

RÉPÉTITIONS ÉCRITES

1933-1934

Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

DIPLOME D'ÉTUDES SUPERIEURES
Droit Romain Histoire du Droit
REPETITIONS ECRITES

DE

DROIT ROMAIN
APPROFONDI

rédigées d'après le Cours et sous le contrôle
de

M. NOAILLES

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

144

" LES COURS DE DROIT "

RÉPÉTITIONS ECRITES & ORALES
RÉSUMES — PREPARATION A L'EXAMEN ECRIT

3, Place de la Sorbonne (au premier)

— PARIS —

X

BIBLIOTHEQUE CUJAS



D

060 320050 6

DROIT ROMAIN APPROFONDI

(DOCTORAT)

LES SUCCESSIONS A

CAUSE DE MORT.

Le sujet du cours de cette année sera l'étude du droit héréditaire des Romains. Nous examinerons les règles suivant lesquelles se transmet à Rome l'ensemble d'un patrimoine avec tous les droits et les obligations qui y sont attachés, transmission qui se produit à la mort du titulaire.

Le patrimoine est acquis par l'héritier ou les héritiers. Ces héritiers sont de deux sortes : il y a d'abord à Rome l'héritier testamentaire. Nous verrons que avant tout ce qui règle le sort du patrimoine, c'est la volonté du défunt. C'est par son acte de dernière volonté, dans son testament, qu'il désigne l'héritier. A défaut de testament, les héritiers sont désignés par des règles coutumières, et sont les membres du groupe familial. Suivant leur degré de parenté, à raison de leurs liens familiaux, les parents dans l'ordre de la parenté sont appelés à recueillir le patrimoine du défunt.

Le sujet du cours est donc un sujet très général. Nous tenterons cette année un essai nouveau, qui est possible, grâce à la liberté que nous donne le titre de ce cours de Droit Romain approfondi. Ce titre lui permet plus librement que dans le cours de Pandectes, qui a un programme défini, et qui doit avant tout étudier les textes du Digeste, de choisir un sujet.

Le Cours
portera sur
le droit héréditaire des
Romains.

Les années précédentes nous nous étions attachés au contraire à étudier de façon très approfondie un point très particulier du Droit Romain. L'année dernière, ce cours de Droit Romain Approfondi, avait porté sur les origines de la restitution dotale, de l'action rei uxoriae, et nous avons envisagé des problèmes qui ne sont même pas effleurés dans les cours généraux du Droit Romain. Nous avons fait une étude de préhistoire, à l'aide de textes littéraires, d'historiens romains et d'archéologues : textes de Plutarque, de Denys d'Halicarnasse, d'Aulu Gelle, de Plinie, de Festus, de Caton l'Ancien et de Cicéron etc... Cette étude portait non seulement sur le droit primitif de la famille et de la gens, mais aussi sur le droit religieux. Nous avons essayé de déterminer des coutumes familiales et religieuses, qui passèrent dans le droit civil, par l'intermédiaire du censeur, et d'expliquer les traits particuliers de la restitution de la dot et de l'action rei uxoriae par les origines. Nous avons essayé dans ce cours approfondi de donner un exemple du travail scientifique, de montrer la méthode de la science historique. Nous voulions montrer comment elle est basée sur l'examen des textes, sur les faits que nous révèlent ces textes anciens. Le premier travail de l'historien est un travail de dépouillement. Nous avons vu ensuite comment on met en oeuvre ce premier résultat : le fait historique, comment on l'explique. On l'interprète et on l'éclaire par l'hypothèse. Une hypothèse scientifique sur les faits révélés par les textes essaie de les relier et de les expliquer. L'établissement du texte, son explication par l'hypothèse, tels sont les deux traits essentiels de la méthode historique, qui demandent la préparation spéciale d'érudition nécessaire pour pouvoir étudier les textes rassemblés, les faits épars, dans les documents du passé.

Montrer comment se constitue la science historique, comment elle fonctionne, est le mérite essentiel de nos cours de Doctorat d'histoire, et spécialement du cours de Pandectes et du cours de Droit Romain approfondi. Cette année nous ne perdrons pas de vue ce but, mais en même temps nous voudrions atteindre un autre objectif : étudier une matière générale. Je vous exposerai d'abord dans ce cours une partie assez importante de ce qui est le programme général de votre examen de Doctorat. Ce programme général comporte en effet en Droit Romain le droit des personnes, le droit des biens, les successions, legs et donations, c'est-à-dire tout le programme de 1ère année, sauf la procédure. Souvent dans ce cours de 1ère année la matière des successions étant traitée en fin d'année,

Sans perdre de vue le fonctionnement de la méthode historique qui est le but essentiel des cours de Doctorat nous étudierons une partie générale du cours.

est un peu négligée et étudiée de façon sommaire. Peut-être ne pourrions-nous pas voir toute la matière des successions, mais nous nous arrangerons pour en traiter la plus grande partie, et nous verrons ainsi une notable portion du programme de votre examen.

Cette matière générale en outre nous permettra de ne pas nous cantonner dans des recherches d'érudition. Mais nous aborderons des idées générales, des notions fondamentales du droit, des théories juridiques essentielles, sans perdre de vue le côté scientifique de ce cours et son but d'introduction à la méthode historique.

Les successions sont une partie du Droit Romain qui a été des plus étudiée dans ces dernières années par les romanistes modernes. Des travaux récents et importants ont renouvelé la matière, et l'on mise en quelque sorte à l'ordre du jour. Je donne ici une petite bibliographie préliminaire, non pas complète, mais une bibliographie des travaux les plus récents. Avant tout il faut citer la série des Articles de Bonfante sur l'origine de "l'hereditas", la succession in universum jus, le testament en droit comparé, etc... publiés depuis 1891 dans des Revues italiennes et réunis dans "Bonfante Scritti Giuridici Varii", tome I, 1926.

Ces études ont été critiquées par Rabel Erbschaft, Théorie Bonfante, Zeit, der Savigny-Stiftung, 1930, pages 294 -332.

Levy-Bruhl, "La Fonction du très Ancien Testament Romain", Nouvelle Revue historique du Droit français et étranger, 1922.

Wlassak. Studien zum altrömischen Erb-und Vermächtnitz - Recht, Publications de l'Académie des Sciences de Vienne en 1933.

Les professeurs italiens en ont fait l'objet de cours qui ont été publiés en volumes. Nous citerons: Fadda, "Concetti, Fondamentali del Diritto Ereditario Romano." 2 volumes, Naples, 1902. Scialoja, Diritto Ereditario Romano, Concetti Fondamentali, 1912, Bonfante, Corso di Diritto Romano. Volume VI, les Successions 1930. Solazzi, Diritto Ereditario Romano, 2 volumes, 1932 - 1933.

Parmi les manuels généraux, nous citerons seulement : Mitteis, Römiches Privat-Recht, 1908, pages 73, 114. Jors, Römiches Recht, 1927, pages 217 et suivantes. Arangio Ruiz, Istituzioni di Diritto Romano 2ème édition, 1927, pages 465 et suivantes.

Le droit héréditaire des Romains a des bases très différentes de notre droit civil, et c'est une

Indications
bibliogra-
phiques.

Profonde différence du droit héréditaire romain et du droit civil moderne.

des parties du droit qui a subi le plus de transformations. Le droit romain ne se retrouve donc pas ici comme ailleurs dans notre droit : ni la dévolution légale de la succession, la succession ab intestat, ni le testament ne suivent les mêmes règles. La succession ab intestat est encore ainsi appelée chez nous par souvenir du droit romain. Mais ce nom ne correspond plus à son importance, et elle a dans notre droit la première place et passe avant le testament. Ses deux fondements sont : la dévolution des biens qui se fait de degrés en degrés, d'après l'ordre de la parenté, chaque degré étant appelé à défaut du degré précédent, soit que les parents de ce degré n'existent pas, soit qu'ils aient refusé la succession. La parenté est basée sur les liens du sang, les liens du sang créés par la naissance légitime, par les liens du mariage. Il résulte de ce premier fondement d'abord qu'au bout d'un certain nombre de degrés la parenté s'éloigne et disparaît, et avec elle la vocation héréditaire. Elle est limitée par la loi du 31 Décembre 1917 au 6ème degré, et vous savez que l'on veut aller plus loin et que des projets de lois souvent présentés supprimeraient la succession en ligne collatérale pour ne la conserver qu'en ligne directe. Mais par contre, d'après le même principe, ce lien du sang crée une forte vocation héréditaire. Pour les héritiers privilégiés, c'est-à-dire les héritiers en ligne directe, descendants et ascendants, le droit à la succession ou à une partie de la succession est un droit qui ne peut pas leur être enlevé. Ces héritiers sont appelés héritiers réservataires. La règle, en ce qui concerne la manière de compter la parenté, a été consacrée par Justinien dans sa Novelle 117. Mais dans l'ensemble, notre droit s'est développé sous l'influence du droit coutumier du droit germanique et du droit féodal, bien plus que sous l'influence du droit romain.

Place secondaire du testament aujourd'hui.

Le testament ne joue qu'un rôle subordonné dans notre droit, et il n'a lieu que lorsque le de cujus a la volonté formelle de déposséder ses héritiers naturels, au profit d'étrangers, ou de modifier sur quelques points la dévolution légale. Ce rôle subordonné se manifeste par une différence fondamentale dans le testament : le testateur ne crée pas d'héritiers, ne se donne pas de successeurs. Les seuls héritiers, les seuls successeurs sont les héritiers légitimes. Par son testament, il ne peut donc que donner des legs, créer des légataires, à titre universel ou à titre particulier, et il ne le peut que dans les limites que la loi lui donne. En face des héritiers réservataires, le droit du testateur est restreint à une certaine quotité de ses biens. Ni dans ses effets, ni dans

ses formes, le testament moderne ne ressemble au testament romain. Notre testament, comme notre droit successoral, nous vient plutôt du droit coutumier influencé par le droit germanique.

Ainsi pour le fond des choses, le droit romain est trop différent de notre droit civil pour lui être d'une utilité directe, mais s'il ne peut plus servir directement en cette matière à la compréhension du droit civil, son utilité reparaît à un point de vue plus général et plus élevé. La supériorité permanente des jurisconsultes romains est d'avoir porté à son point de perfection la méthode du droit, le raisonnement juridique. Ils ont créé des cadres de la pensée juridique, qui même dépouillés de leur substance positive, par suite des transformations sociales, restent vivants et servent encore dans notre droit. Ils ont créé non seulement des cadres, mais encore, malgré ces transformations, il y a des institutions de notre droit de succession qui ne peuvent être comprises que par l'intermédiaire du droit romain, d'où elles viennent.

Intérêt historique de l'étude des successions à Rome.

D'ailleurs en soi, indépendamment de toute influence moderne, les successions en droit romain présentent un grand intérêt et méritent assurément d'être étudiées. Elles présentent un grand intérêt historique. C'est une des parties qui a le plus évolué dans le cours de l'histoire du droit romain avec les transformations sociales. En effet, les successions comme le droit des personnes sont une des parties du droit sur lesquelles l'histoire et les variations de l'état social ont le plus de prise. Les successions touchent à la fois, et au droit des personnes, à l'organisation de la famille et au droit des biens, puisqu'il s'agit de déterminer le sort d'un patrimoine. De la façon dont la famille est organisée, des conceptions que l'on se fait de celle-ci, le droit successoral tirera ses règles fondamentales, et il devra suivre l'évolution de la famille, se transformer avec elle, à mesure que l'état social en modifie l'organisation. C'est une évolution étroitement liée à l'évolution des mœurs, aussi bien des mœurs privées que des mœurs publiques, de la famille et de l'Etat.

Le droit civil.

Aussi dans les 1300 ans environ d'histoire du droit romain (754 av. J.C., fondation de Rome, à 565 après J.C., mort de Justinien), le droit successoral romain nous offre un exemple merveilleux d'une vaste évolution sociale, que nous pouvons retracer dans le détail par suite de l'abondance des documents, qui nous sont conservés par les sources juridiques. Nous verrons en effet que le droit civil pour la succession du droit classique, sur laquelle nous sommes très suffisamment renseignés, ne représente pas l'état primitif. Ce

droit civil est lui-même le produit d'une transformation, et il nous faudra retracer par hypothèse l'état primitif, l'état de l'hérédité dans la préhistoire de Rome. Cet état nous ne pouvons le connaître directement faute de documents, mais nous en retrouverons des traces dans le droit postérieur, celui que nous appelons le droit de la période historique, parce que sur lui l'histoire nous fournit des documents certains. Il sera nécessaire d'essayer de le retracer, de le retrouver par hypothèse, car c'est dans ce droit primitif que sont nés, qu'ont été formés les principes mêmes du droit héréditaire classique, et c'est ce droit primitif qui explique les singularités du droit classique.

Mais ce droit classique, tel que nous le connaissons, ne reste pas stationnaire. Sous la poussée des mœurs qui se transforment il est nécessaire que lui aussi subisse de profondes modifications. Nous verrons comment particulièrement sous l'influence du préteur il est peu à peu sapé dans ses bases qui ne correspondent plus aux nécessités du moment, et la transformation se fait par les moyens particuliers du préteur. Par la théorie des bonorum possessiones, le préteur élargit le cercle des héritiers. Par la bonorum possessio unde liberi le préteur donne une vocation héréditaire à tous les enfants. Par la bonorum possessio unde emancipati, le préteur rappelle à la succession du père ceux qui ont été séparés de la famille civile par l'émancipation. Dans la bonorum possessio unde vir et uxor, le préteur crée un lien héréditaire entre mari et femme mariés sine manu. Enfin dans la bonorum possessio unde cognati, le préteur appelle à la succession tous les parents par le sang. Ces bonorum possessiones sont de force et d'étendue inégales. Tantôt elles sont sine re, l'héritier prétorien est alors appelé à défaut des héritiers civils, et l'hérédité prétorienne est en quelque sorte une hérédité supplétoire, mais bientôt cette hérédité devient plus vigoureuse que l'hérédité civile, et la bonorum possessio cum re appelle l'héritier prétorien de préférence à l'héritier civil, qui est ainsi écarté par lui. Ainsi peu à peu les innovations du préteur acheminent le droit romain vers les conceptions du droit moderne. Les héritiers prétoriens à côté des héritiers civils forment deux ordres d'héritiers; ceci amène une certaine confusion, et même des contradictions. Enfin la parenté naturelle triomphe avec Justinien et sa Nouvelle II7, qui reconnaît alors la vocation héréditaire basée, non sur l'ancienne puissance du *paterfamilias*, mais sur les liens du sang, sur le fait naturel, au lieu du fait social.

Par un mouvement parallèle, à mesure que la

Le droit
prétorien.

Protection
des héritiers
contre la
volonté ar-
bitraire du
pater.

vocation héréditaire des héritiers s'étend à tous ceux à qui la nature, le sang, donnent ce titre, cette vocation s'affermir. Elle est protégée contre la volonté du paterfamilias, qui au début du droit romain est souveraine, et peut disposer librement de tout le patrimoine dans son testament et l'enlever, si c'est son désir, à ses héritiers naturels. Ici le droit prétorien, la jurisprudence et le droit impérial collaborent pour faire évoluer le droit civil. Le préteur reconnaît des formes de testament plus simples, plus souples, que les vieilles formes du droit civil, et il accorde la bonorum possessio secundum Tabulas, selon le testament. Il accorde aussi à certains héritiers, malgré le testament, un droit de succession sur les biens de leur père, et il donne alors la bonorum possessio contra Tabulas, contre le testament. La jurisprudence le suit dans cette voie. Par la querela testamenti inofficiosi les jurisconsultes, grâce à la fiction de folie, permettent de faire révoquer un testament qui ne respecte pas d'assez près les idées qui se font jour : l'*officium pietatis*, c'est-à-dire le devoir moral qu'a le père de famille de ne pas deshériter le fils qui n'a pas démerité. La loi vient consacrer cette tendance, et par la loi Falcidia les descendants sont assurés de recevoir une partie au moins de la succession de leur père, quelle que soit la teneur de son testament. La loi Falcidia est célèbre dans le moyen âge où elle a eu une très grande influence sur notre droit. Ainsi, quoique à un moindre degré, nous arrivons ici, comme pour la désignation des héritiers, au droit moderne, peu à peu constitué par des sources diverses, quelquefois contradictoires, à l'encontre d'un droit originairement très différent. Ce sera l'objet de notre cours de retracer cette évolution en étudiant le droit héréditaire des Romains.

Chapitre I.

SUCCESSIONS A CAUSE DE MORT ET

SUCCESSIONS ENTRE VIFS.

Dans le premier chapitre nous essaierons de déterminer la notion d'hereditas chez les Romains. Pour mieux comprendre la signification de ce mot, nous comparerons l'hérédité, c'est-à-dire la succession à cau-

se de mort avec d'autres successions connues des Romains, la succession entre personnes vivantes, qu'ils ont rapprochée de l'hereditas, comme étant de même nature. Par cette comparaison nous pourrions mieux apprécier la nature qu'ils attribuent à l'hérédité.

§ I - Notion de succession.

Julien et Gaius, au Digeste, nous disent ce qu'était pour eux la notion, la définition courante de l'hérédité. Digeste 50.17.62. Julien 6. Digestorum. "Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit". Dig. 50.16.24. Gaius. 6 "Ad edictum provinciale". "Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus, quod defunctus habuit". L'hérédité n'est pas autre chose que la succession à tout le droit, qu'aurait ou qu'a eu le défunt. X

Interpolation
du mot univer-
sum dans les
définitions de
l'hereditas
au Digeste.

Une première difficulté dans ce texte qu'il faut écarter, vient d'une interpolation. Le mot universum est interpolé par les compilateurs de Justinien. Cette interpolation a été démontrée par Longo, Origines de la Succession particulière, (Bollettino, Istituto di Diritto romano. 14.p.127 et 15. P. 285. Et sur l'hereditas conçue comme universitas, Studi in onore di Fadda, p. 125, 1906. Elle a été de nouveau démontrée par Bonfante, Successio in jus et universitas, Scritti Giuridici : I.P. 250. Le mot a été ajouté par les compilateurs, à cause d'une notion nouvelle créée par les Byzantins et inconnue du droit classique. Les Byzantins distinguent la succession à titre universel et la succession à titre particulier. Les Byzantins ramènent en effet la notion de succession à la notion de succession aux biens, et dans la théorie byzantine le patrimoine est considéré comme une universitas juris, un ensemble de biens et de droits appartenant à un titulaire. De ce patrimoine, le titulaire peut détacher un bien particulier et le transmettre à titre particulier. Il le transmet par un des modes connus par le droit de transmission, par exemple la vente, la donation, ou le legs. L'acquéreur de ce droit est considéré comme un successeur à titre particulier. Au contraire, quand le patrimoine est transmis en entier, in universum, soit pour la totalité, soit pour une quote-part, le nouveau titulaire du patrimoine est un successeur à titre universel. La notion de successeur à titre particulier n'est pas une notion classique. Les Romains considéraient l'acquéreur comme celui qui a reçu un bien d'après le titre particulier de son acquisition. S'il s'agit d'une vente, c'est un acheteur, s'il s'agit d'une donation, c'est un donataire, etc...

La notion de successeur à titre particulier n'est pas une notion classique.

Et dans aucun texte classique, qui nous est transmis, hors de la compilation de Justinien, dans aucune loi, dans aucun senatusconsulte, on n'emploie le mot de successeur pour désigner un acquéreur à titre particulier. Les écrivains non juridiques n'emploient pas non plus le mot de successeur en ce sens. C'est à cause de cette théorie nouvelle et de ce sens nouveau du mot que les compilateurs ont ajouté universum a successio, dans le texte où il s'agit d'une hérédité, pour distinguer cette succession à titre universel de la succession particulière, dont ils viennent de créer la notion, et encore ne l'ont-ils pas fait partout. C'est une nouvelle preuve de l'interpolation, qui nous est fournie par des textes de jurisconsultes classiques recueillis dans le Digeste et pour lesquels les compilateurs n'ont pas ajouté le mot de universum au mot de successio. Par exemple, Paul et Ulpien, (Paul. Dig. 41.3. 4.15) pour Paul l'héritier est celui qui "in jus defuncti succedit", pour Ulpien (Dig. 37.1.3.) il y a successio. "quando succedit in jus mortui". Dans ces passages, et dans quelques autres, les compilateurs n'ont pas pensé à ajouter le mot in universum.

En outre, une nouvelle preuve de cette interpolation vient de ce que dans d'innombrables textes du Digeste il est parlé de successio au cas de transfert de biens à titre universel, avec ou sans la condition des compilateurs, du mot in universum. Mais il n'y a que très peu de textes qui parlent de successio, lorsqu'il s'agit d'une transmission à titre particulier, vente ou donation, et tous ces textes parlent de successio dans des cas qui peuvent être soupçonnés d'interpolation.

En définitive, si nous écartons le mot universum et la construction des Byzantins, qui l'avaient introduit dans le texte, il en résulte que pour les jurisconsultes classiques l'hereditas c'est la successio in jus defuncti; la successio in jus ou simplement la successio. Et ce qui est exprimé ici, ce n'est pas un sens patrimonial d'acquisition d'un bien, d'acquisition d'un droit, dérivant d'un précédent titulaire, mais ce qui est plus exactement exprimé, c'est la succession dans l'état du prédécesseur, la succession dans sa situation juridique. Le terme de succession implique ici, et nécessairement, un sens général et universel, sans qu'il soit nécessaire d'y ajouter un autre qualificatif, puisqu'il s'agit de succéder à une personne, de prendre sa place, et par une conséquence indirecte d'acquiescer tous ses droits, d'acquiescer tous ses biens, en même temps que d'être chargé de toutes les responsabilités et de toutes les charges qui découlent de ce nouvel état.

L'hereditas est la succession dans la situation juridique du prédécesseur.

§ 2- Les successions entre vifs.

Cette conception de l'*hereditas* peut être confirmée et en même temps rendue plus claire par la comparaison avec les autres successions connues du droit romain, par la comparaison avec des institutions de même nature que l'hérédité et portant le même nom.

Les créations d'hérédité du droit nouveau ne doivent pas être comparées avec l'ancienne *hereditas*.

Ces successions qui nous sont indiquées par les jurisconsultes sont divisées en deux groupes : il y en a un qui comprend des institutions du droit récent, du droit prétorien et du droit impérial. Ces institutions ont eu très certainement comme modèle l'hérédité. Etant plus récentes, étant dérivées de l'*hereditas*, elles ne présentent que peu d'utilité pour la comparaison historique que nous voulons établir ici. Ce sont : 1°- les bonorum possessiones. Nous verrons que le préteur développe le droit successoral rendu insuffisant par la transformation des mœurs et crée de nouvelles catégories d'héritiers, soit pour compléter, soit pour contredire le vieux droit civil. Il transpose dans le droit prétorien les règles du droit civil. 2°- la venditio bonorum également du droit prétorien, remplaçant l'héritier, qui n'existe pas, par un acheteur de tout le patrimoine, en fait un successeur. 3°- l'hérédité fideicommissaire, créée par le *senatusconsulte* Trébellien, qui crée les fideicommiss d'hérédité. 4) La succession du fisco introduite par la loi Julia au début de l'Empire et développée par le droit impérial.

Ces créations d'hérédité du droit nouveau ne peuvent servir de point de comparaison, tandis que tout un autre groupe de successions entre vifs doit être rapproché de l'hérédité. Comme l'hérédité, ce sont des institutions du droit très ancien, du droit primitif romain, et ce rapprochement a été fait par les jurisconsultes romains eux-mêmes, qui nous ont signalé leur caractère immémorial. Après avoir parlé, en effet des bonorum possessiones et de la bonorum venditio, Gaius ajoute (3.82) "Sunt autem etiam successiones alterius generis quae, neque lege XII Tabularum, neque praetoris edicto, sed eo jure quod consensu receptum est introductae sunt". Il y a aussi des successions d'un autre genre, qui n'ont pas été introduites, ni par la loi des XII Tables, ni par l'édit du préteur, mais par ce droit qui a été établi par le consentement tacite". C'est la coutume, et le jurisconsulte signale en même temps par là son caractère ancien, son

caractère primitif, puisqu'il est plus ancien que les XII Tables.

Les successions sont :

1°- L'adrogation, par laquelle un père de famille adopte un autre père de famille romain. L'adrogeant succédit *in jus*, succède dans le droit de l'adrogé, et grâce à cette succession il acquiert la puissance paternelle sur les enfants de l'adrogé, la puissance dominicale sur les esclaves et le *dominium* sur les biens.

2°- La conventio in manum. Lorsqu'un Romain épouse une femme dans le mariage cum manu, les droits qu'avait la femme passent au mari, par suite de la *manus*, de l'acquisition de l'autorité maritale. Il ne peut être question pour elle de puissance paternelle, mais la puissance qu'elle avait sur ses esclaves, le *dominium* qu'elle avait sur ses biens, passent au mari qui succède *in jus* aux droits de sa femme.

3°- Enfin le troisième cas de succession entre vifs, c'est la réduction en servitude d'une personne *sui juris*, c'est le cas par exemple de la révocation en servitude pour ingratitude d'un affranchi, d'un esclave, qui avait été rendu libre, ou bien depuis le *senatusconsulte Claudien*, c'est le cas d'un homme libre qui se laisse vendre comme esclave pour partager le prix de la vente avec son compère.

Dans ces trois cas le patrimoine est acquis par l'adrogeant, par le mari et par le maître, sans qu'il y ait lieu pour lui de faire un acte spécial d'acquisition, de même que l'héritier acquiert le patrimoine du mort, tous ses biens, sans avoir besoin d'employer des modes particuliers d'acquisition. Mais cette acquisition dans la succession entre vifs a son origine certaine dans l'acquisition d'une puissance familiale : l'adrogeant acquiert la patria potestas sur la personne de l'adrogé, le mari acquiert la *manus* sur la femme, et le maître la dominica potestas sur l'esclave. C'est parce qu'ils acquièrent ce titre, parce qu'ils succèdent *in jus*, qu'ils acquièrent comme conséquence l'ensemble des biens. Le passage de tous les droits sur leur tête est la conséquence juridique inévitable de la puissance qu'ils acquièrent, acquisition inévitable et nécessaire, et qui ne peut pas être faite sous condition. De même nous le verrons, c'est parce que l'héritier acquiert le titre d'héritier qu'il acquiert les biens du défunt.

