponsor se transforme parce que le sponsor qui a été pendant les premiers siècles la caution est devenu le débiteur principal; on appelle sponsor la caution et aussi le débiteur principal. L'obligation du sponsor devenu le débiteur principal repose sur la fides. Puis d'autres obligations apparaissent qui reposent sur le creditum et dont la plus célèbre est le mutuum. D'autres obligations plus récentes encore reposent sur la bona fides. Les futures obligations contractuelles reposent donc toutes sur des éléments moraux qui se ramènent à une même idée exprimée de façons différentes, mais qui est la même: "la confiance" (fides credit, bona fides). Cette idée de confiance s'explique parce que la plupart de ces obligations se rattachent à la pratique du commerce qui repose sur la confiance et le crédit. Donc si ces obligations, si la très grande majorité des obligations dites contractuelles reposent sur l'idée de confiance et se rattachent au commerce, on comprend que les dettes tombent dans le patrimoine par opposition avec l'obligation du sponsor: caution. Le lien qui se forme entre créancier et débiteur est formé beaucoup plus entre leurs deux patrimoines (personnalités juridiques) qu'entre leurs deux personnes physiques. Ici encore nous pouvons faire appel à la dynamique juridique: en effet les obligations ou dettes con-

La première obligation est l'obligation du sponsor.

La notion de fides de crédit et de bona fides.

Transmission

héréditaire
des obligations
reposant sur
ces notions.

tractuelles sont transmises à l'héritier avec le patrimoine, donc elles comptent dans le patrimoine avec le signe moins. Mais par contre, elles ne se transmettent pas aux successeurs entre vifs, par exemple en cas d'adrogatio. Bien entendu, lorsque les Romains ont eu des obligations quasi ex contractu (qui ressemblaient aux obligations contractuelles) et des obligations légales elles ont passé également avec le patrimoine, puisqu'elles n'étaient pas pénales.

Les obligations délictuelles créées après les obligations contractuelles - malgré l'opinion la plus courante - sont des succédanés de la vengeance pénale s'attachant à la personne physique comme la vengeance elle-même du côté passif. Elles ne sont donc pas patrimoniales. Deux preuves concordantes, quoique contraires en peuvent être données.

Caractère non
patrimonial
des obligations
délictuelles.

1° - Les dettes ou obligations délictuelles sanctionnées par les actions pénales meurent avec le coupable, sont intransmissibles passivement contre les héritiers, (sauf si le procès avait été conduit jusqu'à la litis contestatio dans la procédure ordinaire ou entamé dans la procédure extraordinaire). Encore l'héritier peut-il être poursuivi dans la mesure de son enrichissement (V. III° Partie).

2° - Les dettes et obligations délictuelles survivent à la capitis deminutio. La dette délictuelle reste sur la tête de l'adrogé; l'adrogeant peut seulement être poursuivi noxaliter.

En somme, les idées fondamentales qui sont à la base des deux groupes d'obligations sont totalement opposées. D'un côté l'idée patrimoniale pour les obligations non délictuelles, de l'autre l'idée non patrimoniale pour les obligations délictuelles.

Dualité de
sens du terme
personnel.

En dehors de ces obligations, il en est quelques autres qui s'attachent également à la personne physique: les obligations sanctionnées par des actions vindictam spirantes, les dettes du sponsor et du fidepromissor. L'idée est encore la même: l'idée de personne physique ou d'une certaine personnalité intervient ici. En somme la notion de l'obligation romaine n'est pas une pas plus que celle de l'action n'était une. Sa nature varie avec les idées sociales qui la justifient, avec le but social poursuivi par l'obligation. Sans doute on dit bien que toute obligation est personnelle parce que toute obligation est sanctionnée par une action dite in personam et que le lien obligatoire est un lien personnel. Mais quand on dit que l'obligation constitue un lien personnel cela veut dire qu'elle est toujours sanctionnée par une action diri-

gée contre la personne même du débiteur, in personam et qui ne peut être dirigée contre un tiers, tandis que l'action in rem est dirigée contre la chose, qu'elle vaut contre tous. Si vous voulez un exemple de la différence entre l'action in personam et l'action in rem, le voici: La chose de Primus a été engagée (pignus) à Secundus. Cette chose est passée chez Tertius: l'actio pignoratitia, actio in personam sera donnée contre Secundus et ne peut être intentée contre Tertius. Si, au contraire, la chose de Primus a été hypothéquée à Secundus et est passée chez Tertius: l'action hypothécaire sera donnée contre Tertius parce que c'est une action in rem.

A part ce trait commun que l'obligation constitue un lien personnel, attendu qu'elle est sanctionnée par une action in personam, il n'en est pas moins vrai que l'obligation est personnelle dans deux sens et qu'il y a en réalité deux natures de l'obligation: 1° - quand il s'agit des obligations délictuelles et de quelques autres, elle est personnelle en ce sens qu'elle s'attache à la personne physique. 2° - Quand il s'agit des obligations contractuelles, l'obligation est personnelle, en ce sens qu'elle s'attache à la personne juridique, au patrimoine.