Il n'entre pas dans notre sujet d'étudier davantage les différents effets de l'adrogation de la manus et de la capitis diminutio dans le transfert des biens, de suivre le parallélisme de ces institutions avec l'*hereditas*. Il nous faut cependant signaler une

Dans l'adrogatio et dans la manus l'adrogeant et le mari ne sont pas tenus des dettes.

différence essentielle, car elle a été objectée contre le rapprochement que nous faisons ici. En recueillant les biens, l'héritier est en même temps chargé des dettes du défunt. C'est une règle tout à fait ancienne, on peut dire une règle primitive, de l'hérédité. La transmission du patrimoine se fait activement et passivement. Au contraire, nous dit Gaius, (3.84) dans l'adrogation et dans la manus l'adrogeant et le mari, tout en recueillant les biens de l'adrogé et de la femme, ne sont pas tenus de leurs dettes. Cette différence essentielle pourrait faire considérer comme non fondée la comparaison des successions entre vifs et de l'hérédité. Bonfante a réfuté l'objection et a montré comment l'extinction des dettes ne résultait pas des principes de la succession, mais était une conséquence de la potestas. En effet, les dettes s'éteignent d'abord dans la personne de l'esclave et de la femme in manu, parce que, encore à l'époque classique, l'esclave et la femme in manu sont incapables de s'obliger. La capitis diminutio pour l'esclave et pour la femme, leur enlevant leur capacité juridique, éteint leurs dettes. Pour le fils de famille en droit classique, il est capable de s'obliger par ses dettes; s'il ne peut pas conserver sur sa tête les biens qu'il acquiert, ses dettes en principe l'obligent personnellement. Mais Bonfante a montré comment dans le droit ancien la règle générale d'incapacité de l'individu en puissance était en vigueur aussi pour le fils de famille, et il a montré comment elle est restée exceptionnellement valable dans l'institution archaïque de l'adrogation après avoir disparu ailleurs.

Ceci est une conséquence de l'incapacité de l'individu en puissance.

D'autre part, si les personnes en puissance ne peuvent conserver le fardeau de leurs dettes, le père de son côté ne doit pas, de par les règles de la potestas, en être chargé. Dans la famille romaine, en effet, le père de famille n'est pas tenu des obligations contractées par ceux qui lui sont soumis. En ce qui concerne les obligations nées de contrats, il n'en est pas tenu; en ce qui concerne les obligations nées de délits, il est soumis à l'action noxale, par laquelle il doit, ou payer, ou faire l'abandon noxal de l'auteur du délit, qu'il a sous sa puissance. Gaius applique expressément ces principes au cas qui nous occupe, à l'obligation née de délits dans la personne de celui qui se donne en adrogation. (Gaius. 4. 77) "Nam si paterfamilias noxam commiserit et is se in adrogationem tibi dederit, aut servus tuus esse coeperit incipit tecum noxalis actio esse quae antea directa fuit". Si un père de famille a commis un délit et se donne à toi en adrogation, ou devient ton esclave, l'action

qui auparavant était directe contre l'adrogé devient contre toi noxale. Ces règles expliquent la différence qui existe ici entre l'hereditas et les successions entre vifs. Car ce n'est pas par suite d'une incapacité survenant que la puissance du père de famille passe à son héritier.

Essai de
remédier à
l'intransmis-
sibilité en
donnant con-
tre le père
l'action de
peculio.

Le droit classique emploie différents subterfuges pour tourner cette règle gênante du droit ancien et rétablir des règles qu'il considère comme conformes à l'équité, en ne permettant pas que l'on puisse recueillir des biens, les biens de l'adrogé ou de la femme, sans payer ses dettes. Les moyens employés montrent bien quelle est la nature de la règle ancienne : les moyens employés montrent qu'elle était considérée comme une conséquence de la potestas du père de famille, et non pas comme une conséquence de la succession. En effet, la jurisprudence invente un premier remède pour permettre de donner contre le père de famille de l'adrogé l'action du contrat, mais elle la donne de peculio. Considérant le patrimoine de l'adrogé venu en la possession du père comme un pécule, elle considère que comme tel le père de famille sera engagé dans la limite du pécule. Digeste 15.1.42. Ulpien; "In adrogatorem de peculio actionem dandam quidam recte putant, quamvis Sabinus et Gaius ex ante gesto de peculio actionem non esse dandam existimant". Contre l'adrogeant quelques-uns pensent qu'on doit donner l'action de peculio, quoique Sabinus et Gaius pensent que pour un fait antérieur on ne peut donner cette action. Vous voyez ici la discussion et en même temps la façon, dont la jurisprudence a introduit cette règle. Quelques jurisconsultes novateurs ont pensé pouvoir trouver dans la théorie du pécule la possibilité de forcer le père de famille à ne recueillir les biens de l'adrogé qu'après avoir payé ses dettes. Ils considèrent que l'on peut envisager le patrimoine tombé entre les mains du père comme un pécule. A cette théorie nouvelle, quelques jurisconsultes plus conservateurs, notamment Sabinus et Gaius, objectent cependant que pour un acte qui a été fait avant que le père de famille n'ait acquis la puissance, on ne devrait pas parler d'action de peculio car il n'y avait pas en réalité de pécule. Malgré cette objection, la théorie des premiers a triomphé, parce qu'elle fournissait une solution d'équité.

In integrum
restitutio
accordée par
le préteur.

Le préteur trouve un second moyen. Le préteur accorde une in integrum restitutio : C'est ce que nous indique Gaius. Pour la capitis deminutio minima, c'est-à-dire l'adrogation et la manus, on accordera l'ancienne action du contrat, rescissa capitis deminutione. Gaius 3.84. "Praeterea aliquando fingimus adversarium nostrum capite deminutum non esse velut mulier".

L'hereditas
comme les
successions
entre vifs
est l'acquisi-
tion d'une
puissance.

per coemptionem, masculus per adrogationem". En outre quelquefois nous établissons la fiction que notre adversaire n'a pas subi la capitis deminutio, par exemple la femme dans la coemptio et l'homme dans l'adrogatio. Ainsi, dans l'un comme dans l'autre de ces cas, les expédients inventés par les jurisconsultes ou par le prêteur montrent bien que l'obstacle est la puissance, et non pas la notion même de succession. Mais cela montre aussi que la succession inter vivos, est une institution très ancienne qui a son fondement dans la structure de l'ancienne société et avant tout dans la structure de la famille. Le rapprochement qui est fait par les jurisconsultes Romains entre ces successions entre vifs et l'hereditas nous autorisent à penser, par une preuve de plus, que l'hereditas, comme les successions entre vifs, représente avant tout l'acquisition d'un titre familial, l'acquisition d'une puissance sur la famille et que la dévolution des biens n'en est que la conséquence. Primitivement, tout au moins, la notion essentielle, la notion primordiale de la succession se trouve dans le titre d'héritier donné au successeur. A ce titre, dans le droit classique, la puissance familiale n'est plus attachée. Le testament en effet, qui nomme un héritier, ne lui donne plus en même temps que le titre, la puissance du père de famille. La succession classique est devenue un mode de dévolution des biens, de succession du patrimoine. Avec la désagrégation de la famille primitive, la transmission du pouvoir familial qui était le but même de l'hérédité, n'a plus lieu et l'hérédité doit s'adapter à ses nouvelles fonctions. Cette adaptation se fait à l'aide d'expédients, de dérogations multiples, mais jusqu'à Justinien les principes originaires restent debout, quoique mal adaptés, quoique inutiles ou inopportuns. Ces principes ne trouvent leur explication, ne trouvent leur valeur que si on les replace dans l'état social primitif, qui leur a donné naissance. Nous allons les étudier dans le chapitre suivant.

Chapitre II.

NOTIONS FONDAMENTALES DE L'HEREDITE.

L'hereditas est l'acquisition du titre d'héritier.

L'hereditas, d'après les quelques explications du chapitre précédent, apparaît aux Romains comme l'acquisition d'un titre personnel, le titre d'héritier, qui est la cause et la condition de la succession dans les droits et dans les obligations du défunt. De nombreuses études de Bonfante ont éclairé la fonction originaire de l'hérédité. Elle a été d'abord d'après lui la succession dans la souveraineté domestique. Le chef de famille, le souverain du groupe, désigne avant de mourir celui qui doit lui succéder, et prendre à son tour la potestas sur le groupe. L'acquisition du patrimoine est une des conséquences de ce titre ainsi acquis. Que ce soit là la conception primitive de l'hérédité, c'est une hypothèse, hypothèse invérifiable directement, puisque nos sources ne nous ont pas conservé de documents sur cet état primitif. Car le droit héréditaire, que nous connaissons est un droit modifié, transformé, dans lequel ne subsiste plus que la fonction patrimoniale de l'hérédité. Le but en effet de l'hérédité, dans le droit classique, c'est la transmission des biens, la puissance dans la famille s'en est détachée et suit des règles indépendantes, quoique voisines. Mais cette hypothèse est une hypothèse scientifique, parce qu'elle permet de donner un sens aux règles fondamentales de l'hérédité du droit classique, elle permet d'en expliquer les singularités, les contradictions et de se rendre compte des raisons pour lesquelles ces notions sont mal adaptées à leur nouvelle fonction. Toutefois, si nous admettons dans son ensemble la conception de Bonfante, nous ferons remarquer qu'elle ne suffira pas à elle seule à expliquer tout le droit héréditaire. La transmission primitive de la souveraineté familiale est le caractère le plus frappant de l'hérédité, celui qui explique le mieux la plupart des principes directeurs. Mais l'hérédité est une institution plus complexe, qui n'a pas une origine unique. L'autorité du chef de famille en est la base comme elle est la base de la famille. Néanmoins, à côté de cette autorité d'abord, il s'est principalement agi ensuite dans l'hereditas de la transmission d'un patrimoine, par suite l'organisation de la propriété et ses transformations, ont eu une influ-

Influence
du régime de
la propriété
sur les
successions.

ence considérable sur la matière des successions, influence qui s'est exercée parfois en contradiction avec les règles de la puissance. Nous verrons, en effet, que si les Romains ont toujours connu la propriété individuelle, elle était à l'origine restreinte à certains objets, notamment aux objets mobiliers. Les objets mobiliers étaient la propriété individuelle du chef de la famille, et peut-être a-t-il toujours voulu et pu les transmettre, les donner à d'autres personnes qu'à celui qui doit recueillir son autorité. Peut-être aussi dans le groupe primitif y a-t-il d'autres personnes que le chef unique ayant droit à posséder, à titre individuel, ces objets particuliers, et par conséquent pouvant les transmettre, sans avoir la puissance à transmettre. Voilà une première cause de dualité d'origine dans le testament pouvant servir de commencement d'explication à la présence dans le droit primitif du testament calatis comitiis, du vrai testament du chef et de la nancipation, mode de transmettre un patrimoine.

Mais d'autre part, à côté de la propriété individuelle, il y a des traces non équivoques qui nous font penser que le droit primitif connaissait avant tout la propriété collective pour les immeubles. La terre qui servait à l'entretien du groupe, la ressource principale lui permettant de vivre, paraît avoir été à l'origine, non pas propriété individuelle, mais propriété collective du groupe. Tant qu'il en a été ainsi, il n'y a pas de contradiction avec le testament désignant le chef, puisque à la mort du précédent chef la terre ne se divise pas, elle reste sous son autorité à l'ensemble du groupe. Mais à l'époque où, même le fond de terre devient propriété individuelle, à la mort du propriétaire, ses biens passent à titre de propriété individuelle à ses héritiers. La possibilité de transmettre des biens, le partage des biens entre les cohéritiers, tels sont les deux principes qui fondent la propriété individuelle. Or les règles de cette transmission viennent, nous le verrons, de la copropriété familiale originelle. Le droit classique le dit expressément. Les héritiers, et ici ce sont les héritiers ab intestat, recueillent l'héritage à titre de copropriétaires. D'où conflit entre la succession souveraine, réglée par le pouvoir absolu du chef, et le partage de copropriété basée sur l'ancienne règle coutumière de la propriété collective. D'où contradiction dans l'amalgame qui a été fait, et qui constitue le droit héréditaire classique.

Comment a été fait cet amalgame ? C'est ce que nous allons voir maintenant en passant en revue

les principaux fondements de l'hérédité.

Prédominance
de la succes-
sion ab in-
testat.

1° - Le premier qui domine tous les autres est la prédominance de la succession ab intestat. C'est la singularité la plus forte du droit romain, qui le différencie des autres droits primitifs des peuples de même origine, des peuples du groupe indo-européen. Ni le droit hindou, ni le droit grec, ni le droit germanique, ne connaissent le testament. Tandis, qu'au contraire, à Rome, non seulement le testament est connu, mais même l'héritier testamentaire prime le successeur désigné par la loi. Cette règle se manifeste d'abord dans le nom qui est donné aux héritiers. Les successeurs désignés par la loi, que nous appelons successeurs légitimes, sont appelés par les Romains héritiers ab intestat, héritiers à défaut du testament. Cette règle du droit classique n'est qu'un reflet des mœurs. Nous savons par des exemples innombrables que c'était une obligation morale impérieuse, s'imposant au père de famille, de faire son testament: mourir ab intestat était l'équivalent pour les Romains de mourir deshonoré. Plaute, dans le *Curculio*, acte V, scène 2, vers 24, dit: "Jupiter te male perdat intestatus vivo". Que Jupiter te perde, puisses-tu mourir intestat! Par conséquent, le père de famille ne faisait pas son testament comme dans notre droit moderne, quand il n'avait pas d'héritier légitime, ou quand pour des raisons particulières et formelles il voulait changer l'ordre légal de dévolution, avantager un héritier au détriment d'un autre, mais il faisait son testament pour remplir une obligation morale. D'habitude, il instituait héritiers ceux mêmes à qui la loi donnait ce titre, et il les instituait héritiers de la façon même que la loi le faisait. En effet, ni dans le droit, ni dans les mœurs, nous ne voyons apparaître ce qui est le fondement d'autres droits comme le droit germanique, ni le droit d'aînesse, par lequel un père de famille avantage son fils aîné et lui donne la plus grosse partie de ses biens, ni le privilège de masculinité, par lequel un père écarte de sa succession les filles au profit de ses fils. Il s'agit simplement lorsqu'un père de famille romain fait son testament d'accomplir le dernier acte de la puissance paternelle, acte que les mœurs l'obligent moralement à accomplir. Cette conception est très ancienne. Il n'y a aucune raison de croire qu'elle n'était pas primitive. Elle est déjà exprimée par les XII Tables. "Si intestato moritur, cui suus haeres escit, agnatus proximus familiam habeto". Si quelqu'un meurt intestat, s'il n'a pas d'héritier sien, l'agnat le plus proche aura le patrimoine. Cette règle est sans doute plus ancienne que les XII Tables.

le testament
exercice de
la puissance
paternelle.

Voir Goldman Zeit-Savig. Stift. 5I, 193I. Das Alter de römischen Testament. D'après cet auteur, le mot de testament vient de la langue osque, d'un vieux mot osque "Tristamentud". Le mot prouve que le testament remonte à une époque préromaine, plus ancienne que la cité romaine. Aucune trace dans le droit ne nous montrerait que cette prédominance n'a pas toujours existé. Dans le testament le père désigne librement son héritier. Même en face d'haeredes sui, de descendants, il a le droit de désigner qui il veut, il est seulement obligé d'exhérer ses fils, s'il ne veut pas les comprendre dans son testament. Ainsi, aucune raison de texte ne nous permet d'admettre l'opinion, qui est encore dominante dans les auteurs, sur la fonction primitive du testament. D'après la plupart des auteurs, dans le droit primitif le testament n'aurait qu'une fonction accessoire: désigner un héritier à défaut de descendants. Cette opinion vient de ce que dans les idées régnaient, la copropriété familiale est la base de la dévolution héréditaire, et par conséquent les auteurs, influencés d'ailleurs par des idées modernes, répugnent à admettre que des copropriétaires, tels que sont les descendants, aient pu être dépouillés par le père dans son testament. Mais pour admettre cette opinion, il faudrait supposer une évolution peu vraisemblable, d'après laquelle le testament, après avoir rempli un but secondaire, pour lequel d'ailleurs nous n'avons aucun appui dans les textes, aurait à une époque que l'on ne peut déterminer, acquis une liberté complète. De même, aucun texte ne nous permet d'apercevoir que le droit de faire héritier, qu'a le père, aurait été réduit comme le pense Monsieur Lévy-Bruhl, à la désignation parmi ses héritiers-siens, parmi ses descendants, de celui à qui il veut spécialement donner son patrimoine. Ici encore, l'absence de droit d'aînesse, l'absence de privilège de masculinité, dans le droit romain ne nous permet pas d'admettre cette opinion. Mais nous verrons comment peut-être la conciliation entre la liberté du testament conçu comme étant originaire et le droit des héritiers-siens à recueillir des biens qui sont leur copropriété peut très bien être faite par une hypothèse différente, et sur l'origine du testament, et sur la succession ab intestat.

2° - Institution d'héritier.

Le testament de l'époque classique a pour but un transfert de biens, mais ce transfert de biens se fait d'une façon indirecte et dépend de l'acquisition du titre d'héritier. L'institution d'héritier est la

Le testament ne semble pas avoir eu primitivement une fonction accessoire.

L'institution d'héritier est le début et le fondement de tout testament.

partie la plus importante du testament et le commencement nécessaire de tout testament. Gaius II.229. "Caput et fundamentum totius testamenti heredis institutio". L'institution d'héritier est le début et le fondement de tout testament. L'institution d'héritier doit être faite à l'aide de paroles solennelles fixées par la coutume. Gaius II.117. "Solemnis autem institutio haec Titius heres esto". La formule primitive est donc un commandement direct et comporte des paroles de commandement. Plus tard, on a admis des atténuations avec des difficultés qui marquent l'importance attachée aux paroles. Gaius. II.117, continue: "Sed illa jam comprobata videtur Titium heredem esse jubeo. At illa non est comprobata Titium haeredem esse volo, sed et illae a plerisque improbatae sunt Titium heredem instituo, heredem facio". Mais celle-ci paraît approuvée depuis longtemps: j'ordonne que Titius soit héritier. Celle-là au contraire n'est pas approuvée: je veux que Titius soit héritier, et celles-ci sont désapprouvées par la plupart: j'institue Titius héritier, je le fais héritier. L'institution d'héritier va se trouver, en outre, en tête du testament, avant toute autre disposition patrimoniale. Faute de débiter par des paroles solennelles, le testament est nul. Gaius II.229. "Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt". 230. "Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari potest". 231. "Nostri praeceptores nec tutorem eo loco dari posse existimant. Sed Labeo et Proculus tutorem posse dari, quod nihil hereditate erogatur tutoris datio". Un legs fait avant l'institution d'héritier est nul, parce que les testaments prennent leur force dans l'institution d'héritier. Pour une raison semblable, la liberté ne peut pas être donnée avant l'institution d'héritier. Et nos anciens pensent que même un tuteur ne peut pas être donné avant. Mais Labéon et Proculus pensent que le tuteur peut être donné ainsi, parce que la nomination d'un tuteur n'enlève rien à l'hérédité. Ainsi dans ce texte, Gaius pose la règle, par laquelle, lorsqu'une disposition est prise dans le testament avant l'institution d'héritier, le testament est nul, soit qu'il y soit fait des legs, ou des affranchissements, ou des nominations de tuteur. A cette règle rigoureuse, Labéon et Proculus admettent un adoucissement en ce qui concerne le tuteur. Il est intéressant de noter que c'est par suite d'une conception patrimoniale du testament que ces deux jurisconsultes admettent la possibilité de faire une *datio tutoris*, en disant que celle-ci n'a aucun retentissement sur les biens, qu'elle n'enlève rien à l'hérédité, comme le ferait un legs

un affranchissement, un legs, une nomination de tuteur ne peuvent qu'être postérieurs à l'institution d'héritier.

ou un affranchissement.

Sous l'Empire, les Romains abandonnent la forme impérative qui ne s'explique que par la notion d'hérédité souveraine.

Les Romains se sont affranchis complètement de la forme directe et impérative sous l'Empire. A l'époque de Constance, en 339, une constitution, qui se trouve au code 6.23.15 dit: "Quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas", parce que c'est une chose indigne d'annuler un testament à cause d'une règle vide de sens. L'empereur Constance ne comprenait plus la règle ancienne, il indique, à juste titre, que dans un testament, à caractère uniquement patrimonial, cette institution d'héritier est une règle vide de sens.

L'attachement au formalisme ne suffit pas à expliquer cette exigence, l'institution d'héritier a un caractère plus fort, ce n'est pas une règle de forme, mais une règle substantielle de l'hereditas, puisque, comme nous disent les juriconsultes, c'est elle qui donne sa vigueur au testament, c'est elle qui est la tête et le fondement du testament. Si cette règle n'avait pour but que d'opérer une transmission de biens, elle nous apparaîtrait comme à l'Empereur Constance, une règle vide de sens. Si la règle avait été inventée pour sa fonction classique, elle n'aurait pas pris ce caractère, mais elle reprend toute sa valeur avec la notion d'hérédité souveraine. Ce n'était pas un titre vide de sens, quand elle indiquait le passage de la souveraineté familiale, quand elle fait de l'heres le successeur dans le gouvernement de la famille. L'acquisition du patrimoine est une conséquence accessoire de l'acquisition du pouvoir. Ainsi s'explique la nécessité de l'heredis institutio, sa grande importance, et la raison pour laquelle elle devait être en tête du testament. Faute de cette désignation, le testament ne pouvait être que nul, parce que, elle manquant, le testament est privé de son contenu fondamental. Suivant la logique de la transformation qui s'est produite, le testament moderne ne comporte plus cette institution d'héritier.

Le titre d'héritier peut être un titre sans émoluments.

3° - Le titre d'héritier est si peu lié dans son essence au caractère patrimonial de l'hérédité, à la transmission des biens, qu'il peut être un titre nu, un titre sans émoluments. Gaius II.224. "Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quidquam heredi relinquere, praeterquam inane nomen heredis". Mais autrefois, il était permis de distribuer par des legs et des affranchissements tout le patrimoine et de ne laisser à l'héritier rien de plus que le titre nu d'héritier. Assurément, cela ne veut pas dire que le titre d'héritier et les biens sont en fait indépendants, et qu'il était d'usage au-

trefois de désigner, d'une part l'héritier, et d'autre part de léguer les biens à d'autres personnes. Indépendamment d'autres empêchements, cette conséquence extrême du principe devait être pratiquement arrêtée par la possibilité pour l'héritier de refuser une succession, à laquelle il n'avait plus d'intérêt. Le testateur aurait été arrêté dans son intention, si même il avait pu avoir cette intention, par la crainte que l'héritier refuse et que sa succession tombe en deshérence. Mais si l'hypothèse ne paraît pas pratique, il n'en est pas moins extrêmement important qu'elle ait été envisagée par Gaius. Car cette hypothèse nous apporte la preuve qu'au moins théoriquement la nécessité de l'institution d'héritier n'a pas, de par son essence, un but patrimonial, puisqu'au moins théoriquement la désignation d'un héritier est indépendante de la dévolution des biens.

Il est inaliénable et intransmissible aux héritiers de l'appelé.

4° - Le titre d'héritier est inaliénable et intransmissible aux héritiers de l'appelé. Inaliénable: l'héritier en effet ne peut céder, vendre, ni donner son titre. S'il s'agissait d'un titre purement patrimonial, il n'y a pas de raison pour qu'il ne puisse être cédé comme tout droit patrimonial. Au contraire, s'il signifie l'acquisition d'une souveraineté familiale, ce titre de nature politique, n'entre pas dans le droit des biens et ne peut être par conséquent cédé. Le titre d'héritier est intransmissible. Si l'héritier appelé meurt avant d'avoir accepté la succession, son titre d'héritier ne passe pas à ses propres héritiers, le titre passe aux autres héritiers du premier défunt. Dans notre droit moderne, où ce titre est devenu purement patrimonial, il est traité comme tous les autres droits pécuniaires et il passe aux héritiers de l'héritier.

Vocation générale de l'héritier à recevoir l'ensemble du patrimoine.

5° - Celui qui a le titre d'héritier a une vocation générale à recueillir l'ensemble du patrimoine. Son droit n'est pas et ne peut pas être spécialisé sur certains biens. Cette vocation générale se manifeste de plusieurs manières. S'il y a plusieurs héritiers institués ensemble, chacun pour une quote-part du patrimoine, et si l'un d'eux pour une raison quelconque ne peut pas prendre sa part, soit qu'il meure avant d'avoir accepté, soit qu'il refuse la succession, sa part revient aux autres héritiers institués. De sorte que finalement toute l'hérédité est partagée entre les héritiers restants.

Cette vocation générale se manifeste encore en ce que l'héritier ne peut accepter pour partie. Qui accepte, accepte le titre, par conséquent accepte le tout. La vocation héréditaire dans ses termes généraux est indéterminée. Cette vocation se manifeste enfin en ce que

le testateur ne peut instituer un héritier ex certa re, pour un bien déterminé. Par exemple, disent les textes, un testateur ne peut instituer un héritier pour le fonds Cornélien. Les jurisconsultes classiques décident que par faveur pour le testament, pour empêcher l'institution d'être nulle, on supprimera la mention de la certa res, du fonds Cornélien, et l'institution vaudra comme une institution pure et simple. Digeste, 18.5.1. § 4. Ulpien. "Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio, detracta fundi mentione", Si quelqu'un a été institué seulement pour un fonds déterminé, l'institution vaudra, la mention du fonds ayant été enlevée.