Ces notions fondamentales qui s'expliquent par l'histoire n'ont pas changé sous Justinien. Aujourd'hui, au contraire, toutes les obligations sont de même nature, même les obligations délictuelles de l'art. 1382, qui sont des obligations parfaitement patrimoniales et qui suivent l'héritier comme l'obligé lui-même.

Section II

Les dettes à terme, conditionnelles et en suspens.

Les dettes
soumises à
des modalités
comptent dans
le patrimoine.

On se rappelle (Cf. Ch. I, Section III), les solutions données pour les droits soumis à des modalités. Nous allons retrouver *mutatis mutandis* les solutions parallèles. Il s'agit de montrer que les dettes soumises à des modalités comptent dans le patrimoine, mais avec le signe moins. Nous excluons tout de suite la stipulation aquilienne qui ne vise que les droits au point de vue actif. Mais nous allons retrouver la collatio bonorum et la quarte Falcidie.

La collatio
bonorum mon-
tre la liai-

I - La collatio bonorum. Le texte cité de Paul, 4I, Ad Ed. D. (37.6 de Coll. Bon.) 2, qui parle du passif au § I. Le principe a été déjà vu quand nous

son dans le patrimoine entre l'actif et le passif.

avons étudié la collatio bonorum à propos de la définition des Bona. Les biens sont rapportables deducto aere alieno et le patrimoine est composé des biens moins les dettes. On ne regarde que l'actif net: quod deducto aere alieno superest. Les bona en cas de rapport c'est ce qui subsiste quand on a déduit les dettes. Le jurisconsulte poursuit en supposant que le fils émancipé avait une dette conditionnelle envers un tiers: Sed si sub condicione debeat. Mais qu'arrive-t-il si le fils émancipé devait sous une condition? La réponse est qu'il ne doit pas déduire la dette tout de suite (statim). Par conséquent il devra la rapporter comme l'actif, mais en stipulant de l'enfant en puissance que si la condition arrivait, il serait défendu parce frère pour la part qu'il a rapportée, c'est-à-dire pour ce qu'il aurait versé en trop. Primus la condition s'étant réalisée, est obligé de verser une somme au tiers, somme dont il n'a pas tenu compte dans son calcul, il a versé trop à son frère. L'enfant en puissance sera donc tenu: "Sed si sub condicione debeat, non statim id deducere debeat, sed id quod conferre: contra autem caveri ei oportebit, ab eo, qui in potestate est, ut existente condicione defendatur pro ea parte, quam contulit". Le texte se préoccupe du point de vue obligation et non pas du point de vue contribution. Il s'agit en effet d'une défense, donc consécutive à l'attaque, il s'agit donc, dans la langue moderne de l'obligation ou poursuite. L'émancipé est poursuivi pour le tout, or, il ne doit pas le tout; l'enfant en puissance doit le garantir pour la part qu'il a apportée en trop: il doit défendre son frère, dit le texte. Déjà nous avons trouvé un cas analogue, celui du père et de la fille dotée (D. 39.5.28). La fille doit défendre son père. C'est tout à fait le même système et les Romains ont parfaitement distingué les questions obligation et poursuite.

la quarte Falcidie.

La dette conditionnelle ou à terme incertain figure dans le calcul de la quarte falcidie.

II. La quarte Falcidie. Accarias I. 1097 2, en ce qui concerne les dettes dit: "Quant aux dettes conditionnelles ou corréales, la difficulté est la même que pour les créances et comporte des solutions analogues". L'auteur ne produit pas de texte pour les dettes conditionnelles. Fournant Julien, 61 Dig. D. 35. 2. Ad Leg. Falc. 87,2 suppose qu'un héritier institué a été prié par le testateur de restituer après sa mort 100 à un tiers. Cette disposition est un fideicommiss lequel dérive toujours d'une prière adressée à un bénéficiaire d'une disposition à cause de mort. Au point de vue juridique, la dette du fiduciaire envers le fideicommissaire est une dette à terme incertain, à savoir la mort (Dies incertus conditionem facit: le ter

incertain équivaut à la condition et cela d'une façon générale (Appleton). Comment va se calculer la valeur de l'obligation ? On doit déduire les 100 dans le compte de la quarte falcidie parce que si un autre héritier avait existé, ces 100 auraient été compris dans le passif. On considère donc que la dette à terme incertain (et sans doute aussi conditionnelle) entre en compte dans la quarte falcidie.

Pour les dettes solidaires distinction selon que les débiteurs sont socii ou non.

La solution pour les créances solidaires reposait sur la distinction entre créanciers socii ou non (Ulpien, D. 35.2. Ad L.F. 62 pr.)

Quant aux dettes, la solution est la même

1° - Au premier cas (rei promittendi socii) l'obligation se divise entre eux comme si chacun avait promis sa part indépendamment de l'autre sans solidarité, on comptera une moitié pour la quarte Falcidie.