On dit d'habitude que cette règle joue par faveur pour le testament, et par interprétation de la volonté du testateur, entendue dans le sens le plus large, d'après lequel il veut que son testament soit valable. A la vérité, c'est bien en faveur du testament, pour qu'il soit valable, que les jurisconsultes l'interprètent de cette façon. Mais on ne peut pas dire que l'on respecte la volonté du testateur. Car s'il l'a institué ex certa re, sa volonté était justement de restreindre l'héritier aux biens particuliers qu'il lui désigne et non pas de lui donner l'ensemble de la succession. Mais cette volonté était impossible dans cette forme. Il aurait pu nommer un héritier et faire un legs à la personne qu'il voulait gratifier, mais il ne peut, tout en donnant le titre, en restreindre les applications. Cette difficulté, la solution imparfaite, que lui ont donnée les jurisconsultes montre bien que l'institution que les Romains appelaient le "caput et fundamentum totius testamenti" était mal adaptée à son but patrimonial et que l'institution d'héritier n'a pas été inventée pour permettre le transfert des biens.

Impossibilité de la coexistence de deux testaments

6° - Deux testaments ne peuvent coexister. Un testament postérieur annule complètement et pour le tout le testament antérieur; même si le testateur n'avait pas l'intention de révoquer le premier testament même si les dispositions du nouveau sont compatibles avec l'ancien, la révocation n'en a pas moins lieu. Cette règle n'a de sens que dans la primitive fonction de l'hérédité, la désignation du successeur dans la souveraineté de la famille. La désignation d'un nouveau successeur après l'ancien n'est que la répétition de la première désignation, et par conséquent la seconde désignation annule la première et prend sa place.

Quand le testament n'a plus qu'une fonction patrimoniale, deux testaments peuvent être interprétés de façons différentes, et ne pas être incompatibles.

C'est alors les règles très différentes de notre droit moderne; le code civil décide que l'ancien testament reste en vigueur dans tous les cas où il n'est pas incompatible avec la disposition du nouveau. Le caractère patrimonial triomphe complètement dans notre droit moderne, et déjà à Rome ce caractère nouveau avait triomphé sous l'Empire dans le testament militaire. Dans le testament général, les empereurs avaient aperçu le caractère illogique et injuste du précepte; ils l'avaient réformé dans des cas particuliers, par exemple, Dig. 28.5.93, dans le cas où le testateur avait cru mort son premier héritier et en avait institué un second, en déclarant expressément qu'il le faisait parce qu'il croyait le premier mort. L'empereur décide que le premier héritier sera appelé en concurrence avec le second.

Dig. 28.5. 12. § I. "Si dans le testament postérieur le défunt avait déclaré maintenir le premier, le premier vaudra comme institution fidéicommissaire". Telle est la deuxième manière, par laquelle les empereurs ont prétendu sauver la validité des deux testaments et les appliquer dans les parties qui ne sont pas inconciliables.

Incompatibilité entre la succession testamentaire et la succession ab intestat.

7° - A cette incompatibilité entre successions testamentaires s'ajoute l'incompatibilité entre la succession testamentaire et la succession ab intestat. Ces deux sortes de succession ne peuvent coexister en droit romain. De deux choses l'une en effet, ou bien le défunt a fait son testament, et alors le sort de son patrimoine est réglé tout entier dans ce testament. Le testament crée la vocation héréditaire générale de l'héritier institué. Comme les legs ne peuvent être rendus possibles que par l'institution d'un héritier, le testateur peut alors, sous le couvert de l'institution générale d'héritier, léguer une partie de ses biens à d'autres personnes. Ou bien, il n'y a pas de testament, soit que le défunt n'en ait pas fait, soit qu'il ait fait un testament nul, soit que l'héritier refuse. Alors seulement s'ouvre la succession ab intestat. Mais comme la succession testamentaire prime l'autre, celle-ci ne peut s'ouvrir, tant que la succession testamentaire peut être encore acceptée. Dig. 29. 39. Ulpien. Livre 46. "Quamdiu potest ex testamento adire hereditas ab intestato non defertur". Aussi longtemps que l'on peut se porter héritier d'après le testament, l'hérédité ab intestat n'est pas déferée, ne s'ouvre pas. Cette règle est exprimée par l'adage célèbre: "Nemo partim testatus, partim intestatus, decedere potest".

Cette incompatibilité absolue entre les deux successions ne se conçoit bien, ne prend sa véri-

Cette règle ne s'explique que du point de vue de la succession romaine primitive.

table logique, que du point de vue de la succession souveraine primitive. En effet, on n'a jamais admis, et on ne peut l'admettre, que sont appelés au gouvernement d'un groupe politique, deux souverains créés en même temps et investis de la souveraineté de deux sources différentes. Si le testament est le mode de désigner le chef de famille, ce mode exclut nécessairement l'autre succession. Au contraire, s'il s'agit d'un point de vue purement patrimonial, cette règle ne s'impose pas avec la même rigueur. Elle a même paru choquante et les interprètes modernes l'ont appelée la grande énigme du droit successoral, car il est bien évident qu'elle ne peut résulter, comme a voulu le prétendre Jhering, de l'interprétation de la volonté du défunt. Au contraire, la plupart du temps, la volonté d'un testateur est de laisser à l'héritier testamentaire une partie de ses biens et de donner à l'héritier naturel le reste. C'est la conception du droit moderne qui, non seulement n'admet plus l'incompatibilité des deux successions, mais qui par un principe inverse n'admet même plus l'hérédité testamentaire, puisqu'elle ne laisse, à côté des héritiers naturels, que des légataires. C'est que le droit moderne a bien senti pour la dévolution des biens, l'inutilité de cette notion d'institution d'héritier, considérée par le droit romain comme le fondement de toute l'institution.

Elle n'existe plus aujourd'hui où il s'agit de partager des biens.

La règle "nemo partim testatus...etc,..." est déjà en droit classique romain complètement écartée pour les successions militaires. On considère la vraie volonté du défunt pour écarter par une série de simplifications les gênes du droit héréditaire normal. Elle est aussi partiellement abolie dans le droit général dans une série de cas exceptionnels, par exemple, il est accordé à l'héritier oublié dans le testament un droit d'accroissement, lorsqu'il s'agit d'un fils, s'il n'est pas exhéredé de façon formelle, le testament tout entier est considéré comme nul, mais s'il s'agit d'une fille ou d'un petit-fils, dont l'exhérédation est moins grave, les jurisconsultes décident que cet oubli n'aura pas pour effet de faire annuler complètement le testament, mais seulement de leur permettre de venir à la succession et de recevoir la partie; qu'ils auraient eue sans le testament, en concours avec les héritiers institués. Dans la querela testamenti inofficiosi, l'heres suus vient de nouveau, malgré le testament, prendre sa part à côté de l'héritier institué.

Ces exceptions ruinent le fondement de la règle et les jurisconsultes l'ont senti: Dig. 5.2.15. Papinien. "Credimus eum legitimum heredem esse factum

pro parte, et ideo pars hereditatis in testamento remansit, nec absurdum videtur pro parte intestatum videri". Nous pensons qu'il est fait héritier légitime pour partie, et comme une part de l'hérédité reste dans le testament, il ne paraît pas absurde de le considérer comme héritier ab intestat pour partie. Les jurisconsultes eux-mêmes ont senti que la règle ancienne n'avait plus de fondement dans la conception classique du testament, dans sa conception purement patrimoniale.

Incapacité pour le fils de famille de faire un testament.

8° - Le fils de famille ne peut pas faire de testament. C'est la conception originaire de la souveraineté du testament, qui est l'origine de cette règle. Ulpien, (Regulae. 20.10) la rattache à ce fait que le fils de famille n'a pas de biens: "filius familias testamentum facere non potest quoniam nihil suum habet ut testari de eo possit." Le fils de famille ne peut faire de testament parce qu'il n'a rien à lui sur quoi il pourrait tester. La raison de fait qui est ainsi donnée est fausse, comme le dit Scialoja (Diritto ereditario romano, p. 16). La raison de fait ne serait pas suffisante, car beaucoup de citoyens en fait peuvent être pauvres, n'avoir pas de biens, ils n'en ont pas moins la testamenti factio, le droit de faire un testament. C'est à cause de sa situation juridique de fils, subordonné à la potestas du père, que lui est enlevé ce droit, c'est qu'il n'a pas de potestas. Gaius D. 28.II6. "Qui in potestate parentis est testamenti faciendi jus non habet, adeo ut, quamvis pater ei permittit nihilo magis tamen jure testari non possit". Celui qui est sous la puissance de son père n'a pas le droit de faire un testament, à ce point que, quoique le père le permette, il ne peut cependant pas en droit tester. Cette impossibilité de tester, est donc une impossibilité juridique - c'est parce qu'il n'a pas de puissance qu'il ne peut faire l'acte dernier de la puissance et l'acte qui transmet cette puissance.

Les principes que nous avons étudiés jusqu'ici s'appliquent avant tout à la succession testamentaire. Comme celle-ci prime la succession ab intestat, il est logique, il est normal que les bases du droit successoral aient été fournies par le droit du testament. Mais ces règles ne sont pas spéciales à l'héritier testamentaire, elles sont générales et régissent, aussi bien la succession ab intestat, que la succession testamentaire. Cependant, comme il s'agit de deux domaines différents, la succession ab intestat a ses règles particulières, non seulement différentes, mais parfois même contradictoires avec celle de l'hérédité testamentaire.

Les règles de la succession ab intestat.

Le principe
de la copro-
priété fami-
liale primi-
tive.

Les héritiers-
siens.

Le fondement de la succession ab intestat est lui aussi, comme le fondement de la succession testamentaire, à rechercher dans l'histoire de la famille, et on doit le trouver, et c'est une idée de plus en plus répandue parmi les auteurs, dans la copropriété familiale primitive. C'est cette copropriété familiale qui explique le fonctionnement de l'hérédité, le nom de l'heres, de l'héritier, lorsqu'il est un descendant. Le descendant en effet, lorsqu'il est héritier, prend le nom de heres suus, héritier du sien. Le souvenir de la copropriété familiale, est extrêmement net chez les jurisconsultes classiques. Gaius II. 157. "Sed sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur". Les héritiers siens sont ainsi appelés, parce qu'ils sont les héritiers de la famille, les héritiers domestiques, et même du vivant de leur père, ils sont en quelque sorte considérés comme déjà, propriétaires. Quand le père meurt et que les biens se partagent entre les cohéritiers, c'est en quelque sorte à titre de copropriétaires, parce qu'ils recueillent un bien qui leur appartient déjà, que les descendants succèdent au père plutôt à titre de propriétaires qu'à titre d'héritiers. Dig. 28 2. 11. Paulus. Libro secundo ad Sabinum. "In heredibus suis evidentius apparet continuationem dominii eorum perducere ut nulla videtur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur, itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam administrationem consequuntur. Ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt". Dans les héritiers siens, la continuation de la propriété, d'une façon très évidente, paraît être poussée à ce point qu'il ne semble pas y avoir eu d'hérédité, comme s'ils étaient déjà propriétaires, ceux qui, du vivant de leur père, sont considérés en quelque sorte comme propriétaires. Aussi après la mort du père, ils ne sont pas censés recueillir une hérédité, mais plutôt ils acquièrent la libre administration des biens. C'est la raison pour laquelle ils ne sont pas héritiers institués, ils sont propriétaires. Vous remarquerez l'insistance avec laquelle Paul dit à deux reprises: "Il n'y a pas d'hérédité, ils ne sont pas héritiers, ils sont propriétaires". La première conséquence est que, tandis que l'héritier testamentaire doit accepter la succession et que tant qu'il n'a pas fait adition d'hérédité, il est étranger à la succession, tandis

Inutilité pour eux de l'addition d'hérédité.

que l'héritier sous n'a pas à faire cette addition, il est nécessairement, ipso jure, héritier. La manifestation de sa volonté ne doit formellement apparaître que lorsqu'il refuse la succession.

Mais ce droit si fort, que les classiques considèrent comme une copropriété, entre en conflit avec la règle fondamentale de l'hérédité romaine, avec la règle de prédominance du testament, par lequel le père de famille dispose librement de ses biens et peut choisir comme héritier qui il veut, et par conséquent écarter ses descendants.

Nécessité d'une exhérédation expresse pour être valable.

Ce conflit, cette antinomie, est réglé de façon incontestable par le droit ancien comme par le droit classique en faveur de la liberté du père, en faveur de son droit primordial de donner le titre d'héritier à qui il veut. Malgré la copropriété familiale, il faut, mais il suffit que par une déclaration formelle le père exhérède ses héritiers siens. La déclaration une fois faite, il lui est possible d'instituer héritier qui il veut. Paul, comme nous-mêmes, est frappé de cette antinomie. Il la justifie d'une manière assez singulière. Il dit: "Nec obstat quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat". Le fait qu'il peut les exhériter n'est pas une objection contre la copropriété familiale, car il pouvait les tuer. De cette façon un peu singulière, Paul indique la véritable raison pour laquelle le père de famille pouvait exhériter ses enfants. C'est la notion même de sa souveraineté absolue, de sa puissance, qui lui en donne le droit. Ce caractère souverain du droit du père de famille frappait les classiques, et il est pour eux comme pour nous concrétisé en quelque sorte dans son terme le plus extrême, et pour nous le plus choquant, dans le jus vitæ necisque, dans le droit de vie et de mort que le père de famille avait sur ses enfants. C'est l'expression la plus extrême de cette souveraineté. Mais en réalité il s'agit purement et simplement du caractère absolu de la souveraineté, qui lui donne le droit, même après sa mort, de deshériter ses enfants. Et la souveraineté du père de famille l'emporte sur la notion de copropriété.

L'accueil fait à la théorie de l'hérédité de Bonfante.

La conception de Bonfante, que je viens de vous exposer sur l'hérédité souveraine, est relativement nouvelle, par conséquent son succès, le retentissement qu'elle aura dans la science juridique générale ne peuvent être appréciés d'une façon définitive. Elle a remporté ses premiers succès surtout en Italie. Le dernier auteur qui traite du droit héréditaire, Solazzi, l'admet pleinement. Elle a trouvé au contraire des contradicteurs en Allemagne, Rabel, dans la Revue de Savigny, la contredit ou plutôt y fait des objec-

tions plutôt négatives que constructives. Wlassak dans l'ouvrage que j'ai cité, semble encore l'ignorer, ou plus exactement l'a laissée de côté. Ces auteurs préfèrent s'en tenir aux théories traditionnelles et rechercher l'origine de la succession dans la copropriété familiale; ils préfèrent porter l'accent, donner la première importance à cette notion. C'est l'attitude qui est prise par M. Fliniaux dans son cours, et de manière moins décisive par M. Giffard dans son Précis de Droit romain. Mais tous ces auteurs sont alors obligés de supposer que la liberté testamentaire n'est pas une notion originaire, que primitivement le père de famille ne pouvait faire de testament que s'il n'avait pas d'héritiers siens, que s'il n'avait pas de descendants. A défaut seulement de descendants s'ouvrait pour lui le droit de disposer de son patrimoine. Cette hypothèse nécessaire dans leur système me paraît être l'objection décisive contre lui, me paraît être le point crucial où il montre sa faiblesse. Dans cette notion, le testament primitif joue un rôle tout à fait secondaire et subordonné, car l'hypothèse qui est envisagée, qu'un paterfamilias puisse mourir sans descendant, est une hypothèse qui devait être très rare, dès qu'il ne s'agit pas d'un enfant en bas-âge, et contre laquelle toutes les règles et des mœurs et de la loi, se liguent pour l'écarter. La solidarité familiale, en effet, qui fait de la famille le groupement fondamental, assurant la vie et la protection de ses membres, a pour conséquence qu'un des plus grands malheurs que l'on puisse concevoir pour un Romain est de vivre sans famille. C'est une des plus grandes impossibilités. Mais il n'y a qu'un malheur plus grand, ce serait de mourir sans descendant. Toutes les idées religieuses se liguent pour pousser l'individu à éviter ce malheur, car il laisserait la religion des ancêtres et le culte qui lui est dû à lui-même abandonnés. Aussi, si l'on ne peut pas arriver naturellement à avoir une descendance par la procréation des enfants dans le mariage, on peut le faire légalement par l'adoption. L'adoption a dans le droit romain une importance considérable et une très grande fréquence, que son rôle effacé dans notre droit moderne ne nous permet même pas de concevoir. Ce n'était pas seulement à défaut d'enfants nés du mariage, que l'on pensait à en adopter, l'adoption était d'un usage si courant, d'un usage si fréquent, que même les familles ayant déjà des enfants pratiquaient l'adoption d'une façon, nous dirions, aussi fréquente que la filiation par la procréation naturelle. C'était en effet un usage des grandes familles romaines à l'époque classique répu-

Rôle secondaire primitif du testament dans la théorie classique.

Le rôle de l'adoption en droit romain.

blicaine d'échanger, continuellement, à chaque génération, leurs enfants par l'adoption. Il est courant par exemple que dans la gens Emilia, les enfants des Scipion soient donnés en adoption à Paul-Emile, et que, à l'inverse, les enfants de Paul-Emile soient adoptés par les Scipion.

La théorie du rôle secondaire primitif du testament, ne trouve aucun appui dans les textes.

Cette objection contre le rôle secondaire primitif du testament est encore renforcée en ce que ce rôle secondaire supposé n'a aucun appui dans les textes. Il n'y a aucun commencement de preuve, aucun témoignage, même indirect en sa faveur. Au contraire, tous les témoignages sont en faveur de l'ancienneté, de la prédominance du testament. Nous avons déjà vu que le mot "tristamentud" vient de la langue osque, et l'ancienneté du mot assigne donc à l'institution une origine préromaine. Nous avons vu aussi qu'à l'époque des XII Tables, le testament dominait déjà la succession ab intestat, et à l'époque classique le testament est en possession d'état. Il n'y a aucune trace qu'il y ait eu une transformation. Une transformation aussi radicale dans sa conception n'aurait pas manqué de laisser un souvenir. Enfin, une preuve que cette prédominance est bien originaire, c'est, nous venons de le voir, que les notions fondamentales de l'hereditas, supposent cette prédominance bien établie. L'hérédité ne s'est pas seulement accommodée, elle s'est faite autour de cette prédominance.

Il n'en reste pas moins, qu'il y a antinomie, contradiction, entre la base de la succession des heredes sui, la copropriété familiale, le droit préexistant de l'héritier et la prédominance du testament, même en faveur de l'heres suus et de son droit de copropriété.

Quel essai d'explication pourra-t-on donner à cette antinomie ? Je ferai remarquer que dans la conception même acceptée par tous ceux qui expliquent l'hereditas de l'heres suus, par la copropriété familiale, la succession n'est pas une institution primitive, c'est une institution qui suppose par hypothèse, un état antérieur, la copropriété où il n'y a pas de succession. Ce qui caractérise en effet la propriété collective, c'est que le titulaire ne peut ni l'aliéner, ni la partager. On passe au stade de la propriété individuelle, lorsque le droit reconnaît au propriétaire la faculté de transmettre son bien, soit entre vifs, à des acquéreurs, soit à cause de mort, à des successeurs. Sous le régime de la propriété collective, lorsque le membre d'un groupe meurt, fut-ce le chef, le régime de la propriété n'est pas changé, le groupe continue à vivre, comme auparavant, sur le bien, propriété collective. Dans ce régime il y a succession quant à l'autorité du chef,

Dans le régime de la copropriété primitive, il n'y a pas succession quant aux biens.

il n'y a pas succession quant aux biens, il n'y a pas de transmission des biens. Si l'on admet, par hypothèse, que la succession ab intestat dérive de la propriété collective, il faut admettre, pour qu'il y ait succession, qu'il y a des héritiers sui, et par conséquent que la propriété collective a été transformée en propriété privée, en propriété individuelle et que les héritiers prennent leur part des biens dans le bien qui appartient à leur père, et que l'influence, le souvenir du régime antérieur leur fait prendre leur part dans les biens paternels, non pas tellement à titre d'héritiers, mais plutôt à titre de copropriétaires.

Mais la succession ab intestat n'est pas un régime originaire, elle naît avec le changement dans l'organisation des biens. On voit pourquoi avec quelque vraisemblance le testament peut être considéré comme un régime plus ancien, comme le régime primitif, dans lequel est née l'institution héréditaire. Si le groupe ne se dissout pas à la mort du chef, si le groupe continue à vivre sur le bien commun sans le partager, il faut trouver un autre chef, et celui-là, ni la nature, ni la loi, ne le désignent, ni la nature, car le défunt laisse non pas un, mais des descendants, ni la loi, puisque en fait à Rome nous ne trouvons aucune trace de droit d'aînesse. C'est donc la volonté du chef, son testament, qui désigne le nouveau chef. Par cette désignation, il désigne celui qui acquiert l'autorité sur le groupe, et par voie de conséquence sur les biens appartenant à l'ensemble du groupe.

L'établissement de la propriété individuelle a pour résultat la dissolution du groupe. Il est même infiniment vraisemblable que le but, pour lequel a été créée cette propriété, fut d'arriver à la dissolution du groupe, dont la puissance était considérée par l'Etat, qui commençait à se développer, comme un danger. C'est alors qu'ont surgi, de par la loi et de par la nature, les droits des descendants, des héritiers siens, et accessoirement s'il n'y a pas de descendant, le droit des autres parents. C'est alors, alors seulement, qu'est né le conflit. Il est né avec la propriété individuelle. Il a été tranché en faveur de l'autorité consacrée par une possession d'état immémoriale. Le paterfamilias, au sens étroit du mot, le père de la famille composée des descendants a été le bénéficiaire de la disparition du chef du groupe plus étendu. Il en a recueilli tous les pouvoirs que la transformation sociale permettait de conserver, notamment le pouvoir de disposer des biens de famille, dont il est désormais

Le testament
est né avant
la succession
aux biens pour
désigner le
souverain
futur.

le propriétaire individuel.

Néanmoins ce nouvel état amène des transformations et retentit sur le droit antérieur du testament. Le plus grave changement est que celui-ci n'opère plus le transfert de l'autorité, de la souveraineté, mais le transfert des biens.

Unité de l'héritier dans le testament souverain.

Une autre conséquence est la possibilité, et même la nécessité de la pluralité des héritiers. Le testament souverain ne peut instituer de par son essence qu'un seul héritier. La propriété individuelle fait naître le droit d'instituer héritiers plusieurs personnes et non pas une seule. Une autre conséquence provenant de cette transformation; les femmes n'ont pas été écartées en fait, à aucun moment, de la succession aux biens. Elles ont eu dès le début du droit romain le droit de recueillir leur part dans la succession du père. Cette situation retentit sur le droit testamentaire et leur permet d'être instituées héritières dans le testament nouveau. Cet amalgame, c'est l'état des XII Tables. Là est consacrée la prédominance de l'héritier testamentaire sur l'autre, par la règle fameuse, que nous avons déjà citée: "Si intestato moritur"

Voyons maintenant dans le chapitre suivant si l'état social primitif de Rome ne nous permet pas de reconnaître une organisation familiale, dans laquelle des notions fondamentales que nous venons de développer paraissent l'organisation la plus vraisemblable de l'hérédité, d'après la structure même de la famille.

Chapitre III.

LA FAMILLE ET LA GENS DANS LA CITE ROMAINE PRIMITIVE.

Nous exposerons ici rapidement les principes sur lesquels repose l'organisation de la famille romaine, car c'est cette organisation qui conditionne et explique le droit héréditaire. Nous verrons comment cette organisation justifie et éclaire la thèse du chapitre précédent sur l'origine du droit héréditaire.

§ I - La famille.

Place du pater dans la famille primitive.

Le lien essentiel, la structure fondamentale de la famille, c'est l'autorité, c'est la potestas du père de famille. C'est cette autorité qui fait l'unité de la famille, qui crée les liens de parenté, c'est cette autorité beaucoup plus que la notion naturelle de liens du sang, la notion naturelle de procréation.

Le mot pater (voir Ernout, Dictionnaire Etymologique de la langue latine) n'indique pas une idée de génération, une idée de paternité physique. Cette pa-

ternité physique est indiquée par les mots "parens" et "genitor", mais cette dénomination a une valeur sociale et indique celui qui a l'autorité, qui a la puissance, qui a la charge de la protection de la famille. Aussi sera appelé paterfamilias, même un individu sans enfant, même un enfant mineur, car ce sera pour les Romains celui qui n'est pas soumis lui-même à une autorité, qui n'a pas au-dessus de lui une puissance familiale. Dig. 50.16.195 § 2. Ulpian. Livre 46 ad edictum. "Pater familias autem appellatur qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habet, non enim solam personam ejus, sed et jus demonstramus, denique et pupillum patrem familias appellamus, cum paterfamilias moritur". Est appelé père de famille celui qui, dans la maison, a la propriété. On l'appelle à bon droit ainsi, même s'il n'a pas d'enfant, car nous désignons de cette façon, non pas seulement sa personne, mais son droit, et enfin nous appelons aussi père de famille le pupille, lorsque son père de famille est mort.

C'est cette autorité qui crée les liens de parenté. Font partie de la famille tous les descendants quel que soit leur âge, leurs femmes quand elles sont mariées in manu. Mais font aussi partie de la famille au même titre, que les adoptés, parce que l'acte d'adoption les a placés sous l'autorité du père. L'adoption, un acte légal ou artificiel, qui crée la puissance, a un effet égal à la naissance. Par contre, ne font pas partie de la famille les femmes des enfants mariés sine manu, les émancipés et leurs descendants et les descendants par les filles. Tous ceux-là sont écartés de la famille pour la même raison, parce que le paterfamilias n'a pas sur eux la puissance. La femme sine manu n'est pas placée sous son autorité ; les descendants de fils sont placés sous l'autorité du paterfamilias, de la famille paternelle. Le sexe de leur mère a interrompu le lien de puissance entre l'auteur commun et eux-mêmes. Les émancipés et leurs descendants sont soustraits par l'émancipation à l'autorité du père.

Ce pouvoir du père est absolu sur ses descendants. L'autorité de l'Etat n'intervient pas dans l'intérieur de la famille et le père est à la fois le prêtre du culte domestique, le juge qui a tout pouvoir sur ses enfants, même le jus vitae necisque, et le propriétaire qui possède tous les biens de la famille.

Cette famille ainsi conçue, la famille du type patriarcal, est un groupe autonome, dont l'unité dépasse singulièrement l'unité de la famille moderne.

Le groupe que nous appelons famille, au sens étroit, dans notre droit, est un groupe de pur intérêt de droit privé, dont le but est d'élever et de nourrir les enfants en bas âge. L'autorité qui est donnée au père est une autorité précaire et de peu de durée, puisqu'elle cesse avec la majorité des enfants, avec le moment où ils peuvent eux-mêmes subvenir à leur entretien. Cette autorité, d'ailleurs, ne s'exerce que sous la surveillance et le contrôle de l'Etat. La famille patriarcale, au contraire, forme un groupe autonome, une monarchie, à caractère politique, car elle a la même souveraineté dans la famille que le pouvoir du roi dans la cité. Cette conception a été mise en relief par les auteurs modernes, en particulier par Bonfante (*Histoire du Droit Romain*, traduction française en 2 volumes, Sirey 1928). Ainsi organisée, la famille apparaît comme un groupe antérieur à l'Etat, à la cité, et la cité romaine paraît avoir été une fédération de familles, autour d'un chef unique, que les familles se sont donné dans un but de défense. Avant la constitution de la cité, c'est le groupe familial qui assure pour ses membres la fonction politique de la cité, son organisation économique, pour lui permettre de subsister, son organisation militaire pour lui permettre de se défendre. La famille est le groupe fermé, qui protège ses membres contre les voisins, contre les autres familles voisines, à l'époque où le mot de voisinage était synonyme d'ennemi.

Mais cette famille à l'époque historique est un groupe à durée limitée. A la mort de l'auteur commun, le groupe se dissout, et il se forme autant de familles nouvelles qu'il y a de descendants rendus sui juris par la mort du père de famille. Ce sont d'abord ses fils et, parmi ses petits-fils, ceux dont le père est mort. Dig. 50.16.195 § 2. "Et cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere, singuli enim patrum familiarum nomen subeunt." Lorsque le père de famille meurt, tous les individus qui lui étaient soumis commencent à avoir une famille, et chacun prend le nom de père de famille. Il est clair que cette dissolution périodique empêcherait cette famille au sens classique d'être réellement l'organe de défense et de protection en face des autres groupes hostiles ou simplement étrangers. On ne peut donc considérer la famille historique malgré le caractère absolu, le caractère souverain du pouvoir de son chef, que comme une survivance, un héritage d'un état antérieur, où le groupe familial était réellement souverain et indépendant, l'organe permanent et unique de la défense et de la protection de ses membres de ce groupe souverain, qui ne se dis-

Etendue de
la famille
patriarcale.

Sa durée li-
mitée.

solvait pas à la mort de son chef, qui formait un véritable état politique antérieur à la cité. Les auteurs modernes sont d'accord à peu près unanimement pour en admettre l'existence dans la préhistoire de Rome. Ce groupe, c'est ce que l'on appelle la "gens".

§ II - La gens.

Nous savons, en effet, que les familles agnatiques, que l'histoire classique de Rome nous révèle, faisaient partie d'un groupe plus nombreux, que l'on appelle la "gens". Ce sont les familles patriciennes, c'est-à-dire celles des premiers citoyens de Rome, qui ont fondé la cité, et qui à l'époque ancienne étaient les seuls citoyens romains qui forment les groupes de "gentes". Seulement, à l'époque historique, la gens n'est plus qu'une survivance, une institution presque entièrement disparue, dont on ne comprend plus l'origine ni la portée. Elle survit à l'état de prétention nobiliaire des familles nobles de la cité. Qu'en savait-on à la fin de la République et au début de l'Empire ? Cicéron, Topiques 26.29., nous donne la définition de Mucius Scaevola : "Gentiles sunt inter se qui eodem nomine sunt, qui ab ingenuis oriundi sunt, quorum majorum nemo servitutem servivit qui capite non sunt deminuti." Sont gentiles entre eux ceux qui ont le même nom, qui descendent d'ingénus, dont aucun des ancêtres n'a subi la servitude, et qui n'ont pas subi la capitis deminutio. Festus, de verborum significatione, verbo gentiles : gentilis dicitur, et ex eodem genere ortus, et is qui simili nomine appellatur." Les gentiles sont ceux qui sont de la même race et qui sont appelés du même nom. Les membres d'une gens prétendent donc être de la même race, c'est-à-dire descendre d'un auteur commun. Cette prétention ne peut pas s'appuyer sur une filiation prouvée. Tant que le lien de filiation est patent, il y a au sens propre du mot une famille agnatique. Ceux qui peuvent prouver leur descendance de l'auteur commun sont agnats entre eux. Mais cette prétention s'appuie avant tout sur la communauté de nom. Les membres de la même gens ont un "nomen gentilicium", commun, par exemple, gens Julia, Fabia, Aemilia, etc... La présomption du nom ne doit pas être détruite par une origine servile : des familles descendant d'anciens esclaves ne peuvent pas former une gens. Cette règle a été posée pour écarter de la gens les familles des clients, c'est-à-dire les familles d'anciens esclaves, qui ont pris, suivant l'habitude, le

Définition de
la gens par
Cicéron.

par Festus.

Communauté
de noms entre
membres d'une
même gens.

Pas d'origine
servile ni
d'émancipation.

Les membres de
la gens ont
le culte des
mêmes lares.

nom du patron. Le lien de gentilité est aussi détruit par une émancipation, qui a rompu la chaîne en faisant sortir de la famille l'émancipé et ses descendants. Ceci marque que le lien de gentilité est de même nature que le lien de famille, qu'il est toujours fondé, comme la famille, sur l'idée d'autorité, sur l'idée de puissance. A supposer que l'auteur commun soit encore vivant, c'est lui qui aurait la patria potestas. La deuxième présomption est tirée du culte gentilice. Les cultes familiaux ont une très grande importance à Rome. Les membres de la même gens ont le culte des mêmes lares, des mêmes ancêtres, et ils sont unis par les mêmes rites.

Droits de suc-
cession et de
tutelle qui
sont la consé-
quence de la
notion de
gentilité.

Ces liens de gentilité à l'époque classique ont une grande importance sociale. Nous savons que seuls pouvaient réellement former des gentes les familles patriciennes, c'est-à-dire les citoyens primitifs de Rome. Les familles plébéiennes ne forment des gentes que par usurpation, quand aux derniers siècles de la République quelques-unes ont acquis une grande fortune et une grande influence dans l'Etat, par l'accès aux magistratures et au Sénat. Les principales familles plébéiennes ainsi admises aux honneurs forment une nouvelle nobilitas, qui usurpe les droits et les privilèges de l'ancienne et forme de nouvelles gentes. En dehors de cette importance sociale, les seuls droits civils, auxquels donne lieu la gentilité, sont des droits de succession et des droits de tutelle. Pour les droits de succession, les XII Tables nous les indiquent dans la règle, que j'ai déjà citée : "Si ab intestato moritur, cui haeres suus non esset, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec esset, gentilis familiam habeto." Ainsi, à défaut de parents, soit descendants directs, soit collatéraux dans sa famille agnatique, c'est à la gens que revient le patrimoine d'un mourant. Pour les droits de tutelle et de curatelle, les XII Tables nous disent que le fou est placé sous la curatelle de ses gentiles. Lorsque quelqu'un meurt laissant un fils en bas âge, sans avoir fait un testament et en même temps n'ayant pas de parenté agnatique, c'est aux membres de la gens que revient la tutelle légitime. Cette tutelle légitime, vous le savez, revient à l'héritier ; les droits de succession et les droits de tutelle sont toujours liés. La tutelle légitime n'est pas, à l'origine, une mesure de protection du mineur, dans l'intérêt de l'incapable, c'est un jus ac potestas, dans l'intérêt du tuteur lui-même. Il s'agit de la conservation de biens, qui doivent lui revenir, qui sont à lui, qui sont à la famille, et que la faiblesse de l'enfant ne lui permet pas de protéger. C'est encore une trace très nette ici de la copropriété fa-

miliale.

Comment étaient réglées cette succession et de la tutelle ? Qui recueille, et dans quel ordre ? Y avait-il des membres de la gens préférés à d'autres ? Ou bien était-ce toute la gens qui la recueillait ensemble ? Nous n'en savons rien. Les jurisconsultes de l'époque classique ne semblent pas en savoir plus que nous. Gaius 2.17. "Totum gentilicium jus in desuetudinem habuisse, supervacuum est hoc quoque loco de eadem re curiosus tractare." Le droit gentilis tout entier étant tombé en désuétude, il est superflu de traiter à cette place de cette matière avec trop de recherche. C'est toujours la raison qui rend ces problèmes si difficiles. Ni les historiens, ni les jurisconsultes ne connaissent plus grand chose de la gens ; ils ont perdu tout souvenir de son organisation antérieure.

Comme eux les manuels jusqu'à ces dernières années s'en tenaient à cet exposé (Voir Girard. Manuel de Droit Romain. p. 159. Mommsen. Droit public, Tome VI 1ère partie pp. 1 et suivantes. (Manuel des Antiquités romaines de Mommsen et Marquardt, traduit sous la direction de Gustave Humbert). Dans cet ouvrage, nous trouvons l'exposé le plus complet de ce que nous disent les textes sur la gens. On n'ignorait pas d'ailleurs que la gens de l'époque classique était une simple survivance d'une période antérieure, où elle jouait un rôle beaucoup plus important. Ce rôle a déjà été mis en relief par Fustel de Coulanges dans son livre sur la "Cité antique". Mais les derniers historiens de droit se sont bien davantage préoccupés de la gens et ils ont tenté d'en restituer toute l'importance primitive.

Bibliographie récente.

Il y a une nombreuse littérature sur la question dans ces dernières années. Je citerai seulement Bonfante (Gens et familia, *Scritti giuridici*, tome I p. 3, et *Histoire du Droit romain*, I. p. 76), Arangio Ruiz, ("le genti et la città"), résumant tous les autres et donnant la bibliographie complète de la question, De Francisci, *Storia del diritto romano*, tome I. pp. 5 et ss. 1926. Ces idées nouvelles sont actuellement à peu près universellement acceptées. Voyez par exemple pour l'histoire générale Homo, *L'Italie primitive*, 1925 dans la collection de Synthèse historique, Ettore Pais, *Histoire romaine*, tome I, 1926.

Pour opérer cette restitution, il est nécessaire de sortir de l'histoire romaine pure, et de s'appuyer sur les données du droit comparé et de la sociologie. Nous trouvons une organisation analogue chez les Grecs, chez les Celtes, les Germains, et en général chez tous les peuples italiques. Plus près de nous, les Slaves, les Berbères et les Kabyles connaissent cette organis

tion. On doit aussi utiliser l'archéologie. Dans les établissements primitifs des peuples italiques, à Bologne, en Toscane, et en Ligurie aussi bien qu'à Rome, on trouve les ruines de monuments plus anciens que la civilisation romaine, notamment des sépulcres. Leurs emplacements, les inscriptions qui s'y trouvent et le mobilier, nous fournissent des renseignements précieux sur la vie primitive des ancêtres lointains des Romains. Toutes ces données rendent plus sûres nos hypothèses, et la connaissance que nous pouvons avoir de la constitution sociale de la population romaine primitive.

A l'époque de la fondation de Rome, longtemps après cette réunion, les population de race italique qui après des migrations successives arrivèrent jusqu'au sol du Latium et devinrent les Romains par la fondation de la ville étaient groupés en gentes. La gens est une réunion de plusieurs familles, au sens classique du mot, du père et de ses descendants, qui de temps immémorial se considéraient comme étant de la même race, comme descendant d'un héros légendaire, d'un héros éponyme, qui leur donne leur nom. C'est un groupe politique, et cette croyance, à l'origine commune, symbolise l'unité du groupe.

Cette prétention est-elle exacte ? Il est impossible de le savoir avec certitude. On ne peut déterminer s'ils ont été réellement unis par les liens du sang. S'il en est ainsi, le groupement se rapprocherait davantage de la famille au sens réel du mot. Ce serait une famille, que la mort de l'ancêtre commun, du paterfamilias primitif aurait désagrégée, et qui a maintenu artificiellement son unité primitive autour d'un chef renommé à chaque génération. Il se pourrait aussi que ce soit une agglomération plus artificielle de familles, dont quelques-unes d'origines différentes se seraient jointes au noyau principal. La vie en commun sur un territoire, les épreuves des mêmes périls, la nécessité d'une défense commune, les auraient soudées ensemble. La gens serait alors une réunion plus artificielle; plus proche du caractère de l'Etat.

Niebuhr est le premier historien moderne qui ait étudié le problème de façon scientifique, dans son histoire romaine publiée en 1811. Il voit dans la gens une réunion administrative, une création artificielle de l'Etat, groupant un certain nombre de familles romaines. C'est une vue certainement inexacte. Depuis les auteurs se partagent entre les deux tendances, qui renferment sans doute chacune une part de vérité. Bonfante préfère voir un groupement de familles de même origine. De Francisci au contraire, verrait plutôt un groupe uni par la vie en commun, dans le même village, sur les mêmes terres. La gens serait davantage un

Les membres de la gens se considèrent comme étant de la même race.

La gens est-elle un groupe de familles ou un groupe de voisins.

groupe de voisins. Ce qui n'est pas douteux, c'est que les Romains croyaient à cette origine commune, impossible à prouver, mais supposée par la tradition immémoriale. Contre cette tradition il n'y a pas de raison décisive de s'inscrire en faux. Que le groupe ait accepté, pour des raisons de nécessités, de s'agréger des familles d'autre sang, cela est possible, même probable. Mais c'est cette croyance vraie ou fausse, cette fiction de parenté, d'origine commune, qui est la base de l'unité du groupe. C'est la légende de l'ancêtre commun, du héros éponyme.

Caractère politique de la gens. Fondation de Rome par une fédération de gentes.

Tous les historiens modernes, font ressortir le caractère politique de ce groupement : comme la cité et avant elle, c'est un groupement de défense et de protection : c'est un organisme complet, se suffisant à lui-même, assurant la vie et la sécurité de ses membres ; c'est un groupe d'économie fermée. Chaque gens vivant de sa culture, sur sa terre, indépendamment des autres gentes. La nécessité les force à s'unir, probablement sous la menace de leurs voisins immédiats, les Sabins, les Volsques et surtout les Etrusques. Les gentes sacrifient une partie de leur indépendance par un traité, par un "foedus" et créent un organisme central, sur le modèle de l'autorité déjà existante dans la gens. C'est alors la fédération des gentes qui effectue la fondation de la ville de Rome, c'est-à-dire d'un centre commun de défense, centre entouré de murailles. C'est la Rome quadrata du Palatin, et avec la cité, l'unité est faite autour d'un culte, le culte du dieu de la cité. On donne dans la cité l'autorité au chef, qui est le roi, prêtre et chef de guerre, sans doute un des patres, chef d'une gens, la plus riche et la plus puissante. Cette fédération des gentes, la légende de la place en 754 av. J.C., et indique comme auteur Romulus.

La cité s'agrandit, deux cités voisines se réunissent, l'une qui est la cité du Palatin, l'autre la cité du Quirinal. Ces deux cités réunies placent leur centre commun sur la colline du Capitole, qui est entre elles deux. Sur le Capitole se trouvent alors la citadelle et le centre du culte, le temple de Jupiter Optimus Maximus, Jupiter Capitolin, dieu protecteur des deux cités réunies. Ce centre politique nouveau a dans la plaine, au pied des collines du Palatin du Capitole et du Quirinal, son lieu de réunion, c'est le Forum et le Comitium. De ces agrégations successives de gentes qui forment, puis agrandissent la cité, l'histoire a conservé quelque souvenir. C'est d'abord la division historique, dans le Sénat et dans les As-

semblée, des gentes, en gentes majores et gentes minores. Les premières votent avant les autres. Puis les historiens nous disent (Tite-Live. I.30) qu'après la chute d'Albe les gentes Albaines ont été admises à la cité Romaine. Au début de la République, les gentes Sabines se réunirent aussi aux gentes Romaines. La plus connue (Tite-Live 2.16. Denys d'Halicarnasse 2.60) c'est la gens Claudia. Celle-ci quitte sous la conduite de son chef Atta Clausus, le territoire Sabin. Les Claudii étaient environ 5.000. Peut-être était-ce à la suite d'une guerre où elle avait été vaincue chez les Sabins qu'elle opère sa migration. La gens Claudia fait un traité avec la cité romaine. Elle est admise à la cité. On lui assigne un territoire, qui devint par la suite la tribu Claudia. Cette histoire, que rien ne permet de mettre en doute, est très importante pour ses conceptions primitives.

Ainsi les conceptions en faveur parmi les historiens romains tendent à restaurer le rôle primitif de la gens dans l'état romain. C'est le groupe politique des familles, plus ancien que la cité ; la cité est née de la fédération de ces gentes, qui s'unissant abdiquent leur autorité. Elles restent longtemps souveraines dans l'intérieur de leur groupe respectif, mais après la fondation de la cité l'antagonisme naît entre les deux pouvoirs politiques. Plus l'Etat devient puissant, plus il prend ombrage de la puissance de même nature de chaque gens. La lutte finit par la suppression des gentes, qui sont détruites par le pouvoir politique de la cité. Seuls subsistent les caractères sociaux à prétention nobiliaire des vieilles familles patriciennes. Cette destruction est assez complète pour que les générations postérieures aient perdu tout souvenir direct de cet état primitif. Nous sommes obligés de chercher à les reconstituer, grâce aux vestiges assez légers qui subsistent dans les institutions postérieures.

Ces vestiges nous permettent de restituer cependant l'état primitif et de lui rendre par hypothèse son importance primordiale. Nous pouvons voir que la gens dans son état originaire formait dans la cité, et avant la cité, un groupe autonome et souverain, qui a son chef, son culte, ses usages et ses lois; ses assemblées, et surtout qui vit sur un territoire qui lui est propre.

I°- Le chef.

L'existence du chef de la gens est admise en général par les historiens modernes. Ce chef a complè-

L'exemple de la gens Claudia.

Destruction de la gens par les progrès de l'Etat.

Les textes
et les vrai-
semblances
générales
font admettre
l'existence
d'un chef.

tement disparu sous la République. Les traces directes que nous en avons, sont en réalité assez faibles. C'est d'abord la tradition sûre et incontestée que la gens de Claudia, lorsqu'elle est venue à Rome de la Sabine, était conduite par son chef Atta Clausus, dont le nom devint postérieurement Appius Claudius. Suétone (Vie de César) dit qu'il était "princeps gentis", le chef de sa gens. Quelques renseignements de même nature se trouvent dans d'autres textes. Cicéron, *Ad Familiarem* "Gens Papiria, gens minorum gentium, quorum princeps Lucius Papirius Mugilanus, qui censor cum Lucio Sempronio Atratinio fuit, cum antea consul cum eodem anno 312 ab urbe condita". La gens Papiria une des gentes minores dont le chef fut Lucius Papirius Mugilanus, qui fut censeur avec Lucius Sempronius Atratinus, et qui avait été auparavant consul avec le même en 312 de Rome fondée. Festus, *De verborum significatione*, verbo, familia, dit que la famille a un "Dux et princeps generis". On ne peut savoir s'il entend par là l'ancêtre ou un véritable chef de gens. Mais plus encore que les textes, c'est la vraisemblance générale qui fait admettre l'existence de ce chef. Comme le roi dans la cité, la gens pour maintenir son unité et sa puissance devait avoir un chef, qui la dirige et la représente. Le chef de la gens faisait dans la cité partie du Sénat. D'après les hypothèses les plus plausibles; les plus anciens sénateurs, les "patres" étaient les chefs des gentes.

Le problème
de la désigna-
tion du nou-
veau chef.

Le rôle pri-
mitif du tes-
tament.

Ce groupe ne devait pas se dissoudre comme la famille classique par la mort du chef. La désignation du nouveau chef est le problème le plus important à résoudre pour conserver son unité. Ni la nature ni la loi ne pouvait le désigner, comme elles désignent les héritiers naturels. Les degrés de parenté ne peuvent ici servir pour désigner le chef unique d'un groupe non dissous. L'automatisme de la loi n'étant pas de mise, on pourrait songer à l'élection, mais l'élection pour désigner le chef est un procédé beaucoup moins ancien que la gens, l'élection des magistrats, l'élection des consuls et des préteurs, chefs du peuple, ne date que de la République. Pour le roi, Mommsen (*Droit public*, tome III, p. 7) dit que le mode de nomination du roi était la nomination par son prédécesseur. Or la désignation du successeur par le chef de la gens, tel paraît bien être le rôle primitif du testament. Lorsque la cité a été créée, postérieurement à la gens, l'organisation de ses pouvoirs n'a fait que se modeler sur l'organisation de la gens qui lui a servi de modèle, et la désignation du roi a emprunté au chef de la gens son mode de désignation.

L'hypothèse, qui paraît la meilleure, qui paraît le mieux rendre compte de l'ensemble du problème, voit dans ce testament l'origine de la désignation du chef de la gens. C'est cette origine, qui répond au caractère primitif de l'institution d'héritier, comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent. C'est aussi cette désignation qui répond à la nature et à la forme du premier testament, du testament "calatis comitiis", comme nous le verrons dans le chapitre suivant.

2°- Culte, coutumes, assemblées et institutions militaires.

Le caractère souverain de la gens primitive apparaît encore en ce qu'elle a un culte particulier. Elle a des coutumes, qui lui sont propres, dans l'intérieur de la cité. Elle tient des assemblées, et enfin il y a des traces de son rôle militaire primitif.

Le culte, dans les communautés anciennes, est le lien le plus fort qui unit le groupe. Les "sacra gentilitia", les cultes spéciaux aux gentes, sont souvent cités par les historiens; avant tout, c'est le culte des ancêtres, des morts, des lares et des mânes, qui représente la religion la plus ancienne des Romains. Mais en outre, chaque gens a sa divinité tutélaire, qui est le héros éponyme divinisé. Quelquefois un des grands dieux de la cité est revendiqué, comme appartenant à une gens. Celle-ci est chargée officiellement de son culte. Par exemple, la gens Julia a pour dieu Apollon, comme héros protecteur. La gens Horacia a Junon et Janus.

Aux sacra gentilitia se rattachent les institutions de la famille, les naissances, les mariages, l'adoption et les funérailles. Les gentes en effet ont des tombeaux communs. Chaque gens a ses coutumes et tient des assemblées. Ces assemblées rendent des décreta. Des historiens nous parlent en effet des decreta gentis.

Sous la République, la gens n'a plus de rôle militaire. Néanmoins, quelques traits rappellent son importance, comme organisme de défense, comme armée. La gens Claudia arrive sur le territoire romain en arme sous la conduite de son chef. En 277 de R.F. la gens Fabia prend à sa charge la grande guerre contre Veies. La gens Fabia part en guerre contre la cité voisine avec 306 Fabii et 4 à 5.000 clients. Elle subit un désastre où elle périt tout entière. Sous la République, les membres d'une gens enrôlés dans l'armée des citoyens doivent être enrôlés ensemble et combattre

dans les mêmes formations.

3°- Copropriété. Régime foncier et propriété individuelle.

La question la plus importante est celle du rapport qui existe entre la gens et le régime de la propriété. C'est en effet, la question la plus étroitement liée avec le problème des successions, que nous étudions ici. C'est aussi la question la plus obscure et la plus difficile dans ce domaine si incertain. On ne peut guère avoir que quelques lueurs, parfois même contradictoires. Cependant, il y a des traces assez certaines, d'après lesquelles ce qui constitue la partie la plus importante des biens appartenant, à l'époque historique, à un Romain, les fonds de terre, ne sont pas l'objet de propriété privée; ils appartiennent en commun à tout le groupe, à l'ensemble de la gens, et ne sont pas partagés. Le sol est le territoire commun sur lequel vit la gens, et dont elle tire ses ressources. Dans le droit classique la propriété romaine apparaît comme une propriété individuelle. Mais la propriété individuelle est née dans le cadre plus étroit de la famille, du paterfamilias et de ses descendants. Il y a dans une seule famille un seul patrimoine, qui appartient au père. Le pouvoir absolu, qu'il a sur sa famille, lui donne la propriété individuelle des biens de famille, malgré les quelques traces de copropriété familiale, qui subsistent encore, car il peut aliéner et partager son bien. Or cette notion de propriété individuelle apparaît comme s'étant développée d'abord pour la propriété mobilière. La propriété individuelle primitive ne comportait que des objets mobiliers. La civilisation romaine dans ses débuts est avant tout une civilisation agricole, qui ne comporte que très peu d'industrie et pour ainsi dire presque ou pas de commerce. Par conséquent le Romain primitif est un agriculteur, qui vit avec sa famille sur la terre qu'il cultive, et dont il tire sa subsistance. Les objets mobiliers, objets de propriété individuelle, sont donc avant tout des esclaves et les animaux avec lesquels se fait la culture.

C'est ce qui peut être avéré avec certitude:

a.- De la langue du droit. La désignation technique du patrimoine d'un Romain, à l'époque classique est suivant les textes, "familia pecuniaria", ou "familia", ou "pecunia". Ces deux mots, soit ensemble, soit séparément, désignent l'ensemble des biens, qui

Les fonds de
terres appar-
tiennent en
commun à l'en-
semble de la
gens.

Les objets mo-
biliers, seuls
objets de pro-
priété indi-
viduelle.