2° - Si les débiteurs solidaires n'étaient pas socii, on laisse en suspens l'évaluation de la dette corréale jusqu'à ce qu'on sache sur qui elle portera, si c'est sur les biens du défunt ou sur le tiers du débiteur solidaire non associé. Si la dette portait sur le défunt, on devra la déduire. Cela dépend du choix du créancier qui peut toujours choisir entre l'héritier du défunt et le tiers. L'Index des Interpolations de Lévy et Rabel, T. II, c. 321, montre que selon certains auteurs, le cas des duo reipromittendi ne serait pas classique et aurait été introduit pour faire pendant aux duo rei stipulandi. C'est possible parce que bien souvent les interpolations portent sur des assimilations du même genre.

TROISIEME PARTIE.

LES VARIATIONS DU

PATRIMOINE.

Le patrimoine est essentiellement variable et changeant. La consistance d'un patrimoine n'est jamais constante. Tantôt il varie en plus et tantôt il change en moins. Le patrimoine est composé d'éléments différents qui sont tous et toujours en mouvement. Les variations sont ou des enrichissements (Ch. I) ou des appauvrissements (Ch. II); enfin l'appauvrissement à la limite est la perte du patrimoine (Ch. III), tandis qu'il n'y a pas de limite à l'enrichissement.

Chapitre I.

L'ENRICHISSEMENT DU PATRIMOINE.

Double façon dont l'enrichissement doit de présenter.

L'enrichissement du patrimoine se produit de deux manières, ou bien par l'entrée dans le patrimoine d'un élément actif, d'une valeur active, d'un droit ou d'une action; c'est ce qu'on peut appeler le côté positif de l'enrichissement. Ou bien l'enrichissement se produit par extinction d'une charge ou d'une dette, enrichissement négatif qui n'en est pas moins un enrichissement comme le constate le proverbe "qui paie ses dettes s'enrichit".

Nous ne nous occupons ici que de la notion d'enrichissement, les Manuels donnant des morceaux de ce qui concerne l'enrichissement d'un patrimoine, sans en donner une théorie d'ensemble.

C'est une chose connue également que l'enrichissement peut se présenter avec deux caractères opposés. Il peut être licite ou juste, ce dont on ne parle pas beaucoup; il peut être illicite ou injuste, ce dont on s'occupe surtout.

Section I

L'enrichissement licite ou juste.

L'enrichissement licite est celui qui est conforme à ce qui est permis, licet. C'est celui qui est juste puisque justus vient de jus, droit; c'est l'enrichissement conforme au droit, à la morale. Cet enrichissement licite ou juste à Rome revêt plusieurs aspects: 1° - sous la forme positive d'une entrée dans le patrimoine d'un élément actif, droit ou action. Cette acquisition s'opère par les modes d'acquisition bien connus (volontaires ou forcés) non seulement de la propriété et des droits réels, mais aussi des créances ou plus exactement des actions.

L'enrichissement sous la forme positive.

L'enrichissement par l'extinction d'une charge.

2° - L'enrichissement du patrimoine se présente également sous une forme négative. Cet élément négatif est constitué par la sortie de quelque chose du patrimoine, la sortie avantageuse, extinction d'une charge ou extinction d'une dette: extinction d'une charge réelle, c'est-à-dire d'une charge qui peut être sur un fonds, ou d'un droit appartenant à autrui sur votre fonds à vous par exemple quand il y a extinction d'une servitude, ou d'une hypothèque sur votre fonds, ou d'un jus in re aliena.

Cela se produit également quand il y a extinction d'une charge personnelle qui pesait sur vous, charge personnelle qui peut être de deux natures: a) ou bien réelle (usage, habitation). b) ou de nature personnelle comme la dette. Extinction qui se produira par les modes appropriés et parmi lesquels il ne faut pas oublier la cession de dettes, envisagée du côté du cédant, cession possible en droit romain à la différence du droit français.

L'in rem versum.

3° - À Rome, l'enrichissement prend assez souvent une forme particulière, inconnue du droit moderne, la forme de l'in rem versum. Nous avons analysé cette notion plus haut. L'in rem versum, ce qui a tourné au profit de quelqu'un, exige que les opérations qui produisent ce résultat soient accomplies par des alieni juris. L'in rem versum est une dépendance du pécule et c'est une notion qui, postulant l'institution des alieni juris, a disparu de notre droit, quoique la jurisprudence et la doctrine modernes persistent à employer à tort l'expression.

4° - l'enrichissement proprement-dit.

4° - Le droit romain connaît encore ce qu'on peut appeler l'enrichissement proprement dit. Une personne peut être poursuivie soit in id quod locupletior factus est dans la mesure où elle est devenue plus riche, soit in id quod ad eum pervenit, dans la mesure de ce qui lui est parvenu.

Cette variété de l'enrichissement ne doit pas être confondue avec l'in rem versum. 1° - Celui-ci postule le fait d'un alieni juris. Ici il s'agit de tout autre chose.- 2° - Si l'individu rendu plus riche par hypothèse n'a rien conservé de ce gain, s'il a tout consommé ou perdu, il ne peut être poursuivi de ce chef. Il en est autrement pour l'in rem versum, l'action est efficace même si l'in rem versum a été perdu par le maître (D. 15.3.3.7. cité). La notion de profit (in rem versum) et la notion d'enrichissement sont donc des notions différentes, ce qui dénote la finesse d'analyse des juriconsultes romains.