Sens des
termes fami-
lia et pecu-
nia.

peut appartenir à un citoyen. A l'époque classique, ce mot désigne par conséquent même les fonds de terres, qui sont la partie principale de la fortune d'un Romain. Par exemple, Gaius (II.104) appelle "familia" l'"hereditas": le "familiae emptor" prononce les paroles de la mancipation, qui permet, comme nous le verrons, de faire son testament. "Familiam pecuniamque tuam, mandatela tua, custodela mea esse aio". Les XII Tables emploient, tantôt le mot familia dans ce sens général. "Agnatus proximus familiam habeto, gentilis familiam habeto, gentiles familiam habento". L'action en partage d'hérédité est appelée dans les XII Tables "actio familiae erciscundae". Les XII Tables emploient tantôt le mot pecuniae dans un sens aussi général à propos du fou. Elles disent: "Agnatum gentilitiumque in eo pecuniaque, jus, potestas esto". Que la puissance des agnats et des gentils porte sur lui (le fou), et sur son patrimoine. A propos du testament, elles disent: "uti legas sit super pecunia tutelave". Les auteurs ont beaucoup discuté le sens primitif de ces mots. Il est probable, même certain, qu'originellement tout au moins ces deux mots ne désignent pas la même chose dans la fortune des Romains. Girard Manuel. 8ème édition, p. 272, n° 2, pense qu'il est impossible de distinguer et d'assigner un sens technique distinct à chacun de ces deux mots. Un plus grand nombre d'auteurs pensent que cette distinction est en rapport avec la distinction des res Mancipi et celle des res nec Mancipi. Wlassak, Studien zum altrömischen Erb Recht, p. 8 N° 14. Bonfante, Scritti giuridici, T.2 pp. 67, 206, 303. Cuq, Manuel, 1928, 263. Pour ces auteurs, les res Mancipi sont la familia, les esclaves, les animaux les plus importants, qui sont les bêtes de somme et de trait; les res nec Mancipi forment la pecunia, les troupeaux et les bêtes de moindre importance, le bétail "Pecus" signifie en effet troupeau, et "Pecunia" argent. Pour Wlassak la "familia" composée des esclaves et des animaux, était le bien de famille, tandis que la pecunia était la propriété individuelle du père de famille, et pour lui les XII Tables distinguent encore entre ces deux mots.

Ils ne s'ap-
pliquent pas
à la terre.

Sans prendre parti pour le moment, concluons qu'au moment où ces appellations techniques se sont constituées la terre n'est pas encore objet de propriété individuelle. C'est par une extension postérieure que cette appellation en est arrivée à la comprendre elle aussi, mais elle n'a certainement pas été créée pour elle.

b.- La même constatation résulte des procédés d'acquisition des biens, de la mancipation et du procédé de protection juridique des biens, la revendication.

Les procédés
de la mancipation
et de la revendication
ne peuvent
s'appliquer
qu'aux biens
mobiliers.

La mancipatio et la procédure du sacramentum, les cérémonies et les formes de ces actes ont été créées uniquement pour des meubles. Ce n'est que par extension qu'on a pu les appliquer à la terre; mais seulement après la transformation de la propriété. La mancipatio vous en connaissez les formalités essentielles. C'est l'appréhension matérielle avec la main, qui est la cérémonie la plus importante, qui a donné le nom à l'institution "manu capere". Cette appréhension matérielle exige la présence réelle de l'objet, et cette exigence va si loin que les jurisconsultes disent que primitivement il n'était possible d'acquérir par une mancipation que le nombre d'objets que l'on pouvait tenir à la main. Pour un plus grand nombre d'objets il fallait plusieurs mancipations. Cette main mise n'a de signification réelle que pour un objet mobilier, que l'on prend et que l'on emporte. Elle est dépourvue de sens pour un immeuble, pour une terre, il en est de même pour la revendication par le sacramentum. La première de ces cérémonies longues et compliquées, qui lie le procès, c'est la "vindicatio" et la "contra vindicatio". Cette "vindicatio" demande la présence réelle de l'objet à revendiquer. Chaque partie, devant le juge, met la main sur l'objet qui est présent en justice et affirme son droit "Hunc ego hominem meum esse aio ex jure Quiritium", je déclare que cet homme (l'esclave donné comme exemple de la revendication) m'appartient d'après le droit des Quirites. Quand il a fallu appliquer aux immeubles la revendication, on a hésité sur les procédés à employer pour permettre d'étendre la procédure aux immeubles. On a employé une série de procédés assez boiteux, signalés par Gaius, 4.17, Cicéron, Pro Murena, 13.26, Aulu-Gelle, Nuits Attiques, 10. Chacun de ces auteurs indique une solution différente. D'après Aulu-Gelle, les plaideurs et le magistrat se transportent sur le lieu même de l'immeuble. C'est un procédé peu pratique et qui n'a plus continué avec l'extension de la cité romaine. Cicéron indique un deuxième procédé. On fait le simulacre de se transporter sur les lieux. Après la "vindicatio" et la "contravindicatio" le magistrat ordonne aux parties : "Inite viam, redite viam", partez, revenez. C'est une comédie judiciaire, dont se moque Cicéron. Enfin, le procédé définitif est indiqué par Gaius. On se contente d'un symbole de la chose, que l'on apporte en justice. Une partie de l'immeuble le représente tout entier : on apporte une pierre, une motte de terre, une motte de gazon. Autour de ce simulacre se fait la cérémonie préliminaire. De même pour la mancipatio, qui peut désormais être faite hors de

la présence du fond de terre. On peut la faire sur un simple simulacre.

Ces procédés successifs et insuffisants montrent bien que ces deux formes ont pu être appliquées à la terre, quand celle-ci est devenue objet de propriété privée, mais montrent en même temps que ces formes n'ont pu être directement inventées pour cette sorte de propriété, que par conséquent le domaine d'origine de la propriété, aussi bien par son nom que par ses formes, c'est la propriété mobilière.

Hypothèses qui font apparaître que la gens a son territoire propre.

c.- Une série concordante d'autres hypothèses montrent que la terre fut la propriété commune de la gens. Ces hypothèses font apparaître la gens comme un véritable état avec son territoire, sur lequel elle habite, et dont elle tire sa subsistance. Cette démonstration a été faite par Mommsen dans son Droit public et reste toujours valable. L'organisation du sol romain, du territoire de la cité, permet d'entrevoir comment s'est opéré pour la terre le passage de la propriété gentilice à la propriété privée, permet par conséquent de conclure à l'existence antérieure de la propriété gentilice.

Division du territoire urbain primitif en tribus.

Sous la République, avant l'ère des grandes conquêtes, qui font que l'empire romain englobe d'abord toute l'Italie, puis ensuite tout le bassin méditerranéen, le territoire romain primitif autour de la ville est divisé en tribus, qui sont des circonscriptions territoriales. Il y a d'abord les 4 tribus urbaines. La ville de Rome est divisée en 4 quartiers : 1°- Suburrana, 2°- Palatina, 3°- Esquilina, 4°- Collina. Les historiens romains pensent que ces 4 tribus urbaines sont les plus anciennes, mais cela ne paraît pas correspondre avec la vérité historique. Ce sont les divisions de la ville de Servius Tullius, par conséquent déjà elles ne sont pas originaires et elles indiquent un grand développement de la cité. Or, cette ville de Servius Tullius résulte de la fusion de plusieurs cités voisines en une seule, de la réunion de la Roma Quadrata de Romulus sur le Palatin avec la cité du Quirinal et la cité de l'Esquilin. Mais à côté des 4 tribus urbaines, nous trouvons les tribus rustiques. Celles-ci sont les plus anciennes, puisqu'elles sont antérieures même à Rome fondée. La division du sol romain en tribus a été progressivement opérée dans le cours des premiers siècles de la ville de Rome. Peu à peu, 35 tribus ont été ainsi créées. Nous sommes très bien renseignés sur la date à laquelle ont été formées les dernières tribus. Mais nous sommes beaucoup moins bien renseignés pour les premières.

Quels sont les premiers renseignements qui

Nombre et

nom des tribus.

nous sont fournis par les historiens ? Le premier renseignement historique est de Tite-Live. 6.5.§8, pour l'année 367 de R.F. Tite-Live: "Tribus quatuor ex nomine vis civibus additae: Stellatina, Tromentina, Sabatina Arniensis, eaeque viginti et quinque tribuum numerum explevere". En 367, 4 tribus de nouveaux citoyens furent ajoutées et complétèrent le nombre des tribus, qui fut porté à 25. Cette augmentation du nombre des tribus correspond à l'accroissement par la conquête du sol romain, notamment la conquête de Veies en 341 et l'assignation de son territoire en 361; donc en 367 il y a 25 tribus, et avant 367, 21 : 4 tribus urbaines et 17 tribus rustiques.

Tite-Live, Epitome, II, 21.7. Tome I. C'est un renseignement plus douteux pour l'année 259. "Appius Claudius ex Sabinis Romam transfugit, ob hoc Claudia tribus adjecta est, numerusque tribuum ampliatus ut esset una et viginti". En 259, Appius Claudius vint de chez les Sabins à Rome, et à cause de cela la tribu Claudia fut ajoutée, et le nombre des tribus s'augmenta jusqu'à être de 21. Ce texte est certainement corrompu et d'une valeur discutable. L'Epitome a été refait pour que l'énumération des tribus soit rattachée à l'arrivée de la gens Claudia à Rome, et la date est arbitraire, sans valeur historique. En tout cas, ce chiffre de 21 tribus paraît exister en 283. Il a été atteint par la fondation de la tribu Clustumina à une époque contemporaine de la loi Publia, en 283. Avant cette tribu il y en a donc 20, qui sont les 4 tribus urbaines et les 16 tribus rustiques, qui ont été créées soit ensemble, comme semblerait indiquer leur unité de nom, soit séparément, soit successivement.

5°- Tribu Aemilia.

6°- -- (Camilia).

7°- -- Claudia.

8°- -- Cornelia.

9°- -- Fabia.

10°- -- (Galeria).

11°- -- Horatia.

12°- -- (Lemonia).

13°- -- (Menenia).

14°- -- Papiria.

15°- -- (Pollia).

16°- -- Pupinia.

17°- -- (Romulia).

18°- -- Sergia.

19°- -- (Voltinia).

20°- -- Veturia ou Voturia.

Nous connaissons le nom de ces tribus et leur ordre.

par le droit public. Sous la république, tous les citoyens sont répartis dans les tribus et votent dans l'ordre de ces tribus. 10 de ces tribus portent le nom de gentes, existant encore à l'époque historique; 6 portent des noms qui n'existent plus dans l'armorial de la République. Mais tous ces noms ont le caractère de noms gentilices, et devaient représenter très probablement des noms de gentes disparues. Ce sont les tribus : 6, 10, 12, 15, 16 et 19.

Après ces 16 tribus, dont l'établissement est le plus ancien, par conséquent d'avant 283, et peut-être 259, d'autres tribus ont été créées, à mesure que la conquête accroît le territoire. Le sol romain est définitivement fixé en 35 tribus :

Les 35 tribus définitives.

283- 21^e- tribu Clustumina.

363 ou

367 -	22 ^e -	--	Stellatina.
	23 ^e -	--	Tromentina.
	24 ^e -	--	Sabatina.
	25 ^e -	--	Arniensis.
396-	26 ^e -	--	Pomptina.
	27 ^e -	--	Poplia.
422-	28 ^e -	--	Maecia.
	29 ^e -	--	Scaptia.
436-	30 ^e -	--	Oufentina.
	31 ^e -	--	Falerna.
450-	32 ^e -	--	Aniensis.
	33 ^e -	--	Terextina.
513-	34 ^e -	--	Velina.
	35 ^e -	--	Quirina.

Les nouvelles tribus portent des noms très différents, des noms des seize premières. Elles ont des noms, soit d'origine locale, soit des noms d'un cours d'eau, ou de lacs, soit des noms de lieux ruraux, soit des noms de villes disparues sur le territoire de la tribu. Aucune de ces tribus ne porte de nom de famille, ni de nom de ville existante. En 513 il y a donc 35 tribus. Depuis cette date, il n'y a plus de création nouvelle.

Le sol romain reste définitivement divisé en 35 tribus. Néanmoins, la conquête ne s'arrête pas. Au contraire le VI^e siècle est une grande époque pour la conquête romaine. Toute l'Italie est soumise à Rome. C'est le moment où commence la soumission du monde méditerranéen. Seulement les nouvelles conquêtes en Italie sont rattachées artificiellement à l'une des 35 tribus existantes, sans avoir égard à leur situation territoriale. Le censeur qui fait cette attribution, le fait de façon arbitraire et pour des raisons politiques.

Lien entre
la création
d'une tribu
et l'établis-
sement de la
propriété qui-
ritaire sur
le sol.

Quelle est la signification de la création d'une tribu dans la cité romaine ? La création d'une tribu est toujours liée à l'établissement de la propriété quiritaire sur le sol, *dominium ex jure Quiritium*, de la propriété privée. La conquête des peuples vaincus par la ville de Rome suit toujours le même stade obligatoirement. La cité vaincue, tout son territoire, devient propriété d'Etat. La cité est organisée par une *lex*, par une loi promulguée par le magistrat spécial venu de Rome. La cité devient une cité pérégrine. Une partie de son territoire est laissée en fait aux anciens citoyens. L'autre partie est concédée en fait à des citoyens romains. Puis la pacification devient complète. Le territoire est alors intégré au territoire de la cité romaine. La terre devient romaine, les citoyens deviennent citoyens romains *pleno jure*, jouissant de l'égalité avec les anciens citoyens romains. Quand toute l'Italie fut conquise, et que la conquête s'étendit hors de l'Italie, l'assimilation se fit d'une manière différente. On ne concéda plus le *jus italicum* au sol des provinces, d'où une opposition qui s'établit entre le *dominium ex jure Quiritium* étendu à toute l'Italie et la propriété provinciale.

Mais en Italie le sol incorporé à une tribu devient sol romain. La transformation est marquée par ce fait que le sol est limité par des arpenteurs officiels; les "*agrimensores*" viennent poser les bornes des champs. Ce sont ces "*agri limitati*" qui sont seuls objets de la propriété individuelle. A côté des *agri limitati* restent des terres appartenant à l'Etat, qui n'ont pas été divisées, qui ne font pas partie des tribus, mais qui en fait sont occupées par les citoyens au début par les patriciens seuls, à qui l'Etat laisse accomplir cette usurpation : ce sont les "*agri occupatorii*". La reprise des terres publiques aux occupants pour les partager entre les citoyens pauvres est l'objet de ces lois agraires, qui troublent les derniers siècles de la République. Les lois agraires les plus célèbres sont les lois des Gracques : *Gaius* et *Tiberius Gracchus*.

La création
des 16 tribus
rustiques qui
portent un nom
de gentes
coïncide avec
la disparition
de la

Vous pouvez voir maintenant le raisonnement, grâce auquel on considère que la propriété primitive de la terre était une propriété gentilice. Une règle de droit public a toujours établi une liaison étroite entre la création d'une tribu et la division du sol en propriétés privées. Or, comme les 16 premières tribus portent le nom de gentes, on peut en conclure que la création de ces tribus rustiques par l'Etat coïncide avec la disparition de la propriété collective des

propriété collective des gentes.

gentes. Les tribus ont remplacé les gentes, et en ont conservé le nom. Vraisemblablement, les patres familias ont été consolidés dans l'occupation des terres gentiles, qu'ils cultivaient déjà. La part de la propriété collective, qu'ils cultivent, est devenue par l'arpentage officiel leur propriété privée. Et le "pagus" ou canton, est devenu la tribu.

Nous ne savons pas comment s'est opérée cette transformation. Nous n'avons aucun écho direct des luttes sociales, qui ont dû troubler la cité à ce moment, car assurément les gentes n'ont pas dû se laisser dépouiller sans résistance et sans luttes, mais le partage de la terre marque la fin de la puissance de la gens, qui a coïncidé avec la suppression du chef, car désormais par la voie des partages et des aliénations, des mélanges se produisent entre les citoyens habitant la cité. Pouvant être vendue, la terre n'est plus le monopole inaliénable d'une gens, et les familles d'une autre gens peuvent par voie d'achat ou de testament nouveau fixer leur établissement au milieu des familles de la gens voisine. Après un petit nombre de générations le transfert est suffisant pour que les gentes soient toutes mélangées dans la cité.

Quand s'est opérée cette transformation ? Autant qu'on peut s'en rendre compte, la période gentile se place aussi bien avant la fondation de Rome que dans le cadre légendaire des 4 premiers rois de Rome: Romulus, fondateur de la cité, Numa Pompilius, fondateur de la religion, Tullus Hostilius, et Ancus Martius, doublets des deux premiers. Avec les derniers rois nous sommes devant un terrain historique. L'origine étrusque de ces rois est certaine. C'est Tarquin l'Ancien, Servius Tullius et Tarquin le Superbe. Servius Tullius est le deuxième fondateur de la cité par la réunion des cités voisines dans l'enceinte de Servius. Les historiens considèrent que la dynastie étrusque a pour origine et signification la conquête de Rome par les Etrusques, l'asservissement du peuple des gentes à une nation étrangère.

La nation Etrusque était une grande puissance des deux côtés du Latium, et occupait la Toscane au Nord et la Campanie au Sud. Il est remarquable que les rites des fondations de ville usités par les Romains sont des rites étrusques, que les "sacra publica" ont fait beaucoup d'emprunts à l'Etrurie. La tyrannie des rois étrusques a amené l'augmentation du pouvoir de la cité. La fondation de la république en 244 de R.F. a dû être la révolte des gentes contre les rois étrusques, aidée par les Sabins descendus de la montagne pour occuper le Latium. En effet, les pre-

Période gentile et période pré-romaine.

La royauté étrusque et la lutte entre patriciens et plébéiens.

miers temps de la République marquent une forte réaction aristocratique et patricienne. Les rois étrusques apparaissent comme les protecteurs des plébéiens, habitants de la cité contre les gentes de la campagne. Mais les patriciens n'ont pu restaurer l'ancien état de choses. La puissance de la cité une fois créée ne peut plus être de nouveau détruite, et ne peut au contraire qu'augmenter. La lutte entre patriciens et plébéiens pour la conquête d'égalités civiles et politiques amène la ruine de l'ancien état patricien. Cette ruine des gentes coïncide avec la disparition de la propriété gentilice. Elle a lieu avant l'année 283 de R.F. En tout cas, c'est un fait accompli à l'époque des XII Tables (305) où le fundus est l'objet de propriété privée, auquel peut s'appliquer les règles de l'usufructus. La disparition de la gens accroît l'autorité du père de famille. C'est lui qui recueille tous les pouvoirs de l'ancien chef de la gens. L'Etat est bien renforcé, mais renforcé au point de vue du seul droit public. Dans l'intérieur de la famille l'Etat n'intervient pas.

La conclusion à tirer de cette étude de la gens dont nous avons essayé de reconstituer le cadre primitif, cadre dans lequel est né le droit héréditaire est la suivante. Nous avons constaté la dualité dans les institutions, l'amalgame duquel est né le droit héréditaire. D'une part la gens, groupe familial, mais dont l'unité est maintenue artificiellement autour d'un chef. De là vient le testament souverain, la désignation de l'héritier par le prédécesseur et la règle de l'institution d'héritier : "Caput et fundamentum totius testamenti", avec son caractère exclusif, qui empêche toute autre hérédité. Par son titre de chef du groupe, il a l'autorité sur la terre, propriété de la gens. Mais ce groupe plus étendu est composé de plusieurs familles, composé du père et de ses descendants. C'est dans cette famille que naît la propriété privée. Ses commencements sont très modestes et comportent quelques objets mobiliers. Cette naissance est liée avec la mancipatio, qui sert à transmettre les biens de propriété privée. Nous verrons que la "mancipatio familiae" a dû servir dès une époque reculée à faire cette transmission même à la mort du père de famille. Ce n'est pas encore le testament, mais nous verrons qu'il y a là l'origine de l'une des formes de testament. Par le partage des terres gentilices le père bénéficie de la propriété de la gens et de ses droits et avec la terre il reçoit la possibilité, le droit de faire le testament gentilice.

Lien entre
le droit hé-
réditaire,
la propriété
privée et le
testament.

Nous verrons que cette hypothèse explique, à la fois les formes anciennes du testament, et les contradictions que nous relèverons dans le droit héréditaire.

Chapitre IV.

FORMES DU TESTAMENT DANS L'ANCIEN DROIT CIVIL.

En ce qui concerne les testaments de l'ancien droit civil voici les textes fondamentaux :

Les sources de notre connaissance du testament dans l'ancien droit.

Gaius, II, IOI. " Testamentorum autem genera initio duo fuerunt. Nam aut calatis comitiis testamentum faciebant, quae comitia bis in anno testamentis faciendis destinata erant, aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant"..... IO2. "Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur". Il y avait au début deux sortes de testament, car les Romains faisaient leur testament, ou bien devant les comices calates, lesquels comices étaient destinés deux fois dans l'année à faire les testaments, ou in procinctu, c'est-à-dire lorsqu'on prenait les armes pour la guerre..... IO2. Il y eut ensuite une troisième espèce de testament, qui est fait par l'airain et la balance. X

Ulpien, Regulae, 20.2 "Testamentorum genera fuerunt tria : unum quod calatis comitiis, alterum quod in procinctu, tertium quod per aes et libram appellatum est". Il y avait trois sortes de testaments, l'un était appelé à cause des comices calates, le deuxième in procinctu et le troisième par l'airain et par la balance. X

Justinien, Institutes, II.I, répète essentiellement les mêmes données que Gaius.

Enfin Aulu-Gelle, Nuits Attiques, 15,27, rapporte les paroles de Labéon : "Calata comitia esse quae pro conlegio pontificum habentur....Iisdem comitiis quae calata appellari diximus, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Tria enim genera testamentorum fuisse accepimus, unum quod calatis comitiis in concione populi fieret, alterum in procinctu, cum viri ad praelium faciendum in aciem vocabantur, tertium per familiae mancipationem, cui aes et libra adhiberentur". X Les comices calates sont tenus en présence du collège des Pontifes; dans ces comices, que nous appelons calates, on a l'habitude de faire l'a-

bandon des sacra et les testaments. Nous savons qu'il y avait trois sortes de testaments : l'un qui était fait dans l'assemblée du peuple dans les comices calates, l'autre in procinctu, quand l'armée était rangée en bataille pour combattre, le troisième par la mancipation de la famille, dans laquelle on employait l'airain et la balance. X

Voici les sources principales de notre connaissance des formes du testament du vieux droit civil, depuis longtemps disparu à l'époque de Justinien, par conséquent dont nous ne trouvons pas trace dans le Digeste. Ce sont les sources uniques, en ce qui concerne le testament calatis comitiis. Donc, nous voyons par ces sources que la tradition des Romains était que le testament primitif se faisait sous la forme du testament comitial et du testament in procinctu, - ce sont les deux plus anciennes des formes - puis une troisième, relativement nouvelle, le testament par la mancipation. Nous n'avons aucune raison décisive de ne pas adopter cette tradition, telle que nous la présentent les jurisconsultes, et de ne pas admettre ces trois sortes de testament dans l'ordre de leur succession historique.

§ I- Testament calatis comitiis.

Nous savons donc par Gaius que ce testament est fait devant les comices par curies, qui portent spécialement le nom de comices calates. Ils sont faits à deux jours fixes de l'année.

I- Comices par Curies.

Les comices par curies sont les assemblées du peuple des patriciens.

Ces comices par curies sont les plus anciennes assemblées du peuple romain, les assemblées du peuple à l'époque royale. Ce sont les assemblées du peuple des patriciens, c'est-à-dire les assemblées des gentes, où les plébéiens ne sont pas admis. C'est toujours un problème pour la science historique actuelle de savoir si à l'époque républicaine les plébéiens ont eu accès dans ces comices. Ce problème est incertain, car dès la fondation de la République, vers 243 de R.F. pour conserver la date traditionnelle, ces comices sont en désuétude. Les véritables pouvoirs nouveaux, c'est-à-dire de voter les lois et d'élire les magistrats, sont exercés par le peuple, dans des assemblées réunies d'une autre façon, et où figure tout le peuple, plébéiens compris. Ces comices nouveaux, électifs et législatifs, sont les comi-

ces par centuries, les comices par tribus.

La nécessité de faire le testament devant les comices par curies est donc le témoignage le plus net, le plus précieux de l'antiquité du testament. Ce testament est fait devant le peuple des gentes divisé en 30 curies. Les comices curiates sont appelés comices calates, de "calare" qui veut dire convoquer. Ils sont appelés par le "calator", le licteur au service des pontifes. Ces comices réunis ainsi par les pontifes sont précieux pour les testaments et la detestatio sacrorum, c'est-à-dire l'abandon des sacra par l'adrogé rentrant dans la famille de l'adrogeant. Ils sont présidés sous la République par la "rex sacrorum", représentant l'ancien roi, et sont sous la surveillance du collège des pontifes, qui a la charge du culte et du droit religieux. Leur réunion a lieu deux fois l'an, probablement le 24 Mars et le 24 Mai, d'après ce que nous dit le calendrier romain, où il y a dans l'année deux jours seulement où les comices sont obligatoirement réunis, quando rex comitiavit fas.

II- Contenu du testament comitial.

Il n'y a aucune donnée positive précise sur ce qui était fait devant les comices.

Devant les comices, le testateur déclare sa volonté. Quelle pouvait être cette volonté ? Comme la connaissance positive du testament comitial est réduite aux textes que nous avons énumérés, autant dire que ces textes en constatent seulement l'existence. Il n'y a donc aucune donnée positive sur ce qui était fait devant ces comices. En l'absence de tout renseignement, la liberté des hypothèses est grande, aussi des systèmes nombreux et divergents ont été élaborés par les auteurs. Nous ne citerons que les principaux.

Systèmes selon lesquels il n'y aurait pas d'institution d'héritier dans le testament primitif.