On trouve plusieurs applications de cette catégorie de l'idée d'enrichissement.

La poursuite de l'héritier par l'action pénale dans la mesure de l'enrichissement.

A.- L'héritier du délinquant qui n'est pas responsable du délit peut être tenu dans la mesure de son enrichissement, in id quod heredem pervenit, in id quod locupletior factus est. Depuis quand cette extension de l'action pénale a-t-elle été réalisée ? Les textes semblent la faire remonter à Cassius d'une part et même à Sabinus (Pomponius, 29, ad Sabin. D. 50. 17. de div. Reg. J. 28. Cf. Sabin. chez Paul, XI ad Edict. D. IV.3. de d.m. 29). La doctrine a pendant longtemps enseigné que ce serait là une innovation de Sabinus qui se serait développée pendant l'ère classique. M. de Francisci a proposé d'admettre que le point de départ aurait été une action prétorienne non pénale et que la généralisation qu'on aperçoit au Digeste ne daterait que de Justinien, comme beaucoup d'autres mesures d'équité autrefois attribuées aux juriconsultes classiques. - Girard (8ème Ed. p. 426.n.5.) pense que l'action prétorienne aurait été introduite dans l'Edit par Cassius, préteur vers 27 ap. J.C. Il s'appuie sur un texte de Venuleius Saturninus, lib. VI, Interd. D. 42.8. 9. in fraud. 11. Mais la question est de savoir si ce texte prévoit la mesure dont nous parlons. En effet, en matière de fraude contre les créanciers les textes proviennent de deux sources: les uns de réfèrent à l'action prétorienne in factum qu'on appelle Paulienne et d'autres à l'Interdit fraudatoire. C'est le cas pour notre texte de Venuleius.

Le texte de Cassius, chez Paul, I ad Ed. Praet. D. 44.7. de oblig. et act. 35. Pr. est également

à éliminer, car la décision attribuée au jurisconsulte interviendrait dans une phrase incidente: "ut tamen lucrum ei extorqueatur", or extorquere est un indice d'interpolation. Cassius n'aurait pas parlé de la question en dehors de l'interdit fraudatoire.

Le pupille qui a agi sous l'auctoritas de son tuteur est tenu dans la mesure de son enrichissement.

B - Le pupille qui a agi sans auctoritas de son tuteur est tenu dans la mesure de son enrichissement. Il n'est pas tenu pour le tout, car il a fait un acte nul, mais il est tenu dans la mesure de son enrichissement d'après un rescrit d'Antonin le Pieux, Ulpien, D. 26.8., de auctorit. 5 pr. (texte suspect; Index, t. II, col. 140) qui se réfère à un emprunt par mutuum; la loi 5 § I se rapporte à un achat.

On pourrait se demander pourquoi ces cas sont traités à part et ne rentrent pas comme on le ferait aujourd'hui dans l'enrichissement injuste. Je crois que les Romains ont distingué les deux cas parce qu'ici la valeur est parvenue à l'enrichi: 1° - sans une cause contraire au droit et 2° sans que cette valeur soit une valeur à laquelle l'intéressé aurait droit. Puisque d'après la rigueur de la législation romaine il n'a aucun droit, c'est une concession qu'on lui fait, une mesure d'équité qui n'a aucun rapport avec l'enrichissement injuste.

Intérêts doctrinaux qui s'attachent à la notion d'enrichissement: 1° - caractère de la donation.

Plusieurs intérêts doctrinaux permettent de dégager l'importance de la notion d'enrichissement à Rome.

1° - A Rome comme aujourd'hui, la donation exige trois éléments: A.- l'esprit de libéralité du demandeur, l'animus donandi (Julien 17 Dig. D. 39.5. de Donat. 1, pr.) est suspecté comme tous les animi du droit romain (Prinsheim Z.S.S. XLII.192I.273.)

B.- L'appauvrissement du demandeur (renvoi Ch. II).

C.- L'enrichissement du donataire qui doit consister en un avantage appréciable en argent. C'est ainsi que les Romains déclarent qu'il n'y a pas donation à l'esclave si on l'affranchit. De même, il n'y a pas de donation à Titius si on lui transfère la propriété d'un esclave pour qu'il l'affranchisse immédiatement. Il n'en serait pas de même si la condition était qu'il l'affranchisse après cinq ans (Ulp. 7I, Ad Ed. D.H.T. 18.1).

2° - Capacité du pupille.

2° - A Rome, le pupille ou les autres sui juris incapables, ou du moins la plupart d'entre eux, peuvent faire certains actes qui seront efficaces, à savoir les actes d'acquisition de droit ou les actes d'extinction de charges. Pourquoi ces actes sont-ils efficaces même quand ils sont passés par des incapables sui

juris ? Parce qu'ils ont pour trait commun de rendre meilleure la condition de l'intéressé: rendre meilleure la condition d'une personne ou l'enrichir c'est la même chose: ces incapables peuvent s'enrichir et ne peuvent pas s'appauvrir.