Pour les uns, le testament comitial n'aurait permis de faire que des legs et pas encore d'institution d'héritier. Lenel, Zur Geschichte, des "heredis institutio", publié dans les "Essays in legal history", édités par Vinogradoff, Oxford 1913. D'après cet auteur, et ce serait encore pour lui le système des XII Tables, les seuls héritiers sont les descendants copropriétaires, et les legs seraient permis, d'après la règle que nous retrouverons des XII Tables. 5. 3. "Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto". L'institution d'héritier n'aurait pas pu exister avant le VI^e siècle et serait née dans le testament par mancipation. C'est encore le système de Wlassak dans l'ouvrage souvent cité "Studien zum altrömischen Erb- und Kermächtnitz-recht, 1933.

Pour d'autres le testament comitial réaliserait son effet, non pas par une institution d'héritier di-

recte, comme dans le droit classique, mais par un procédé détourné, qui serait l'adoption de l'héritier. L'étranger à qui le père voudrait laisser son bien serait adopté par lui pour produire un effet spécial post mortem, pour après la mort. C'est le système de Schulin-Das Griechische testament verglichen mit den Römischen, 1882, et de Lambert, "La tradition romaine sur les formes du testament", 1901.

Contradiction
entre la pri-
mauté du tes-
tament et la
copropriété
familiale.

Ces systèmes, et quelques autres du même genre, aboutissent à des contradictions et à des difficultés insurmontables. Les deux raisons principales, qui les ont fait édifier, sont d'abord la contradiction que tout le monde sent entre la primauté du testament, la liberté reconnue au testateur de disposer de son bien suivant sa volonté d'une part, et le fondement du droit héréditaire ab intestat, la copropriété familiale, qui fait que le descendant recueille le bien de son père mourant plutôt à titre de propriétaire qu'à titre d'héritier, en vertu d'un droit préexistant, dont le testament le dépouillerait. Cette répugnance à accepter la liberté testamentaire pour le droit primitif est renforcée par un recours au droit comparé - et c'est la deuxième raison, qui permet d'édifier ce système. Parmi les anciens peuples de même race que les Romains, aucun ne connaît le testament, ni les Hindous ni les Grecs, ni les Germains. Au contraire, les Grecs connaissent le testament adoption, les Francs connaissent l'affatomie, les Lombards le thinx, qui sont des modes particuliers de laisser son bien à une personne dont on fait un fils artificiellement par l'adoption. La liberté testamentaire des Romains sera donc une anomalie, une monstruosité dans le droit primitif, comme disent ces auteurs.

A vrai dire, l'objection tirée du droit comparé ne me paraît pas convaincante. Le droit comparé sert à expliquer une institution obscure, à l'éclairer par la parenté, par les analogies, que l'on peut relever dans d'autres droits que celui dont on fait l'étude principale. Mais le droit comparé ne peut rien contre la constatation qu'une institution existe dans un droit et ne se trouve pas dans les autres droits. Ceci n'est aucunement la preuve qu'elle n'existe pas dans le droit en question.

Mais il n'y
a pas de so-
lution de con-
tinuité entre
le système
du droit clas-
sique et le

D'autre part, ce système se heurte à mon avis à cette objection capitale déjà signalée. Le système du droit classique est celui où prédomine la liberté testamentaire, c'est un système radicalement différent de ceux que Lenel ou Schulin prétendraient être le droit primitif. Or le système du droit classique est en possession d'état, je veux dire qu'il a paru tou-

système primitif.

jours immémorial et primitif, que nous ne pouvons relever aucune trace à un moment quelconque où il y aurait eu un bouleversement dans le droit romain, soit par voie législative, soit par la coutume, des règles fondamentales qui étaient suivies. Nous ne trouvons aucun passage d'un système ancien supposé, système sans l'institution d'héritier, à un système nouveau, soit disant, qui serait le système du droit classique, où l'institution d'héritier est la condition nécessaire pour qu'un legs puisse être fait. Ce passage apparaît donc comme inexplicable. Si l'antinomie, que nous constatons nous aussi, entre la succession testamentaire et la succession ab intestat, peut être expliquée historiquement, sans qu'il soit nécessaire de sacrifier l'une à l'autre, sans nier l'existence de la succession testamentaire et son caractère originaire, sans nier non plus l'existence de la succession ab intestat, fondée sur la propriété familiale, et son caractère également originaire, si nous pouvons arriver à concilier et à expliquer d'une façon historique cette antinomie, cette explication aura la meilleure présomption d'être la plus vraie, tout au moins la plus vraisemblable.

Le testament comitial est un procédé de désignation du chef de la gens.

Nous partirons donc de ce point de départ, que le testament comitial permet au testateur de désigner son héritier, que le testament comitial sert à faire l'institution d'héritier. C'est d'ailleurs l'opinion traditionnelle, qui est celle de la majorité des auteurs. Cette désignation est faite sous la forme d'un commandement. C'est une déclaration impérative. Nous n'avons en effet aucune raison de douter que c'est dans le testament comitial qu'est née la forme traditionnelle de l'institution d'héritier. "Titius heres esto", Ulpien, Regulae, 21.

De même nous verrons que la formule de la nuncupatio dans le testament per aes et libram est inspirée par les paroles adressées par le chef de famille faisant son testament devant l'assemblée du peuple:

* "Ita do, ita lego, ita testor, itaque, vos Quirites testimonium mihi perhibetote", Gaius, 2, 104. Ainsi je donne, ainsi je lègue, ainsi je fais mon testament,

* ainsi, vous Quirites, fournissez-moi votre témoignage.

Vous remarquerez combien cette forme de testament vient apporter une preuve convaincante, une preuve vraiment typique, à la conception de Bonfante, exposée dans le dernier chapitre, conception de l'hérédité souveraine, de la transmission par le paterfamilias de son autorité sur son groupe à son successeur. Cette transmission du titre, donnant le pouvoir, faite par le titulaire actuel au successeur, rien

n'est plus naturel que la forme dans laquelle elle se fait. La preuve de la vérité de cette conception est apportée, non seulement par les paroles de commandement par l'investiture solennelle, qui est donnée, mais, encore plus par le lieu où ces paroles sont prononcées, l'assemblée des gentes. C'est bien la déclaration du chef de la gens annonçant aux autres gentes celui qui lui succèdera. S'il s'était agi dès le début de l'institution d'une affaire purement patrimoniale, d'une affaire purement d'intérêt privé, on comprendrait mal la nécessité de cet acte public et de la participation des gentes. Un acte privé, tel que la mancipation par exemple, aurait été parfaitement suffisant, et nous dirons en fait à parfaitement suffi, car nous verrons que c'est à quoi sert, et a toujours servi, la mancipatio familiae, que nous étudierons après le testament comitial. Il n'y a pas de raison de penser que la mancipatio familiae ne soit pas aussi ancienne que le testament comitial, aussi ancienne tout au moins que la propriété privée, et c'est elle qui a servi à transmettre les biens, qui étaient en la propriété privée du père de famille.

Rapprochement
avec le procé-
dé de désigna-
tion du roi.

Le testament, considéré comme procédé de désignation du chef de la gens, est à rapprocher du mode de nomination du roi. Il lui est strictement comparable, car ce sont des pouvoirs de même nature, qui sont ainsi donnés, et l'un, le paterfamilias, a servi de modèle à l'autre. Le roi a les mêmes pouvoirs, et a été créé sur le modèle du pater gentis. Or, le roi n'est désigné ni par l'élection ni par l'hérédité. Les récits légendaires des premiers rois de Rome ne nous montrent aucun fils succédant par hérédité à son père. D'après ces légendes, les premiers rois, sauf les rois étrusques, les Tarquins, sont représentés comme élus régulièrement par le peuple. Mais cette élection est certainement une anticipation des institutions républicaines, du mode d'élection des magistrats. Ces anticipations sont nombreuses dans les historiens latins, et elles sont reconnues par les historiens modernes. Mais nous trouvons des survivances dans les institutions de la République qui montrent le véritable procédé de nomination du roi, et ce procédé, c'est la désignation par la volonté du prédécesseur. Le successeur est nommé par son prédécesseur. En ce sens: Bonfante, Histoire du Droit romain, I.91 et suivants; de Francisci, Storia del diritto romano, I.p. 188.

La première survivance que nous rencontrons c'est l'interregnum. Quand une magistrature supérieure devient vacante, par accident, par exemple par la mort des deux consuls, le pouvoir revient aux sénateurs.

teurs : "Auspicia ad patres redeunt", disent les textes, les auspices reviennent aux patres, c'est-à-dire primitivement aux chefs des gentes. Suivant un certain ordre, les sénateurs exercent à tour de rôle la magistrature, c'est-à-dire le pouvoir royal, chacun pendant 5 jours. Le seul office de l'interrex sous la République, c'est de présider aux nouvelles élections, mais sous la royauté l'office principal de cet interrex est de créer le successeur, que le roi par suite d'un hasard, du hasard de sa mort, n'avait pas pu créer.

Et la désignation du dictateur.

La deuxième survivance, que nous rencontrons, c'est la dictature. La dictature, c'est la suppression provisoire des garanties républicaines, qui sont fournies par les magistrats élus et par les pouvoirs réguliers des comices. C'est en cas de péril intérieur ou extérieur la résurrection de l'ancien pouvoir royal, dans son caractère absolu. Or, le dictateur n'est pas élu, sur la demande des patres du sénat, un des consuls désigné par les sénateurs nomme celui qui pour un temps, en principe pour six mois, exercera les pouvoirs anciens du roi, sans contrôle. Le consul désigné créera librement le dictateur, sans que le Sénat lui indique qui il doit choisir. Cette création est faite par une désignation orale, une déclaration. (Voir Mommsen, Droit public. 3.172). Le nom technique de cette création est "Dictatorem dicere". Normalement cette déclaration est faite devant les comices. Elle doit en tout cas être faite sur le sol romain, in agro romano, et non pas à l'étranger. Tite-Live 27.29. Le consul de 546, Crispinus, étant blessé à Capoue, est invité, "si ad comitia venire Romam non possit, dictatorem in agro romano diceret comitiorum causa". S'il ne peut pas venir à Rome devant les comices, il dira le dictateur, sur une terre romaine, à la place des comices. Il y a d'autres survivances de même nature, par exemple le rex sacrorum, qui est désigné par les pontifes, et non pas élu.

Tout ceci montre quel fut le procédé de nomination du roi, non pas l'élection qui n'est pas encore en usage, mais la désignation du prédécesseur, et une désignation orale devant l'assemblée du peuple. Les formes de la désignation du roi sont donc substantiellement les mêmes que les formes du testament comitial, et c'est une désignation de même nature, qui est ainsi faite.

III- Qui peut être institué héritier?

Nous retrouvons encore ici les mêmes difficultés, les mêmes incertitudes et les mêmes systèmes divergents, que nous avons relatés tout à l'heure. Nous

les retrouvons pour la même raison, qui est l'incompatibilité entre la succession testamentaire et la succession ab intestat, entre la liberté du testament et la copropriété des descendants.

Le testateur peut-il choisir son héritier comme il veut?

Les uns, comme M. Fliniaux dans son cours, pensent que le père de famille, à l'origine, c'est-à-dire avant les XII Tables, ne pouvait pas faire de testament, ne pouvait instituer un héritier testamentaire que s'il n'avait pas de descendants. Le testament ne lui était donc ouvert qu'à défaut d'heredes sui. Les autres, au contraire, pensent que le père de famille était primitivement dans l'obligation d'instituer ses descendants, et ne pouvait faire son testament qu'en faveur de ses heredes sui. Il choisissait parmi ses enfants le plus digne de le continuer, et en faisait son héritier. Cette opinion est soutenue par M. Levy-Bruhl, "La fonction du très ancien testament romain", N.R.H. de Droit français et étranger, t. 45. 1922. C'est aussi l'opinion de Bonfante, Corso di Diritto romano, VI, P. 60. "Le testament, dit-il devait représenter en principe à l'époque ancienne un choix entre les sui." C'est aussi l'opinion de Solazzi, Diritto ereditario romano, I. p. 155. Il accentue l'idée de Bonfante, en disant vouloir changer le mot de Bonfante, "en principe", et le remplacer par "toujours", et il n'admet pas ce que dit Bonfante, p. 91, qu'il peut y avoir des cas exceptionnels où il serait permis de chercher le souverain hors du groupe. Ces deux opinions, toutes contradictoires qu'elles soient, se heurtent pourtant à la même objection, qui me paraît décisive: Elles se heurtent à ce fait que la liberté testamentaire est en possession d'état, dans le droit romain aussi haut que nous pouvons remonter par des documents certains. D'après l'interprétation la meilleure, acceptée d'ailleurs par ces auteurs, elle existe même à l'époque des XII Tables. Elle est prouvée pour les XII Tables par le texte "Si intestato moriturus qui suus heres non escit, agnatus proximus familiam habito."

Si le père de famille primitivement ne pouvait faire de testament qu'à défaut d'héritier sien, on ne comprendrait pas pourquoi déjà à l'époque de Plaute c'est pour lui une obligation impérieuse, non seulement de faire son testament, mais de le faire précieusement pour instituer ses héritiers siens, pour instituer ses descendants. Si d'autre part, il ne pouvait instituer que ses heredes sui, à quel moment aurait-il acquis la liberté testamentaire et pourquoi l'a-t-il acquise? C'est ce qui n'apparaît pas dans les textes. Au reste, Bonfante n'a jamais traité de façon explicite

Le but du testament est de désigner l'héritier souverain.

te la question de savoir si la liberté testamentaire du père de famille était primitivement restreinte au choix entre ses enfants. Il apparaît sur ce point être resté dans le doute. L'affirmative, au contraire provient de Solazzi. Je m'étonne que celui-ci n'ait pas aperçu la contradiction qu'il y a entre sa conception du testament et la prétendue obligation pour le père de choisir l'héritier seulement parmi ses sui. En effet, suivant le système de Bonfante et de Solazzi, nous l'avons vu déjà suffisamment, le testament comitial est primitivement la désignation de l'héritier souverain, qui en même temps que les biens de la famille est investi de la puissance sur celle-ci, et il n'a les biens que parce qu'il a la puissance. Le but de cette désignation, d'après ces auteurs, a été de maintenir l'unité, d'empêcher la famille de se désagréger pour en préserver la force. Mais, dans cette conception dès la deuxième génération de ce groupe qui reste ainsi uni, le groupe est plus étendu qu'une famille au sens strict du mot. Dès la deuxième génération, il comporte en effet plusieurs familles, non seulement le père et ses descendants, mais des collatéraux, restés par hypothèse groupés autour du chef. On est donc invinciblement amené à considérer que l'hérédité souveraine déborde nécessairement le cadre de la famille au sens agnatique du mot et que l'héritier est le *pater gentis*, le chef de la gens.

Absence de primogeniture au droit romain.

Bonfante dans ses premiers articles et dans sa *Storia di Diritto romano*, p. 186, ne voit le groupe souverain que dans la famille agnatique. Mais devant les critiques soulevées par son système, les critiques notamment d'Arangio Ruiz, "*La gente et la Cita*", p. 15, p. 71, il élargit le problème et désigne expressément la gens comme étant ce groupe uni sous l'autorité, *Scritti giuridici*, I. p. 232, "*Le critiche al concetto de l'originaria eredita sovrana*". Mais comment ne pas voir que dans ce système le *pater gentis* n'a pas sous son pouvoir que des descendants ? Il a des collatéraux, et au bout de plusieurs générations des collatéraux même très éloignés. Or, rien n'est plus absent du droit romain que la conception d'un pouvoir cantonné dans une seule famille, et qui se transmettrait de génération en génération au seul descendant direct. Cette conception aurait conduit au droit de primogéniture, au droit d'aînesse, dont nous ne trouvons aucune trace en droit romain.

Nous concluons donc que le testament comitial dans sa splendeur originelle, c'est la désignation solennelle par le *pater gentis* de son successeur, c'est-à-dire de celui qui aura l'autorité sur la gens et sur

la propriété commune et inaliénable de la gens, sur la terre, sur le territoire où elle vit et dont elle tire sa subsistance. Cette désignation se fait dans l'assemblée des gentes, dans les comices curiates; le pater gentis choisit librement le chef, son successeur parmi tous les membres de la gens.

Quand par suite de circonstances politiques la puissance de la gens est supprimée avec la suppression de sa propriété commune, les terres se partagent entre les familles. Le père de famille, en même temps que la propriété de la terre, hérite du pouvoir d'en disposer, c'est-à-dire du pouvoir de faire un testament comitial, comme le pater gentis. Il en hérite tel qu'il était et sans être limité à ses descendants et à ses sui, c'est-à-dire qu'il acquiert la liberté testamentaire.

IV. Rôle des comices.

Les comices et les pontifes jouaient-ils un rôle actif à l'origine ?

Le testament est fait sous forme de déclaration orale devant les comices curiates. Quel est le rôle que joue le peuple dans ce testament ? C'est encore un problème discuté. La question est de savoir si le peuple vote, c'est-à-dire donne son adhésion, son autorisation, et si les pontifes en dehors du pouvoir de surveiller et de contrôler ont encore le pouvoir d'autoriser le testament, ou bien si le peuple et les pontifes n'ont qu'un rôle passif : entendre la communication et servir de témoins.

Il faut savoir que cette question n'est pas de la même importance pour la période classique que nous connaissons. Dans cette période, comices et pontifes n'ont qu'un rôle passif. D'ailleurs les comices curiates sont en décadence complète, le peuple n'y va plus, il est représenté seulement par les 30 licteurs des 30 curies. La liberté testamentaire est donc complète, aussi bien dans le testament comitial que dans le testament per aes et libram, bien entendu dans les limites fixées par la loi.

Mais, c'est ici le problème des origines, en a-t-il toujours été ainsi ? La majorité des auteurs pensent pouvoir conjecturer que le rôle primitif du peuple a été d'autoriser le testateur, de rendre valable son choix par un vote. Cette opinion n'est pas la nôtre. Cette opinion a été entraînée d'abord par l'autorité des deux plus illustres auteurs qui l'ont soutenue Ihering, *Esprit du Droit Romain*, I. P. 147 et Mommsen, *Droit public*, 6, 1^{re} p. 394. C'est elle qui est suivie en général dans tous les manuels français, notamment dans le manuel de Girard, p. 852. Su-

Théorie selon laquelle le peuple par son vote rendait valable le choix du testateur.

quoi se fonde-t-elle essentiellement ?

D'abord sur un argument d'analogie avec l'adrogatio. L'adrogatio a lieu, elle aussi, devant les comices curiates, et l'adrogatio fait l'objet d'une rogatio, c'est-à-dire d'une demande d'autorisation, dont les termes nous ont été conservés par Aulu-Gelle, Nuits Attiques, 5.19 "Velitis, jubeatis, Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio, tam jure legeque filius siet.... et ita ut dixi, ita, vos Quirites, rogo". Voulez-vous ordonnez-vous, Quirites, que Lucius Valerius soit le fils de Lucius Titius tant par le droit que par la loi? Je vous le demande, Quirites, pour qu'il en soit ainsi que je l'ai dit.

A cet argument d'analogie, on ajoute un second plus général, tiré de la nature présumée du testament. On considère le testament comme une loi spéciale, dérogeant à la loi générale des successions, loi générale d'après laquelle les biens doivent revenir à la famille. Par conséquent, le testament serait un acte législatif, dépassant les pouvoirs et le caractère d'un simple acte de droit privé et nécessitant l'autorisation expresse du législateur, c'est-à-dire du peuple. Ce point de vue est particulièrement bien développé par Girard dans son Manuel, p.352.

Critique de
cette doctri-
ne.

L'opinion inverse soutenue par Karlowa *Romisches Rechts Geschichte*, I. 850, nous paraît la plus vraisemblable et la plus naturelle. En voulant attribuer au testament le caractère d'une loi véritable, les auteurs nous paraissent avoir fait ce qu'ils appellent eux-mêmes une anticipation, comme en ont fait souvent les historiens romains. Un des mérites principaux de Mommsen et de son école est d'avoir dénoncé ces anticipations. C'est une anticipation, c'est-à-dire qu'ils attribuent aux comices curiates de l'époque royale un rôle, une activité qui a été ceux des comices par centuries et par tribus de l'époque républicaine, un rôle législatif. Il est en effet admis par tous les auteurs actuellement que les comices n'ont pas voté de lois avant les XII Tables, 305 de R.F., 50 ans environ après la fondation de la République. Avant les XII Tables, les Romains ne connaissaient comme source de droit que la coutume. L'activité législative des comices ne commence qu'avec les XII Tables, comme leur activité élective ne commence qu'avec la république. Les comices législatifs et électifs ne sont pas les comices curiates mais les comices par tribus et par centuries qui ne datent que de la république. Concevoir le testament comme une loi, qui a besoin d'être votée par le peuple, c'est donc faire une anticipation, qui introduit une notion nouvelle dans une civilisation

qui ne la connaissait pas, une anticipation peut-être même de plusieurs siècles. En outre, si les formes de l'adrogation indiquent que l'on demande au peuple d'approuver ou de désapprouver l'acte par lequel une famille est détruite, les formes du testament ne présentent pas la même physionomie. La différence entre ces deux objets écarte l'argument d'analogie. En effet, ce ne sont pas des demandes, des rogationes, qui sont faites dans le testament. Le testament contient des paroles impératives de commandement, l'institution d'héritier "Titius heres esto". La nuncupatio contient, elle aussi, seulement des paroles de commandement : "Ita de ita lego, ita testo, itaque, vos Quirites, testimonium mihi perhibetote". Ce n'est pas la forme d'une rogation on demande au peuple, non pas son consentement, mais son témoignage. Dans la notion, que nous admettons ici du testament, acte souverain du chef de la gens, cette déclaration est la forme la plus vraisemblable, par laquelle le chef annonce au peuple quel sera son héritier, sans lui demander son avis, pas plus que le roi ne le lui demandait pour désigner son successeur dans la déclaration qu'il faisait au peuple.

Le chef se contente d'annoncer au peuple quel sera son héritier.

Quant aux pontifes, sous la présidence de qui se tenaient sous la république les comices calates, ils n'ont pas davantage à autoriser ou à refuser le testament. La seule autorité qu'ils aient est celle que leur donne leur situation de conseillers juridiques. Ils ont le contrôle au point de vue des sacra, au point de vue du droit religieux, contrôle que leur donne leur pouvoir général en ces matières.

Il n'y a donc pas eu évolution du droit dans le sens de la liberté.

L'avantage de cette conception est qu'elle rend inutile la supposition que le droit a changé à un moment qu'on ne peut pas déterminer, et a évolué dans le sens de la liberté. Cette supposition gratuite est pourtant nécessaire dans le système des auteurs, car à l'époque classique le testament comitial est aussi soustrait au contrôle du peuple que le testament per aes et libram. Gaius 2.102; signale en effet que le testament per aes et libram a été admis, non pas pour éviter le contrôle du peuple, mais pour permettre de tester en dehors de l'époque des comices. Si au temps de l'invention du testament per aes et libram le testament comitial était soumis encore à l'approbation du peuple et des pontifes, sa grande utilité aurait été d'éviter le contrôle et d'établir la liberté.

Un autre avantage - et une nouvelle preuve - c'est qu'il n'est pas nécessaire de supposer (ici encore c'est une supposition gratuite des auteurs qui soutiennent l'opinion contraire), que le testament in

procinctu est moins ancien que le testament comitial, car le testament in procinctu, comme nous le verrons, exclut toute idée de vote.

V- Règle des XII Tables:

5.3. "Uti pater legassit suae rei, ita jus esto"

et rapport avec le testament comitial.

Le testament comitial ne donne pas la propriété de la terre au pater gentis; elle reste propriété collective de la gens.

Dans la conception que nous soutenons ici, le testament comitial dans son origine est la désignation de son successeur par le pater gentis, désignation nécessaire, puisque la nature ne désigne pas son héritier, désignation plus large que l'institution d'un heres suus. Ce testament comitial n'a pas encore le caractère patrimonial. Ce qui est désigné est avant tout, et même uniquement, la personne du successeur. La conséquence indirecte est de placer le territoire de la gens sous l'autorité du pater gentis, comme la gens elle-même. Mais ce testament ne donne pas la propriété de la terre au pater gentis, car celle-ci est la propriété collective de la gens, c'est-à-dire qu'elle est inaliénable et impartageable. Nous avons vu qu'à une certaine époque l'unité de la gens a été brisée. La puissance trop grande de cet organisme souverain portant ombrage à la puissance de l'Etat, lorsque la cité a pris conscience de son rôle et le pouvoir, le moyen le plus efficace de la faire disparaître a dû être le partage des terres de la gens. Ce partage, sa réalité nous est attestée nous l'avons vu par l'organisation du sol en tribus. Vous vous rappelez l'hypothèse, que j'ai soutenue au chapitre précédent. Avec le partage, la terre devient objet de propriété privée, propriété de famille sans doute, propriété de la famille agnatique au sens étroit du mot, mais propriété qui est remise tout entière au père de famille. Après le partage, chaque père devient propriétaire, et cette propriété est une propriété individuelle, à partir du moment où il a le droit d'aliéner la terre de son vivant, le droit de la partager après sa mort. Ce droit pour la terre, le père de famille n'en a vraisemblablement pas connu d'autres. Lorsqu'en effet la propriété collective entre les mains de la gens est devenue propriété individuelle, dès qu'elle fut partagée entre les pères de famille, le fundus, l'ager limitatus, qui est entré dans le patrimoine familial, devient une partie de la familia pecuniaque. Or, au moment du partage, cette famille est déjà une propriété individuelle, puisque le mode type d'alié-

Le partage des terres.

nation est déjà créé : c'est la mancipatio. Nous avons vu les raisons qu'il y a de croire que la mancipatio a été imaginée pour les objets mobiliers seulement, donc avant la propriété foncière de la famille. Et c'est ici qu'il faut faire intervenir une hypothèse explicative, hypothèse gratuite et arbitraire, en ce sens qu'elle n'a aucun soutien direct dans des témoignages, dans des textes, mais c'est une hypothèse qui permet de faire entrer le plus grand nombre de faits connus dans une explication rationnelle: c'est l'hypothèse qui nous permet de résoudre la contradiction fondamentale qui est à la base du droit héréditaire entre le testament et la copropriété familiale, et par conséquent c'est une hypothèse scientifique.