L'application de la règle ne souffre pas de difficulté pour les actes simples: mancipatio, stipulatio. Au contraire la difficulté se présente pour les actes complexes, actes qui présentent deux faces et sont à la fois des actes d'enrichissement et des actes d'appauvrissement. Il ne faut pas confondre les actes complexes avec les actes synallagmatiques. Ceux-ci rentrent bien dans les actes complexes et en constituent les applications les plus notables, mais certains actes unilatéraux aussi sont complexes comme le paiement qui comprend à la fois un enrichissement et un appauvrissement, ou comme l'emprunt par mutuum. Pour ces actes complexes le principe est net. Ces actes sont valables du côté acquisition et nuls du côté aliénation. Le résultat de cette analyse qui décomposait l'opération en deux faces était contraire à la fois au bon sens et à l'équité. On aboutissait à ce résultat que le tiers avisé ne s'engageait pas dans des actes complexes. Si un pupille sans auctoritas de son tuteur vient lui offrir un paiement ou veut passer avec lui une vente, le tiers refusera. Cependant il se peut qu'en fait le tiers ait traité avec le pupille sans l'auctoritas du tuteur. Les Romains ont cherché à adoucir la solution logique. Nous voyons par exemple dans le texte cité plus haut que le pupille serait tenu de son enrichissement.

En cas de vente, il n'y a pas d'obligation pour le pupille mais il y en a une pour l'acheteur. Le tiers n'a pas d'actio venditi, le pupille a l'a. empti ou réciproquement. Or, on sait que les Romains ont admis d'assez bonne heure, dès Labéon (Colinet dans Studi Bonfante) que dans la vente, la connexité existe entre les obligations, qui fait que l'une ne peut exister sans l'autre. Cette connexité aboutit à une solution plus équitable qui empêche le résultat inadmissible que nous venons d'indiquer. Seulement pour ne pas léser les principes, pour concilier l'équité et les principes, les Romains ont trouvé un détour. Ce n'est pas un remède direct, c'est un remède indirect, un biais. Paul, L. V. Quaest. D. 18.5. de rescind. vendit. 7. § I, texte qui n'est pas à l'abri de la suspicion (Index I. 328) nous indique ce procédé. Le pupille acheteur poursuit son vendeur; il est repoussé par ce vendeur en vertu de la connexité des

Distinction
entre les ac-
tes qui ren-
dent la condi-
tion meilleu-
re et les ac-
tes qui ren-
dent la condi-
tion pire.

obligations. Mais le vendeur offre au pupille de refaire la vente: la vente sera refaite. La vente peut se dissoudre facilement par le contrarius consensus. Cette fois, elle sera refaite régulièrement avec l'auctoritas du tuteur.

Remarque.- Entre les actes qui rendent la condition meilleure et ceux qui la rendent pire, la distinction tient à la nature même des actes et est indépendante de l'avantage ou du désavantage qu'ils peuvent apporter à l'intéressé. (Le désavantage relève de la théorie de la lésion, ce qui est tout différent). Accarias, I.402.1, dit très élégamment que cette distinction ne correspond pas le moins du monde à la distinction entre faire une bonne affaire ou faire une mauvaise affaire. Un acte peut être avantageux et être un acte qui en droit appauvrit et réciproquement.

D'autre part, ces actes sont non seulement des actes positifs d'acquisition de droit, mais aussi des actes négatifs d'extinction de charge. (Gaius, II.84.)

Enfin notons quant au pupille qu'il faut qu'il soit sorti de l'infantia mais qu'il suffit qu'il soit proximus infantiae; il n'est pas nécessaire qu'il soit proximus pubertati, Inst. 3.19 de Int. stip. 3.; Inst. 1.21. de auct. tutor. pr.

3° - Les alieni juris peuvent faire valablement les actes qui rendent la condition du paterfamilias meilleure.

3° - Un 3ème intérêt doctrinal concerne les actes des alieni juris, lesquels peuvent faire valablement les actes qui rendent meilleure la condition du paterfamilias, mais ne peuvent faire les actes qui la rendent pire. Cependant les actes qu'ils peuvent faire ne sont pas les mêmes que ceux que peuvent accomplir les sui juris incapables; ils ne peuvent faire que des actes d'acquisition de droit, mais non d'extinction de charge. Cela s'explique par leur fonction dans la famille, comme prolongement de la personnalité du pater et comme instrument d'acquisition pour le père. Encore faut-il distinguer les actes d'acquisition parce que les Romains ne traitent pas de la même façon tous les actes. Ainsi les alieni juris ne peuvent acquérir par in jure cessio (Gaius II.96) ni par adjudicatio, parce que ces modes supposent un procès fictif ou réel. En principe l'acquisition se fait automatiquement, le père de famille n'a rien à dire. S'il s'agissait d'une hérédité, l'acquisition ne serait possible qu'avec le jussus (ordre) du chef car l'hérédité forme un tout où le passif est soudé à l'actif, si bien que le paterfamilias qui devient héritier par son fils est tenu des dettes ultra vires. (Dessertheaux, R.H.D. 1931-32). De même s'il s'agit d'un legs à recueillir, il faut aussi le jussus du chef.