L'unité de la gens est détruite, le pater gentis est supprimé, comme nous venons de le dire. Ses successeurs sont les différents patres familias de la gens. En recevant leur part de la terre, ils acquièrent aussi le droit de transmettre l'autorité sur cette terre, c'est-à-dire qu'ils acquièrent le droit de faire un testament comitial, comme le faisait autrefois l'ancien pater gentis, avec la terre ce droit passe au père de famille. Il passe sans doute tel qu'il était auparavant, c'est toujours une institution d'héritier, mais la situation est en fait complètement modifiée. Entre les mains du paterfamilias, le testament devient avant tout un mode de transmission de biens, un acte patrimonial. Sans qu'il y ait eu aucune modification formelle, sa nature se transforme avec le régime de propriété. Le bien qui est ainsi transmis est soumis à la propriété privée, le testament ne sera donc plus le mode de transmission de l'autorité sur la famille. Si on permettait en effet à celle-ci de rester groupée sous l'autorité d'un seul chef, ce serait la reconstitution à bref délai de la gens. Aussi pour la patria potestas, c'est la règle de la famille agnatique qui reste seule valable. A la mort du paterfamilias il y aura autant de nouvelles familles que de personnes rendues sui juris par sa mort. Elles deviennent sui juris, c'est-à-dire eux-mêmes patres familias ex lege et non pas ex testamento. Pour les biens, au contraire, c'est le testament qui triomphe, c'est le testament, c'est-à-dire la volonté du paterfamilias qui permet d'en opérer la transmission, et c'est sans doute à partir du moment où le testament est devenu patrimonial qu'il subit une série de modifications. La première de ces modifications c'est la possibilité d'instituer plusieurs héritiers, et non pas un seul, comme dans le testament souverain, dont l'unité était la condition essentielle. Le père de famille

Après la destruction de la gens le testament devient avant tout un acte patrimonial.

Droits re-
connus au pa-
terfamilias
dans son tes-
tament.

pourra désigner comme héritiers tous ceux que la cou-
tume appelle à partager ses biens, c'est-à-dire tous
ses descendants et, parmi eux, spécialement les femmes,
que le droit romain, à la différence des autres droits,
tels que le droit grec ou germanique, n'écarte pas des
biens paternels. Il acquerra dans son testament la possi-
bilité de donner la liberté aux esclaves, objets de pro-
priété, il pourra faire des affranchissements testamen-
taires, il obtiendra la possibilité de nommer un tuteur
à ses enfants mineurs ; puisque ceux-ci recueillent leur
part dans la succession, il est nécessaire de protéger
les biens qui leur reviennent et qu'ils ne peuvent gérer.
Il obtiendra, enfin, le droit de faire des legs, c'est-
à-dire de gratifier de biens particuliers les personnes
à qui n'est pas donné le titre d'héritier. Ainsi le pas-
sage du testament souverain dans le domaine patrimo-
nial amène sa transformation. Bien qu'il triomphe de
la succession ab intestat, il lui emprunte quelques-
unes de ses règles qui sont rendues nécessaires par la
nouvelle possibilité de partage des biens.

A quel moment s'est faite cette transformation ?
La règle des XII Tables, que nous allons maintenant é-
tudier, permet de croire que cette transformation s'est
accomplie à l'époque des XII Tables, et sans doute par
les XII Tables elles-mêmes.

5.3. "Uti legassit super pecunia tutelave suae
rei, ita jus esto."

Explication
de la règle
des XII Ta-
bles : uti le-
gassit super
pecunia....

L'interprétation de cette disposition présente
trois ordres de difficultés, qu'il faut examiner succes-
sivement. Nous devons d'abord établir le texte. Ce tex-
te a été souvent cité par les jurisconsultes et les gram-
mairiens, et il est cité dans des rédactions divergen-
tes. Quelle est la rédaction originaire, celle des XII
Tables ? La deuxième difficulté porte sur le sens du
mot "legassit", qui a été interprété comme donnant le
droit de faire un testament tout entier ou encore dans
un sens plus restreint, qui est pour nous le meilleur,
donnant simplement la possibilité de faire des legs.
Enfin, la difficulté qui reste, la plus incertaine,
c'est la détermination du sens du mot "pecunia", ou
bien interprété dans un sens restreint ou dans un sens
plus général de tout le patrimoine du testateur.

Quel est le texte originaire des XII Tables ?

L'expression
originale est :
uti legassit
suae rei ita
jus esto.

Gaius 2.224 nous dit simplement : "Uti legassit suae rei,
ita jus esto." C'est ce texte restreint, que nous trou-
vons dans Pomponius, Digeste 50.16.120 et dans les Ins-
titutes de Justinien. Nous trouvons de même dans la No-
velle 22 de Justinien Chap. 2 Pr. "Uti legassit quicque
de sua re, ita jus esto." La phrase tout entière, que
nous avons citée en premier lieu, et qui est acceptée
par les recueils de textes de droit romain, est donnée

par Ulpien, *Regulae*, 11.14. *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.*" Une formule un peu divergente se trouve dans le jurisconsulte Paul D. 50. 16.53 : *"At, cum dicitur, super pecuniae tutelave."* Ce texte est sûrement incorrect, car la préposition *super* gouverne l'accusatif et l'ablatif, et non pas le génitif. Enfin, Cicéron, de *inventione*, 2.50 et *"Auct. ad Herennium"* 1.13 *Paterfamilias uti super familia pecuniave sua legassit, ita jus esto.*" Les paroles originales les plus vraisemblables sont celles de Gaius : *"Uti legassit suae rei."* Ce sont les seules, en effet, qui donnent une phrase correcte, tandis que *"pecunia tutelave suae rei"*, cela n'a pas un sens bien acceptable. *Pecunia suae rei* est une répétition, et les deux mots paraissent indiquer en somme la même idée. *Tutela suae rei* désigne très certainement la tutelle. Or, il s'agit de la tutelle sur les enfants, plutôt que sur les biens. Ces deux mots : *pecunia tutelave*, sont très vraisemblablement une addition explicative faite au texte des XII Tables, à une époque difficile à déterminer, mais qui correspond à l'extension du sens que l'interprétation a donné, comme nous allons le voir, à cette disposition. Quant à la phrase de Cicéron, c'est nettement une transformation de grammairien pour mettre la loi en rapport avec la conception de son temps et pour affirmer que sous les mots de *"sua res"* ou de *"pecunia suae rei"* se trouve, comme les jurisconsultes le pensaient à l'époque de Cicéron, déjà l'ensemble du patrimoine du père de famille, sa *"pecunia familiaque"*. Il n'est pas douteux, en effet, qu'à l'époque de Cicéron, la disposition des XII Tables s'étendait à l'ensemble du patrimoine.

Quelques auteurs ont déjà soutenu que *pecunia tutelave* formait une intercalation dans le texte original postérieur aux XII Tables. Nous le trouvons dans *Dirkenzwölf Tafeln Fragmente*, 1824, p. 330, Appleton, le testament romain, 1902, p. 59, Wlassak, *Studien Zum Alt.* etc. p. 5 et p. 18. L'expression originale est donc *"uti legassit suae rei, ita jus esto."*

Quel est maintenant le sens de "legassit" ?

Généralité
attribuée au
au texte par
les jurisconsultes
classiques.

Pour les jurisconsultes classiques, le texte a un sens indubitable et très général, de faire son testament et tout ce que contient le testament. Pomponius 50.16.120. *"Verbis legis duodecim Tabularum"* his : *uti legassit suae rei, ita jus esto. Latissima potestas tributa videtur, et heredem instituendi, et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi.*" De ces paroles de la Loi des XII Tables, comme on aura fait un legs au sujet de son bien, ainsi est le droit, la puissance la plus étendue paraît être attribuée et d'instituer un héritier, et de faire des legs et des affran-

chissements, et aussi de constituer des tutelles. Gaius, lui aussi, peut être interprété dans ce sens général. 2. 224. "Sed quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare, nec quidquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis. Idque lex Duodecim Tabularum permittere videbatur, qua cavetur ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur his verbis : Uti legassit suae rei, ita jus esto." Mais il était possible d'épuiser tout son patrimoine par des legs et des affranchissements et de ne laisser à l'héritier pas autre chose que le titre vain d'héritier. La Loi des XII Tables paraissait le permettre en disant qu'étaient valables les dispositions que chacun prenait dans son testament à cause de ces paroles : comme on aura légué au sujet de son bien, ainsi est le droit. Si l'on s'en tient à la fin du texte, "quisque de re sua testatus esset", on peut admettre que Gaius justifie par les paroles des XII Tables le testament lui-même. C'est l'opinion commune des anciens auteurs, notamment Girard, Manuel p. 853. Girard explique la loi en disant que ce qu'elle consacre c'est la liberté des testaments, et il l'interprète comme étant la consécration d'une réforme, qui aurait soustrait le testament comitial à l'autorisation du peuple, au vote d'une loi. Il donne au mot "legassit" un sens d'ailleurs inusité, de faire une loi, legem facere. Pour nous, vous vous le rappelez, le vote du peuple dans les comices sur le testament nous a paru une opinion à rejeter. La notion de loi appliquée au testament nous a paru arbitraire et le produit d'une anticipation. De l'avis qui tend à se répandre parmi les auteurs nouveaux, on réduit l'importance de ce texte, et la généralité que lui attribuent les jurisconsultes classiques ne semble pas être le sens originaire.

La loi des XII Tables a permis en réalité de faire des legs.

Ce que la Loi des XII Tables a permis, à notre avis, ce n'est pas de faire un testament ; la faculté d'instituer l'héritier existe et existe depuis longtemps. La loi des XII Tables permet de faire des legs, d'ajouter au testament à l'institution d'héritier, les dispositions en faveur de légataires. La Loi des XII Tables, en effet, emploie le terme technique de "legare" ; le terme technique pour désigner l'acte de faire son testament est "testari" tandis que "legare", "legatum", legatarium, désignent l'acte de léguer, de faire des legs, le legs, et le légataire. Cet appui que nous trouvons dans les termes, nous le rencontrons aussi dans l'interprétation. Si on lit attentivement le texte de Gaius, c'est bien en effet ce que dit ce texte. Le sens vrai du passage, que je vous ai cité, est que la Loi des XII Tables a permis les legs et les affranchissements dans les testaments, qu'elle a ren-

du valables les dispositions qui étaient insérées dans ce testament. C'est bien ainsi que Justinien, dans ses *Institutes*, a compris Gaius, et le reproduit d'une façon plus claire. *Institutes* 2.1. "Cum enim olim lege duodecim Tabularum, libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare, quippe ea lege ita cautum : uti legassit suae rei, ita jus esto." Autrefois, d'après la Loi des XII Tables, la faculté de faire des legs était complète, de sorte qu'il était possible d'épuiser tout son patrimoine par des legs, car il était ainsi ordonné par cette loi, lorsqu'elle dit : uti legassit suae rei, ita jus esto. Vous voyez que le texte des *Institutes* ne dit rien de plus que le texte de Gaius, qui a été son modèle, mais il le dit d'une façon plus claire, et il résulte indubitablement de ce texte que ce que la loi a donné par sa disposition, c'est la "libera potestas legandi."

Cette opinion a été soutenue par Lenel dans l'ouvrage, que j'ai déjà cité, *Zur Geschichte der "heredis institutio"*, par Cug, dans son *Manuel*, 2ème édition, p. 182 et par Wlassak, dans l'oeuvre que j'ai déjà citée. Ces auteurs profitent, il est vrai de cette interprétation pour renforcer leur système, d'après lequel la Loi des XII Tables ne connaît pas encore le vrai testament, ne permet que de faire des legs. Mais cette opinion se heurte à cet autre passage de la loi, que nous avons déjà cité : 5.4. "Si intestato moritur", qui suppose nécessairement la possibilité de faire un testament. Cette phrase montre encore que la Loi des XII Tables, à côté du mot "legare" emploie et connaît la désignation technique de "testari", "testatus", "intestatus".

Quel est donc le sens, que nous attribuerons personnellement à la Loi des XII Tables ? Par sa règle, les XII Tables ont permis d'insérer dans le testament comitial les dispositions sur les legs. Les XII Tables ont donc purement et simplement tiré les conséquences de la transformation qui s'est produite, à notre point de vue, quand le testament comitial est devenu le testament du père de famille sur ses biens. A l'institution d'héritier, objet unique du testament du pater familias, sont venues s'ajouter des dispositions particulières sur ses biens. Cette faculté a été consacrée par la loi des XII Tables.

Peut-on maintenant aller encore plus loin dans l'interprétation de la loi des XII Tables ? Peut-on dire que les mots "sua res patris" se rapportent à certaines parties seulement du patrimoine du père de famille la liberté de faire des legs ? L'étude tout entière de Wlassak, que j'ai déjà citée, est consacrée

La loi suppose également la possibilité de faire un testament.

Elle tire les conséquences de la transformation du testament comitial.

Explication
des termes
ajoutés au
texte des XII
Tables.

à l'essai de faire cette discrimination. Il arrive, d'ailleurs à des résultats très hypothétiques et très incertains. Il est certain, en effet, que pour les jurisconsultes classiques, la "res sua" du père de famille, expliquée par l'addition postérieure de "pecunia" s'étend à tout le patrimoine, de même que, pour les mêmes jurisconsultes classiques, ce patrimoine tout entier pouvait être désigné soit par le mot "familia", soit par les mots "familia pecuniaque", soit par le mot "pecunia" tout seul. Chacun de ces termes, employé ensemble ou séparément, désigne pour eux l'ensemble du patrimoine.

Sens du terme
pecunia.

Est-ce que cette confusion est originale ? Il est très probable que non. Il est probable qu'à l'origine "familia" désignait toute une catégorie de biens, et que "pecunia" désignait une autre catégorie. La difficulté est de reconnaître quelle pouvait être cette distinction. Pour un certain nombre d'auteurs, la distinction correspond à la différence entre les "res Mancipi" qui seraient la "familia" et les "res nec Mancipi" qui seraient la "pecunia". Pour Wlassak, la distinction est un peu différente : "familia" désignerait les "res Mancipi", mais principalement le bien de famille, bien inaliénable entre les mains du père de famille, dont il ne pouvait pas disposer et qu'il ne pouvait pas enlever à ses enfants, la "pecunia", au contraire désigne les biens dont il a la libre disposition par les legs. C'est pour accentuer et marquer cette différence que les jurisconsultes auraient expliqué le mot des XII Tables "sua res" par le mot "pecunia", entendu au sens ancien. Ces jurisconsultes sont peut-être, d'après Wlassak, les jurisconsultes du VI^{ème} siècle, peut-être même, si l'on en croit une conjoncture, d'ailleurs gratuite d'Appleton, Sextus, Aelius, Catus, de 556 de R.F. Ces précisions sont très hypothétiques et le moins qu'on puisse en dire est qu'elles sont tout à fait incertaines. Il est très possible qu'à l'époque des XII Tables, le sens différent des mots "familia" et "pecunia", n'est pas encore été perdu, mais il semble bien que dans l'état actuel de nos connaissances, il est impossible de s'en rendre compte d'une façon certaine. Il est impossible, en tout cas, d'en tirer les conséquences que veut admettre Wlassak. Il est d'abord bien difficile de supposer que les jurisconsultes du VI^{ème} siècle aient à dessein employé le mot pecunia pour expliquer l'obscurité du mot "sua res"; et qu'ils l'aient employé justement dans le sens original, qui n'était plus le sens de leur époque. Il y a toute chance de penser que eux-mêmes ne connaissaient plus ce sens. Il est donc assez invraisemblable qu'ils aient employé le mot "pecunia"

dans un sens qui n'était plus celui de leur époque, qu'ils ne connaissent probablement plus, pour expliquer un mot obscur. En tirer, d'autre part, la conclusion que la "familia" était le bien de famille inaliénable et non transmissible à d'autres qu'aux enfants est une erreur certaine, contredite par la règle : "Si intestato moritur, agnatus proximus familiam habeto", qui vise le testament comitial. Cette conclusion est contredite encore par la possibilité, que nous allons étudier, de transmettre la "familia", sinon à un héritier, du moins à une autre personne qu'au fils par la *mancipatio familiae*. Cela n'exclut pas d'ailleurs que la Loi des XII Tables ait pu restreindre au début la faculté de faire des legs à certains biens compris dans cette "pecunia", les autres, la "familia", devant être attribués soit à l'héritier sien, soit à l'héritier institué dans le testament.

Explication
des mots tu-
tela suae rei.

La deuxième addition au Texte des XII Tables, "tutelave" est sans doute de la même époque que l'addition de "pecunia". Malgré l'incorrection de l'expression "tutela suae rei", elle est interprétée par les jurisconsultes comme donnant au *paterfamilias* le droit de nommer un tuteur à ses enfants mineurs. J'ai cité Pomponius, Digeste 50.16.120, par ces paroles de la Loi des XII Tables : "Uti legassit suae rei..." le pouvoir le plus large est donné d'instituer un héritier, de faire des legs et des affranchissements et aussi de constituer des tuteurs. Ulpien, *Regulae*, 11.14. "Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim Tabularum his verbis : uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto, qui tutores dati appellantur." Les tuteurs nommés dans le testament sont confirmés par cette même Loi des XII tables dans ces paroles : lorsque quelqu'un aura fait un legs au sujet de la pecunia et de la tutelle de son bien, ainsi est le droit. Ces tuteurs sont appelés "dati". Ainsi les additions que nous avons constatées au texte primitif des XII Tables nous laissent l'impression que c'est par l'interprétation que s'est étendu peu à peu le sens originnaire de la règle. Le texte consacre au début simplement la possibilité de faire des legs, peut-être même de faire des legs sur certains biens, seulement sur la "pecunia", quel que soit d'ailleurs le sens incertain de ce terme. L'interprétation invoque le texte par extension pour consacrer la possibilité de nommer les tuteurs, pour consacrer la possibilité de faire des affranchissements, et enfin par une extension plus grande et plus abusive, les jurisconsultes voient dans ce texte, la loi qui consacre même la faculté d'instituer l'héritier, voient dans cette loi la consécration de tout le droit testamen-

L'interprétation extensive
du texte des
XII Tables.

taire. Cette interprétation a été probablement rendue nécessaire, nous le verrons, pour rendre légale la deuxième forme de testament, le testament per aes et libram.

En terminant ce chapitre, il nous paraît nécessaire de résumer en quelques mots l'ensemble de la doctrine, que nous avons soutenue dans l'étude du testament comitial.

conclusions
sur le testa-
ment comitial.

Le testament "calatis comitiis", c'est la déclaration solennelle par laquelle le pater gentis désigne son successeur. Cette désignation verbale est conçue en termes impératifs : Titius heres esto. Le fait que cette déclaration a lieu devant les comices curiates est la preuve de sa très haute antiquité. Le pater gentis désigne un membre de sa gens, le plus digne, ou le plus puissant, après lui, sans que son choix soit limité à ses descendants. C'est ainsi que s'explique la liberté testamentaire qui va passer telle quelle au paterfamilias.

Quant aux comices, ils reçoivent la communication sans qu'ils aient à l'autoriser, à la rendre valable par un vote. C'est un contresens historique que de dire qu'ils votent sur une rogation comme pour une loi.

Ce testament souverain dure autant que la gens. La puissance de celle-ci comme organisme autonome et souverain est peu à peu attaquée et réduite par la puissance grandissante de l'Etat. Cette décadence peut approximativement se situer dans la période de l'histoire encore légendaire de Rome, qui va des Tarquins aux XII Tables, qui est le III^{ème} siècle de R.F. L'Etat triomphe de la gens, l'unité de celle-ci est brisée avec le partage des terres. L'organisation des tribus est l'aboutissement de cette révolution, elle en est en même temps le signe. Avec l'unité de la gens et sa propriété sur son territoire disparaît le pater gentis. En revanche, par le partage des terres de la gens à titre de propriété familiale, mais individuelle, les paterfamilias des différentes familles acquièrent le droit de faire un testament comitial. C'est à ce moment supposé que tout en conservant ses formes anciennes, le testament comitial change de caractère. Ce n'est plus un testament souverain, c'est un testament patrimonial, car il ne donne plus la potestas du pater gentis, potestas supprimée par l'Etat, mais il fait succéder aux biens, il partage le patrimoine. Les transformations qui en résultent sont consacrées par les XII Tables par une disposition expresse. Les XII Tables permettent d'adjoindre à un testament, à l'institution d'héritier, les dispositions au sujet des

La transforma-
tion du testa-
ment souve-
rain en testa-
ment patrimo-
nial à l'épo-
que des XII
Tables.

legs, peut-être sur une partie restreinte du patrimoine familial, la "res sua" interprétée comme "pecunia". Puis l'interprétation des jurisconsultes étend la portée de ce texte, il y fait entrer tout le patrimoine, "familia pecuniaque" pouvant faire l'objet de legs particuliers, jusqu'à l'absorber tout entier. Puis la loi permet par l'interprétation de nommer des tuteurs, de faire des affranchissements, en un mot de faire toutes les dispositions qui, dans le testament classique que nous connaissons, peuvent figurer. Le testament comitial, sous cet aspect nouveau, subsista longtemps après les XII Tables. Il paraît être cependant tombé en désuétude, même avant la fin de la République. D'après Cicéron, *De Oratore*, I.5.3., il semble qu'il n'existe plus en l'an 605 de R.F. Il est sorti de l'usage à cette époque, puisque ce texte ne mentionne plus, à côté du testament per aes et libram, que le testament in procinctu.

§ 2 - Testament in procinctu.

Les textes qui nous permettent de connaître ce testament, sont tout d'abord ceux dans lesquels le testament calatis comitiis est déjà nommé. Nous les avons cités, c'est Gaius 2.101, Ulpien 20.2., *Institutes* 2.10.1., Aulu-Gelle, *Nuits Attiques*, 15.27. A ces textes, il faut ajouter une Scolie de Vérone, "Ad Aeneidem", 2.141 citée par Mommsen, *Droit public I*, p.196, note 2, Velleius Paterculus 2.5.2.

La deuxième des formes du testament, que les jurisconsultes romains indiquent comme les plus anciennes, c'est le testament in procinctu. Procinctus désigne d'une façon générale, l'équipement, le costume du soldat prêt à combattre. Ce mot vient de "cinctus", pièce d'étoffe entourant les reins, vêtement du même genre que le "licium" qui est en somme un petit caleçon. Ceci nous indique, comme d'autres sources historiques le confirment, que les Romains anciens, comme les primitifs dont ils étaient, combattaient originellement nus. Le testament qui se fait devant l'armée rangée en bataille, au moment de combattre, est donc la deuxième sorte de testament, que nous avons à étudier ici. Gaius 2.101. "Testamentorum genera initio duo fuerunt. Nam aut calatis comitiis testamentum faciebant.... aut in procinctu, id est cum belli causa arma sumebant. Procinctus est enim expeditus et armatus exercitus."

Il y eut au début deux sortes de testament, car les Romains faisaient leur testament ou bien devant les comices calates, ou bien in procinctu, dans l'équipement, lorsqu'ils prenaient les armes pour une guerre. L'équipement, c'est l'armée débarrassée de ses bagages

Le testament in procinctu se fait devant l'armée rangée en bataille.

et armée, c'est-à-dire prête à combattre. Nous ne trouvons rien de plus dans Ulpien, 20.2. et Institutes 2.10.11, Aulu-Gelle, 15.27... "Alterum in procinctu, cum viri ad proelium faciendum in aciem vocabantur." L'autre testament se fait in procinctu, lorsque les hommes étaient appelés pour le combat et rangés en bataille. Velleius Paterculus. 2.5.2. "Facientibus omnibus in procinctu testamenta velut ad certam mortem eundem foret." Tous les soldats firent leur testament tout équipés, comme s'ils allaient à une mort certaine.

irconstances
ans lesquel-
es se fait ce
estament.

Nous savons même le moment exact où se fait ce testament. Ce sont les Scolies de Vérone qui nous renseignent. (Voir Mommsen, droit public, I. p. 126, note 2.) "Ut in exercitu signum ad pugnam datum erat, is penes quem imperium, auspiciumque erat, in tabernaculo in cella sedens auspicabatur coram exercitu. X Dès que dans l'armée, le signal du combat était donné, celui qui avait le commandement et le droit d'auspices prenait les auspices assis sous sa tente sur son siège de magistrat. X Il prenait les auspices c'est-à-dire que, suivant les rites minutieusement établis, il interprétait les signes pour savoir s'ils étaient favorables au combat, si la divinité en donnait l'ordre, si les signes étaient défavorables, l'armée rentrait dans le camp et refusait la bataille. Les Scolies donnent les formules d'auspices. Puis venait l'appel aux armes, c'est-à-dire l'appel des soldats, qui étaient rangés en bataille. "Deinde exercitu in aciem educto, interim morabatur, ut immolaretur." X Ensuite, l'armée étant rangée en bataille, on attendait de nouveau pour offrir un sacrifice. Et c'est pendant l'accomplissement de ce sacrifice que se faisaient les testaments. X "ea mora utebantur, qui testamenta in procinctu facere volebant". X Parfois, cette attente était utilisée par ceux qui voulaient faire leurs testaments in procinctu. X On voit donc très bien la physionomie de ce testament. Au moment de combattre et en danger de mort, le père de famille, qui n'a pas songé encore à faire son testament dans l'une des réunions annuelles des comices, institue son héritier. Il le fait suivant la déclaration verbale en face des autres citoyens, citoyens en armes, comme il pourrait le faire devant le peuple en temps de paix. Cette déclaration nous paraît présenter exactement les mêmes caractères originaux que le testament comitial. Nous avons notamment les mêmes raisons de penser que son importance primitive était bien comme le testament comitial le testament du chef qui désigne à sa gens quel sera celui à qui elle devra obéir s'il périt. Il est beaucoup plus normal et beaucoup plus simple de voir primitivement dans ce testament le testament du chef, plutôt que le testament d'un simple soldat propriétaire

Analogie entre
le testament
comitial et
le testament
in procinctu.

et énumérant à ses compagnons d'armes toutes les dispositions qu'il compte prendre sur ses biens, sur ses esclaves et pour ses enfants. Ce testament nouveau a pu continuer avec le changement dans les institutions, mais il est peu probable qu'il ait été créé de toute pièce et sous cette forme. En outre, les citoyens en armes n'ont jamais pu voter. Ceux qui pensent que le testament comitial est une loi votée par le peuple sont obligés de supposer gratuitement que le testament in procinctu est moins ancien que le testament comitial. Il ne peut, en effet, dater que de l'époque où le testament comitial est devenu libre, où le peuple n'a plus voté, cette époque qui est conjecturalement celle des XII Tables et de la disposition, que nous venons d'étudier : "uti legassit, etc..."