Enfin, pour pouvoir usucaper une chose

possédée par l'alieni juris, le chef doit connaître la prise de possession par cet alieni juris, tandis que pour l'acquisition normale le maître peut être ignorant de cette prise de possession.

4° - La rescision des actes faits en fraude des droits des créanciers.

4° - Le 4ème intérêt existe encore aujourd'hui: il concerne la fraude faite aux créanciers par leur débiteur en faillite, decoctor. Il faut distinguer les actes qui rendent la condition meilleure, qui enrichissent, et ceux qui rendent la condition pire, qui appauvrissent. Les premiers, les créanciers ne peuvent pas les attaquer car, par ces actes, le débiteur augmente leur gage.

Section II

L'enrichissement illicite ou injuste.

L'enrichissement illicite à Rome comme aujourd'hui, est celui qui n'est pas permis, non licet. L'enrichissement injuste est celui qui est contraire au droit, in jus, ou contraire à la morale. On donne comme synonyme à ces termes, à Rome et aujourd'hui, le nom d'enrichissement sans cause. C'est une locution fort à la mode depuis une trentaine d'années. C'est l'influence des droits étrangers qui a ramené l'attention des Français sur cette théorie qu'il aurait été cependant facile de retrouver dans le Droit romain et dans notre ancien Droit.

L'enrichissement illicite suppose que l'acte manque d'une base juridique, causa, qui a ici le sens de support, de fondement juridique. Dans le paiement de l'indû, celui qui a reçu l'indû ne peut justifier en aucune manière sa recette et son acte est un acte d'enrichissement sans cause, injuste. Il y a bien une différence entre illicite et injuste, illicite suppose un délit (voleur), et injuste, un acte contraire au droit (celui qui reçoit l'indû); dans les deux cas il y a enrichissement sans cause.

La théorie de l'enrichissement sans cause a été édictée par le droit romain.

Le Droit Romain a élevé sur la matière une construction remarquable. Les cas d'enrichissement sans cause sont très nombreux en droit romain et sont étudiés par les Manuels. Ce sont ceux qui ouvrent les condictiones sine causa ou quasi contractuelles.

les condictiones sine causa.

Aujourd'hui on parle plutôt, mais inexactement, de in rem versum, lequel est au contraire un enrichissement avec cause). Rappelons le texte de principe: Ulp. 18 ad Sabin. D. 12.5. de cond. ob tur-

peu 6. Les cas d'application se rencontrent surtout en matière d'obligation, mais aussi à propos du patrimoine, notamment le cas de tradition opérée sur fausse cause, le malentendu sur la cause: l'un a cru donner et l'autre emprunter (Cf. R. Monier. Studi Bonfante III. pp. 217 et ss.).

Chapitre II

APPAUVRISSEMENT DU PATRIMOINE.

L'appauvrissement, le contraire de l'enrichissement, se présente sous deux formes: 1° - sous la forme positive d'entrée dans le patrimoine d'un élément passif, d'une charge (réelle) ou d'une dette, par un des moyens volontaires ou forcés étudiés dans les Manuels.

Formes sous lesquelles se présente l'appauvrissement.

2° - Sous la forme négative de l'extinction (volontaire ou forcée) d'un élément actif, droit ou action. Cette extinction peut se produire: a) par la perte de cet élément: perte de la propriété y compris l'affranchissement de l'esclave; prescription extinctive de l'action; b) par l'abandon volontaire d'un élément actif, aliénation, cession par un des modes connus.

Intérêts doctrinaux qui s'y rattachent.

Les intérêts doctrinaux qui s'attachent à la notion d'appauvrissement sont les suivants:

1° la donation

1° - A Rome comme aujourd'hui la donation exige trois conditions dont la troisième est l'appauvrissement du donateur, qui peut se comprendre de trois façons: 1) le donateur abandonne au donataire un droit évaluable en argent, la donation se réalise soit par une datio (dando), soit par une remise de dette. 2) La donation peut se réaliser également quand le donateur assume envers le donataire une obligation (promittendo), 3) La donation peut se réaliser par délégation qui n'est pas à proprement parler un procédé d'appauvrissement mais peut le réaliser. Accarias, I. 788 n. I. remarque que la cession de créance n'est pas un procédé de donation.

2° - Les actes qui rendent à condition d'un individu pire.

2° - Le deuxième intérêt concerne les actes qui rendent pire la condition de l'intéressé. Ces actes sont parallèles à ceux qui rendent meilleure sa condition. Ces actes sont absolument indépendants de ceux qui constituent une mauvaise affaire.

Ces actes sont tous des actes d'appauvrissement: quand on rend sa condition pire, juridique-

ment on s'appauvrit. L'intérêt qui existe en droit romain à l'égard de ces actes porte sur l'impossibilité pour les incapables de les faire.

Négativement, ce sont des actes d'aliénation, des modes d'extinction des droits (Gaius II, 80, 84). L'incapable ne peut faire un acte d'aliénation, éteindre un droit ou une action lui appartenant. Positivement c'est la création de charges ou d'obligations. L'incapable ne peut assumer une obligation. Ici encore il faut rappeler la distinction des actes simples et des actes complexes. Pour les premiers l'incapable ne pourrait se porter vendeur par mancipatio, promettre par stipulatio. Pour les actes complexes qui ont un côté amélioration et en même temps un côté péjoratif, et qui ne sont pas seulement les actes synallagmatiques, mais aussi certains actes unilatéraux comme le paiement ou le prêt, nous retrouvons la même difficulté que celle que nous avons déjà examinée. Prenons comme exemple le cas du pupille. Gaius, XII, ad Ed. Pr. D. XXVI. 8. d. aut. tut. 9 (Index II. c. 141) nous donne quelques solutions. Le pupille ne peut s'obliger seul. Il lui faut l'auctoritas de son tuteur; il ne peut même pas credere, prêter (parce qu'il ne peut aliéner seul; cependant dans le prêt, il y a un côté enrichissement). Il ne peut pas affranchir (9 § I) ni payer (acte complexe). En cas de paiement une atténuation s'est produite: supposons que le pupille ait payé sans auctoritas tutoris. Le paiement est nul. Mais si le créancier a consommé de bonne foi l'argent qu'il a reçu du pupille, on a décidé que celui-ci serait libéré (loi 9.2.).

Le pupille ne peut faire tout seul addition d'hérédité (9,3) même si l'hérédité est bonne, car l'hérédité est un tout qui comporte un actif et un passif et on ne veut pas que le pupille supporte la charge de ces dettes dont il serait tenu ultra vires. Même si la succession est bonne la solution reste la même car la solution est fondée sur la nature de l'acte et non pas sur ses conséquences et résultats. Enfin le pupille ne pourrait pas recevoir tout seul une hérédité fidéicommissaire en vertu du S.C. Trébellien (loi 9,4).

3° - Le 3ème intérêt qui est particulier aux Romains comme le précédent, concerne ce point que les actes qui rendent la condition pire ne peuvent être accomplis par les alieni juris et sont inefficaces par rapport au paterfamilias. Les alieni juris peuvent bien être des instruments d'acquisition, mais non pas des instruments d'obligation, d'aliénation qui peu-

Ils sont interdits aux incapables.

Distinction des actes simples et des actes complexes.

3° -- Les actes qui rendent pire la condition du pater ne peuvent être accomplis

par les alieni-
iuris.

veut grever le père de famille d'une charge quelconque.

4° - actes du
failli qui
peuvent être
attaqués par
les créanciers.

4° - Le 4ème intérêt se retrouve à Rome comme aujourd'hui. Les créanciers ne pouvaient faire rescinder les actes qui rendaient meilleure la situation de leur débiteur en faillite. A l'inverse, les créanciers peuvent faire rescinder les actes d'appauvrissement parce qu'ils diminuent la valeur du patrimoine de leur débiteur qui est leur gage général. La rescision pourra être demandée par l'action dite Paulienne, pour des actes d'aliénation, pour la création de charges ou des aliénations accomplis par le débiteur. Mais il y a (et c'est ce qui est intéressant) des exceptions: tel l'affranchissement qui ne peut être rescindé par la voie ordinaire mais qui a été prévu par la Loi Aelia Sentia. De même on ne peut pas attaquer la répudiation d'une hérédité ni d'un legs. Le débiteur en faillite, pour jouer un bon tour à ses créanciers, a répudié une hérédité, un legs. Les créanciers peuvent-ils attaquer la répudiation? En droit romain ce n'est pas possible, même si cette répudiation portait sur une hérédité avantageuse qui aurait augmenté leur gage. Le C.C. art. 788 a considéré les choses autrement et regarde comme frauduleux l'acte du débiteur. Il est probable que pour les Romains il y avait ici encore comme dans toute l'hérédité, une influence du droit archaïque qui fait considérer une hérédité par son côté "politique" (Bonfante) ou social (le titre d'héritier).

Chapitre III

LA PERTE DU PATRIMOINE.

La perte du patrimoine, c'est l'appauvrissement à l'infini. Nous avons vu que l'appauvrissement peut résulter de la perte matérielle d'une chose. Si les éléments du patrimoine peuvent disparaître matériellement, il est de bon sens que cette perte matérielle ne peut pas porter sur le patrimoine tout entier. La perte du patrimoine tout entier ne peut être qu'une perte juridique. Les cas sont ou volontaires ou forcés comme dans l'appauvrissement et l'enrichissement. Ces cas rentrent naturellement dans les douze cas d'acquisition universelle indiqués au début du cours, du moins dans les cas de succession entre vifs. On peut y ajouter d'autres cas: la confiscation et la

Cas de perte
juridique du
patrimoine.

bonorum collatio.

Pour abrégé, on groupera, sous un même chef la majeure partie des cas et le chef sera la capitis deminutio. I. Tous les cas de capitis deminutio entraînent perte du patrimoine du capite minutus ou de la capite minuta. Mais ce patrimoine passe toujours à quelqu'un, à celui au profit de qui la capitis deminutio s'accomplit. Reprenons les trois sortes de capitis deminutio qui (nonobstant l'opposition de M. Ugo Coli) existaient dès l'époque classique: capitis deminutio maxima, media ou minor, minima.

I. La capitis deminutio.

1° - Capitis deminutio maxima.

1° - La capitis deminutio maxima, c'est la perte de la liberté qui entraîne perte de la cité et des droits de famille. Celui qui profite du patrimoine, celui qui est l'initiateur de la capitis deminutio maxima est le plus souvent l'Etat dont les organismes ont été à cet égard l'aerarium, le trésor du peuple, puis le fiscus, le trésor du prince. Les cas sont bien connus. Un exemple ancien est le cas de l'incensus, du citoyen qui a omis de se faire inscrire au cens et qui est considéré comme esclave. Des cas plus nombreux relèvent du droit pénal. Certaines peines publiques entraînent la capitis deminutio maxima, condamnation à mort ou à la réduction en esclavage. L'effet de ces peines au point de vue du patrimoine, c'est la confiscation. Callistrate, L. I., de Jure fisci et populi. D. XLVIII, 20 D. bon. damnat. l. pr. pose la règle de la confiscation: "Damnatione bona publicantur, cum aut vita adimitur, aut civitas; aut servilis conditio irrogatur": les biens, le patrimoine d'une personne sont confisqués à la suite d'une condamnation lorsque ou la vie est arrachée, ou lorsque la condition servile est infligée (comme peine, par exemple dans le cas de condamnation aux mines). Les mots aut civitas seront expliqués plus loin.

Qui recueille ici le patrimoine du capite minutus.

D'autres personnes que l'Etat peuvent recueillir le patrimoine d'un capite minutus et qui sont des personnes physiques. Il en est ainsi dans d'autres cas de réduction en esclavage: le S.C. Claudien (lorsqu'une femme a des rapports avec un esclave sans le consentement du maître de celui-ci, elle devient esclave de ce maître et si elle était sui juris son patrimoine est acquis par celui-ci). - De même le fur manifestus dans l'ancien droit romain tombait en esclavage, la victime profitait de son patrimoine; enfin les créanciers du débiteur insolvable vendu trans Tiberim profitaient de son patrimoine.

2° - Capitis deminutio media.

2° - Capitis deminutio media ou minor. Ces cas entraînent la perte de la cité et souvent, mais

pas toujours, celle de la famille.

La capitis deminutio media ou minor, perte du droit de cité, est visée par Callistrate (loc. cit.) dans les deux mots: "aut civitas (adimitur), lorsque le droit de cité lui est enlevé". Mais les deux mots sont interpolés. La confiscation est la suite de certaines peines publiques qui font perdre la cité sans la liberté: interdictio aquae et igni (droit ancien) et déportation dans le droit nouveau.

Dans les cas de capitis deminutio maxima et media, auxquels s'applique la confiscation (D. 48. 20) on constate que la matière est beaucoup plus complexe qu'on ne le croirait: pour le sort des éléments du patrimoine, Cf. Desserteaux, T. 3 p. 12 et ss.)

La perte de la cité n'entraîne pas nécessairement perte du droit de famille, tandis que la perte de la liberté entraîne celle de la cité et de la famille. En effet le citoyen romain qui se fait latin perd le droit de cité et ne perd ni sa famille ni son patrimoine.

3° - Les cas de capitis deminutio minima qui comportent perte du droit de famille (le sui juris perdant son titre) entraînent perte du patrimoine: l'adrogatio fait passer le patrimoine de l'adrogé à l'adrogeant, mais les droits non délictuels de l'adrogé meurent ainsi que quelques autres droits personnels comme l'usufruit, la société.

Un autre cas est celui de la conventio in manum: la femme sui juris perd son patrimoine au profit de son époux ou du paterfamilias de celui-ci.

II. La faillite bonorum venditio, c'est la faillite bonorum venditio, qui n'entraîne pas du reste de capitis deminutio. Les biens sont adjugés au bonorum emptor.

III. Par la bonorum collatio ou rapport, le fils émancipé perd le patrimoine acquis par lui avant le décès de son père.

Le patrimoine perdu peut, à Rome, être recouvré, autrement dit un patrimoine qui avait cessé d'appartenir à une personne peut lui revenir automatiquement quand la situation de cette personne a changé. Il s'agit du captif. Il a perdu tous ses droits et son patrimoine. Quand il revient à Rome, il redevient citoyen par la fiction du postliminium (post: par derrière limen: seuil, parce que suivant une coutume d'origine religieuse le captif ne peut pas rentrer chez lui par le seuil de devant, mais par le seuil de derrière, d'une manière furtive en quelque sorte). Une fois rentré, il est citoyen comme auparavant. Le postliminium est

La confiscation.

3° - La capitis deminutio minima.

II. La bonorum venditio.

III. La bonorum collatio.

Recouvrement du patrimoine perdu par le postliminium.

une fiction curieuse qui a pour effet de réintégrer l'ex-captif dans tous ses avantages, dans sa position de citoyen, avec, cependant, une distinction très importante au point de vue juridique: il rentre dans ce qui constitue les res juris (droits, propriété), mais pas dans les res facti (possession) parce qu'une fiction est toujours juridique et qu'étant telle, elle ne peut effacer un fait.

F I N

-:-:-