Nous avons dit que, pour nous, c'est une supposition inutile que le vote du peuple n'a jamais existé dans le testament, il n'y a donc aucune raison de dire que l'un est plus ancien ou plus nouveau que l'autre. Ces deux testaments sont deux aspects également naturels de la déclaration de volonté devant le peuple, faite, soit régulièrement devant les comices, soit en cas de danger sous les armes. Ces deux testaments donc ont la même origine, ont les mêmes formes et ont la même évolution, de sorte que, quand le testament est devenu patrimonial, le testament in procinctu a subi le même élargissement que le testament comitial. Les seules différences sont que le testament militaire a été naturellement ouvert aux plébéiens dès que ceux-ci ont été admis dans l'armée. D'autre part, après l'âge de 46 ans, il n'est plus possible de faire un testament in procinctu, puisque c'est la date extrême après laquelle le service militaire n'est plus dû par le Romain.

Dans cet état de droit, le testament militaire continue à être usité sous la République et peut-être a-t-il duré plus longtemps que le testament comitial. Nous avons vu, en effet, un témoignage de Cicéron dans un procès de 605, de Oratore I.5.3. Un accusé, Galba, laisse par une figure de rhétorique la tutelle de ses enfants au peuple, tamquam in procinctu testamentum faceret", comme s'il faisait son testament in procinctu. Cicéron ne nomme pas à cette occasion le testament comitial, quoiqu'il aurait été plus naturel d'invoquer dans cette figure de rhétorique le testament comitial plutôt que le testament militaire. De ceci, on peut inférer que le testament comitial n'était plus en usage. Mais le testament militaire tombe assez vite en désuétude. Ce qui le fait périr, c'est la décadence du caractère patrimonial des débuts de bataille, que nous venons d'examiner. Cicéron, De Natura Deorum 2.3.9., nous dit : "Sed negligentia nobilitatis, augurii disciplina omissa,

Désuétude du
testament in
procinctu.

veritas auspiciorum spreta est, species tantum retenta : Itaque maximae reipublicae partes, in his bella, quibus reipublicae salus continetur, nullis auspiciis administrantur ; nulla peremnia servantur, nulla ex acuminibus ; nulli viri vocantur, ex quo in procinctu testamenta perierunt." ~~C~~ependant, la négligence de la noblesse laisse périr l'art des augures ; on ne reconnaît plus la vérité des auspices, on n'en conserve que la forme ; les affaires les plus importantes de la République, et parmi elles les guerres, d'où dépend le salut de l'Etat, sont conduites sans auspices ; plus d'auspices prises au passage des fleuves, plus d'auspices tirées à la tête des armées, les hommes ne sont plus appelés, par suite les testaments in procinctu ne furent plus en usage. ~~E~~t ainsi les deux plus anciennes formes de testament ne furent pas abrogées formellement, et elles tombèrent peu à peu en désuétude. Elles s'effacèrent devant la troisième forme de testament le testament per aes et libram, Gaius 2. 103. 7. "Illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem habuerunt hoc vero solum quod per aes et libram fit, in usu retentum est," ~~m~~ais ces deux genres de testaments tombèrent en désuétude, celui-là seul qui est fait par l'airain et par la balance resta en usage. ~~C~~'est maintenant cette troisième forme de testament qu'il nous faut étudier.

§ 3 - Testament per aes et libram.

Les formes de ce testament nous sont bien connues, beaucoup mieux que celles du testament comitial. Il est décrit d'une façon claire et assez longue par Gaius 2. 102 et 103, par Ulpien, Regulae, 20. 2 à 9, et Institutes 2. 10. 1.

Nous allons examiner d'abord les formes de ce testament. Nous verrons ensuite le caractère original de la mancipatio familiae, et nous verrons enfin les transformations qui y ont été apportées par l'acte per aes et libram.

I - Formes du testament per aes et libram, d'après Gaius et Ulpien.

Les formes de ce testament sont assez singulières. Ce qu'il y a de caractéristique dans ce testament, tel que nous le connaissons pour le droit classique et que le décrivent Gaius et Ulpien, c'est la dualité des opérations juridiques qui y sont faites. Ulpien, 20. 9. "In testamento quod per aes et libram fit, duae res aguntur mancipatio familiae et nuncupatio testamenti". Plus singulière encore que la dualité de la forme est la complète inutilité de la première partie. La mancipatio familiae ne sert exactement à rien ; c'est une pure

Dualité des
opérations
juridiques.

forme dans le droit classique. Le véritable testament, la seule partie utile, c'est la deuxième, la *nuncupatio testamenti*.

1°- *Mancipatio familiae*.

Description
du cérémonial
par Gaius.

Le testament débute par une *mancipatio* faite dans les formes ordinaires de la *mancipatio*, c'est-à-dire dans les formes du mode d'aliéner entre vifs, du mode essentiellement romain et originaire d'aliéner les biens les plus précieux, les *res Mancipi*. Il y aura donc ici, "*sicut in ceteris mancipationibus*", dit Gaius, cinq témoins, citoyens romains et pubères, et un *libripens*. Le testateur joue le rôle muet, pour le moment, d'aliénateur. Gaius nous dit : "*Qui facit testamentum Mancipat diciis gratia familiam suam*", celui qui fait son testament *mancipe* pour la forme sa *familia*. Le rôle d'acquéreur est joué par un compère qui porte le nom de *familiae emptor*, l'acquéreur de la *familia*. C'est lui qui fait les gestes de la *mancipatio*. "*Deinde aere percussit libram, atque aes dat testatori velut pretii loco*". Ensuite, il frappe la balance avec le morceau de cuivre, et il remet le cuivre au testateur comme à la place du prix. Mais avant de faire le geste rituel de l'acquisition, il a prononcé les paroles, comme on le fait dans une vraie *mancipatio*. Seulement, ces paroles ne sont pas celles de la *mancipatio*, elles en sont inspirées et volontairement déformées dans une rédaction à la fois cauteleuse et embarrassée, qui semble vouloir atteindre ce but contradictoire de faire prononcer les paroles ou des paroles semblables à celles de la *mancipatio*, et en même temps de vouloir leur enlever tout leur sens.

Quelles sont en effet les paroles de la *mancipatio* ? Gaius, I. II 9 "*Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*." J'affirme que cet esclave m'appartient d'après le droit des Quirites, et je l'ai acheté par l'airain et par la balance de cuivre. Les paroles de la *mancipatio familiae* sont les suivantes : "*Familiam pecuniamque tuam endo mandata tua custodelaque mea esse, aio. Eaue quo tu jure testamentum facere possis, secundum legem publicam, hoc aere, et ut quidam adjiciunt, aeneaque libra, esto mihi emptus*." X Je déclare que ta *familia* et ta *pecunia* sont sous ton mandat et sous ma garde, et pour que tu puisses faire ton testament conformément au droit, selon la loi publique, ils me sont acquis par cet airain, et certains ajoutent, et par cette balance de cuivre. X C'est après avoir prononcé ces paroles que le *familiae emptor* frappe la balance de cuivre avec l'airain, qu'il remet au testateur. Son rôle est désormais terminé ; il n'entre pas en possession de la *familia*, le testament n'est pas fait en sa faveur, il

Rôle du *familiae emptor*.

n'est pas chargé de le faire exécuter, il n'est ni exécuteur testamentaire ni héritier, il n'a rien à voir en somme avec le vrai testament, c'est un homme de paille qui prononce les formules, dicis gratia, pour la forme seulement, mais il a donné l'occasion de faire le vrai testament, qui est la nuncupatio testamenti.

2° - La nuncupatio testamenti.

La nuncupatio est la confirmation orale des dispositions spéciales écrites sur les tablettes.

Le testateur, personnage muet pendant la mancipation, entre maintenant en scène. Gaius 2.104 "Deinde testator tabulas testamenti tenens dixit : haec ita ut in his tabulis cereisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque, Vos Quirites, testimonium mihi perhibetote. Ces choses telles qu'elles sont écrites sur ces tablettes recouvertes de cire, ainsi je les transfère, ainsi je les lègue, ainsi je teste, et ainsi, vous citoyens, fournissez pour moi le témoignage. C'est ce que l'on appelle la nuncupatio. Nuncupare, c'est déclarer publiquement. Or, le testateur semble par ces paroles générales proclamer et confirmer les dispositions spéciales, qu'il a écrites sur ces tablettes.

Ulpien 20. indique de la même façon et avec la même formule la nuncupatio testamenti. L'usage est donc, d'après ces auteurs, d'écrire les dispositions testamentaires sur des tablettes, de faire sur ces tablettes l'institution d'héritier, les legs et les affranchissements et les tutelles par écrit. La nuncupatio est indiquée comme étant la présentation, à l'aide d'une formule consacrée, des tablettes où sont écrites les dispositions testamentaires. Les tablettes sont présentées aux cinq témoins de la mancipation, au libripens et au familiae emptor, c'est-à-dire en somme à sept témoins. Telle est la forme de la nuncupatio qui est décrite par les jurisconsultes classiques, Gaius et Ulpien. Ils n'en indiquent pas d'autres. C'est assurément la plus pratique et la plus effective. Ce n'est certainement pas la seule. A côté de la forme écrite, il devait y avoir une seconde forme, et même qui était la forme originaire, c'était la forme orale. C'est, en effet, la forme orale qui est la forme du testament comitial lequel, comme nous allons le voir, a été le modèle de celui-ci. Le mot nuncupatio désigne essentiellement une déclaration orale, déclaration de vive-voix. Enfin, les exemples de testament, qui nous sont fournis par la littérature latine, nous donnent des exemples de testament oral. Horace (dans Suétone, vie d'Horace), institue Auguste comme héritier par une nuncupatio. L'auteur nous dit que cette nuncupatio a été faite de vive-voix, la violence de la maladie ne permettant pas qu'Horace écrive sur des tablettes son testament. Nous en connaissons d'autres exemples. De sorte que la première forme de la nuncupa-

La forme originaire était la forme orale.

tio était une déclaration orale du testament, suivant les paroles : "ita lego, ita do", ita testor suivi de l'institution d'héritier, ita do, et ita lego, suivi sans doute de l'énumération des legs, soit legs per vindicationem et transférant la propriété, soit legs per damnationem.

Quoi qu'il en soit, écrit ou oral, quel est le caractère de cet acte ? et comment expliquer sa singularité ?

On peut se rendre compte que cet acte n'a pas la nature franche et directe d'un acte créé par la loi, soit même par la coutume, n'a pas le caractère d'un acte créé directement et sans détour pour le but qu'il s'est assigné. Pour le comparer avec des actes juridiques de la même époque, il n'a pas le même caractère que la mancipatio, que l'adrogatio, que la conventio in manum, ou que le testament comitial. Quelles que soient leurs formes employées, la mancipatio et la conventio in manum ont été créées directement pour le transfert de la propriété, aussi bien que pour le mariage avec manus. Les formes de l'adrogation et du testament comitial que nous venons d'étudier sont elles aussi des formes directes. Au contraire, le testament per aes et libram a le caractère d'un expédient, d'un expédient tortueux, embarrassé et même cauteleux. On a voulu utiliser des formes pour accomplir un acte auquel ces formes n'étaient pas destinées. C'est une création de jurisconsultes n'ayant pas le pouvoir de créer directement du droit, et c'est un acte de même nature que l'injure cessio, l'émancipation ou l'adoption, pour ne citer que des actes de la même époque et probablement des mêmes jurisconsultes. Ce sont les premiers conseillers techniques des Romains. Ces jurisconsultes sont les Pontifes. L'acte qu'ils ont créé a un caractère à la fois naïf et roublard. On respecte extérieurement des formes consacrées par l'usage, mais on les détourne de leur sens primitif, et on les utilise pour faire un acte de tout autre caractère.

L'acte que l'on a d'abord utilisé, c'est la mancipatio familiae. Pour que cette mancipatio pût être ainsi utilisée, il faut qu'elle ait été d'abord trouvée en usage. Ce ne sont pas les pontifes qui l'ont appliquée nouvellement à ce cas. Cette supposition paraît nécessaire pour la bonne compréhension de l'acte qu'ils ont créé. Mais cette mancipation avait le caractère et les effets d'une vraie mancipation, et non pas d'un testament. Elle ne remplissait donc pas le but qu'ils recherchaient. Et d'autre part, il y avait aussi dans l'usage le testament comitial, le vrai testament. Le but de leur transformation a donc été de faire produire à l'acte privé qui est la mancipation, les mêmes

Le testament per aes et libram a le caractère d'un expédient.

Fusion par les Pontifes de la mancipatio familiae et du testament comitial.

effets qu'au testament comitial. Ils ont pensé pouvoir le faire par une fusion de ces deux institutions. Cette fusion, la Loi des XII Tables, par une interprétation formelle, leur a donné la possibilité de la faire, une interprétation abusive et extensive, mais qui leur suffit, car en somme cette interprétation a été consacrée par l'assentiment du peuple et des magistrats, c'est-à-dire par la coutume. Tout en ayant l'air de respecter les formes, les pontifes les réunissent en un seul acte, qui leur donne un nouveau procédé plus commode de faire son testament.

Voyons d'abord quel est l'acte ancien qui a été ainsi utilisé.

b/ La mancipatio familiae.

Gaius nous apprend qu'avant la création du testament per aes et libram, le familiae emptor jouait le rôle d'héritier.

A l'époque classique et dans le testament per aes et libram, la mancipatio familiae n'est plus qu'une forme, le familiae emptor prononce les paroles dicis gracia, pour la forme seulement, et l'acte n'a plus d'effet à l'égard du familiae emptor. Qu'il n'en ait pas toujours été ainsi, c'est ce qui nous est dit expressément par les jurisconsultes. Gaius 2.103. "Sane nunc aliter ordinatur quam olim solebat. Namque olim familiae emptor id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum obtinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari velit ; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris juris imitationem familiae emptor adhibetur." X Sans doute actuellement, le testament per aes et libram est établi d'une façon différente de ce qui était autrefois. Jadis, l'acheteur de la familia, c'est-à-dire celui qui recevait par la mancipatio la familia du testateur, tenait la place de l'héritier, et à cause de cela le testateur lui confiait ce qu'il voulait donner après sa mort et à qui il voulait le donner. Maintenant, un autre héritier est institué par le testament, et c'est lui qui délivre les legs, une autre personne est ajoutée pour la forme et en imitation du droit ancien, comme familiae emptor. X

Que nous dit Gaius dans ce texte ? Qu'avec la création du testament per aes et libram, il y a eu un changement dans la nature de la mancipatio familiae. Elle est désormais faite pour la forme, pour imiter l'ancien droit, mais auparavant le familiae emptor jouait le rôle actif, c'est à lui qu'était remise la familia, il tenait le rôle d'héritier, c'est-à-dire qu'il était chargé de distribuer ce que le testateur voulait donner et de le remettre à ceux qu'il a désignés. Comme dans le testament, l'héritier institué est chargé de distribuer les legs. Il reste de cet ancien

état une conséquence signalée par Gaius, 2.5. Les témoins du testament ne doivent pas être pris parmi les personnes qui sont in potestate, soit du père de famille, soit du familiae emptor, car en imitation de l'ancien droit, le negotium tout entier est considéré comme fait entre le testateur et le familiae emptor. Nous concluons donc qu'avant l'invention de l'acte complexe du testament per aes et libram, la mancipatio familiae est une véritable mancipatio. Elle a les formes et les effets d'une mancipation ordinaire, faisant acquérir au familiae emptor les biens du testateur, opérant le transfert de propriété.

La mancipatio familiae ne produit pas les effets d'un testament.

Ce n'est pas un testament, et elle ne produit pas l'effet du testament, notamment elle ne donne au familiae emptor ni le titre d'héritier, ni la charge des dettes. Cette mancipation est en usage dans le très ancien droit romain. Il n'y a aucune raison théorique de ne pas admettre que cet usage ne soit pas aussi ancien que la mancipation elle-même. Nous avons plusieurs raisons de croire à l'ancienneté de l'institution : son nom d'abord, mancipatio familiae. Familia, c'est le nom le plus ancien pour désigner le patrimoine du père de famille. Il n'y a pas de raison que cet acte ait été caractérisé de façon archéologique pour ainsi parler, que ce terme ancien lui ait été donné à une époque où il était déjà périmé. Au contraire, l'acte a été qualifié ainsi parce qu'au moment où il a été établi, la familia était bien le nom actuel et complet du patrimoine du père de famille.

L'emploi du mot familia indique l'ancienneté de l'expression.

Ce terme ancien, en effet, ne correspond plus bien à la complexité nouvelle du patrimoine. Il est naturel de penser qu'au moment où l'acte a été qualifié, c'est le moment où la familia était dans son sens originaire, et aussi où elle avait le domaine restreint qui est le seul dans lequel la mancipation est un acte concevable. En effet, avec le développement du droit, l'application de la mancipatio à la familia est une conception de plus en plus difficile à admettre. Il est possible qu'on ait conservé cette application, il est impossible qu'on l'ait créée dans la complexité du droit moderne. D'abord, à l'époque classique, la mancipatio familiae faite dicis gratia, s'applique au patrimoine tout entier. Il comprend d'après le texte même de Gaius la familia pecuniaque. Quel que soit le sens primitif que l'on attache à ces mots, cela veut dire que toutes les choses comprises dans le patrimoine sont l'objet de cette mancipatio, même les res nec mancipi.

Or, d'après la théorie la meilleure de la mancipation, celle-ci ne s'applique qu'au transfert de propriété des res mancipi. Les res nec mancipi sont transférées par la tradition, et non

par la mancipation. En outre, à partir des XII Tables jusqu'au VI^{ème} siècle et jusqu'à la fin de la République, le patrimoine devient un complexe juridique d'un contenu varié. Avec l'accroissement prodigieux de la fortune romaine, aux quelques objets mobiliers, esclaves, bêtes de labour, instruments de culture qui forment le fond de la familia d'un romain primitif, paysan, laboureur et soldat, sont venus s'ajouter des terres, puis des objets précieux de toutes espèces, puis des créances, des capitaux et des dettes. Le patrimoine devient une universitas juris au contenu varié et parfois immense, divisé en deux parties, l'actif et le passif. Et par un mouvement inverse, à mesure que l'esprit juridique se développe, le caractère de la mancipatio se précise, l'analyse juridique met en lumière sa nature limitée, c'est un mode d'acquérir à titre particulier des biens corporels, des objets matériels, individuellement déterminés. C'est une main-mise, aussi, Ulpien nous dit : *Regulae* 19.6. "Res mobiles non nisi praesentes mancipare possunt, et non plures quam quod manu capi possunt." Les choses mobilières ne peuvent être mancipées que si elles sont présentes, et pas plus que l'on ne peut en saisir avec la main. Il est donc difficile d'imaginer qu'une application tardive ait été faite à une époque où la familia est devenue l'universitas juris, complexe, que nous connaissons, comprenant une masse de biens parmi lesquels les res mancipi ont de moins en moins d'importance, tandis que les res nec mancipi prennent une valeur plus grande, à une époque enfin où la science juridique avait mieux précisé le caractère spécial et limité de la mancipation. Il est beaucoup plus naturel de penser que cette application à la familia date des débuts mêmes de la familia, des débuts mêmes de la mancipation, qu'elle correspond au moment où cette familia était le petit nombre d'objets corporels de res mancipi, si peu nombreux que l'on conçoit même qu'on ait pu en faire d'abord une mancipation individualisée, et qu'elle ne prend un caractère collectif qu'à l'usage et progressivement après avoir été consacrée.

L'application de la mancipatio à la familia correspond à un moment où la familia est le petit nombre d'objets corporels mancipi.

Précision ultérieure du rôle normal de la mancipation.

Une évolution de cette espèce est suggérée par la fin même du texte d'Ulpien qui montre qu'un élargissement progressif de la mancipation s'est produit de façon analogue pour les immeubles à côté des meubles. Les meubles, voilà le domaine primitif de la mancipation. C'est dans ce domaine qu'elle conserve la rigueur primitive de sa règle, la nécessité de la présence et de l'individualisation des biens à manciper. Au contraire, l'application aux immeubles est une extension postérieure, aussi Ulpien, *Regulae*, 19.6., in fine, "Immobiles autem etiam plures simul atque diver-

sis locis sunt mancipare possunt." Les immeubles, au contraire, mêmes s'ils sont plusieurs et dans divers lieux, peuvent être mancipés ensemble.

Critique de
l'explication
rationnelle de
la mancipatio
familiae par
Gaius.

Gaius explique la création du testament per aes et libram à côté du testament comitial par des raisons de commodité. Il aurait été inventé pour celui qui serait en danger de mort, et qui n'aurait pas fait de testament comitial, ou in procinctu, par conséquent qui ne pourrait attendre la date des comices. Gaius 2.102. "Qui neque calatis comitiis, neque in procinctu testamentum fecerat, is si subita mors urgebatur amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet." ~~X~~ Celui qui n'avait pas fait son testament calatis comitiis ou in procinctu, s'il était en danger de mort subite, mancipait sa familia, c'est-à-dire son patrimoine à un ami, et le priait de remettre à chacun ce qu'il voulait donner après sa mort. ~~X~~ Cette explication est acceptée par les auteurs modernes. Girard, Manuel p. 857, dit : "il y avait là un expédient pratique inventé pour les cas où, ne pouvant pas attendre l'époque du testament comitial, on essayait de copier le moins mal possible les effets." Cette explication est une explication rationnelle et, comme telle, elle apparaît très peu satisfaisante. Elle compare, en effet, deux opérations très différentes comme effets, comme si rationnellement elles avaient été interchangeables. Il nous paraît qu'à cette explication rationnelle, il y a intérêt à substituer une explication beaucoup plus historique, qui aura l'avantage de s'appuyer à la fois sur la conception de Bonfante, sur le testament comitial, et sur la conclusion que nous venons d'établir, du caractère très ancien de la mancipatio familiae.

Le testament
comitial est
le testament
souverain du
pater gentis.
la mancipatio
familiae est
l'acte de dis-
position du
père de famille
sur son
bien.

Le testament calatis comitiis et la mancipatio familiae sont deux institutions également du droit primitif et elles n'ont pas le même domaine : le testament comitial, c'est le testament souverain du pater gentis, désignant son successeur, la mancipatio familiae, c'est l'acte de disposition du père de famille sur sa familia, c'est-à-dire sur son bien. C'est un acte du droit privé, un acte de disposition de la propriété individuelle. Cette mancipatio familiae, avons-nous dit, a pu avoir lieu à partir du moment où le père a pu disposer de son bien de famille, à partir du moment où on a reconnu sa propriété individuelle, en établissant l'acte d'aliénation inventé pour ce bien, en établissant la mancipatio. S'il n'a pas disposé de son bien pendant sa vie, si on le retrouve après sa mort, son bien se partage entre ses enfants, d'après la loi, et leur droit de copropriété revit sur ses biens et s'exerce dans ce cas. Mais le fait d'avoir utilisé ce mode

d'aliéner entre vifs pour en disposer après sa mort, d'avoir confié sa familia à un ami, montre que le paterfamilias n'avait pas encore le droit de faire directement un testament. Il n'avait donc pas le droit de disposer par un acte spécial, pour après sa mort, de sa familia. Néanmoins, son droit de disposer de son bien de famille paraît si fort et si complet que la coutume familiale ne voit aucune difficulté à ce qu'il applique le mode d'aliéner entre vifs à un but différent. La coutume ne s'oppose pas à ce qu'il emploie la mancipatio pour disposer de sa familia pour après la mort.

Pour cela, il lui suffit d'ajouter à la mancipation ordinaire un pacte de fiducie. Il prie l'ami, à qui il mancipe, de le distribuer suivant ses intentions. Cet emploi de la fiducie, annexée à la mancipatio familiaris, paraît être le plus ancien exemple que nous connaissons dans le droit romain du contrat de fiducie, contrat sanctionné par une action civile, l'action de fiducie. Il est hors de notre sujet d'examiner les raisons pour lesquelles l'action civile de fiducie ne peut dater que des derniers siècles de la République, elle est connue au plus tôt à partir du VI^{ème} siècle. Néanmoins, la mancipation fiduciaire existe très certainement avant la création de l'action fiduciaire. Les auteurs expliquent cette anomalie en disant d'ordinaire qu'avant la sanction récente de l'action civile, l'aliénateur fiduciaire se confie à la foi de l'acquéreur. Celui-ci n'est pas obligé d'accomplir la promesse qu'il a faite par la fiducie. Cette explication ne nous paraît pas satisfaisante. En réalité, avant d'avoir été sanctionnée par une action civile, il est très probable que la fiducie était sanctionnée par les coutumes familiales, qui obligeaient l'acquéreur fiduciaire à accomplir ce à quoi il s'était engagé. La fiducie comme certains autres actes de famille était placée, d'après ce que pense M. Giffard dans son cours, sous l'autorité de la fides, qui obligeait à accomplir ce qui était promis, qui obligeait notamment à accomplir les obligations qui incombent au patron envers son client et aux clients envers le patron, obligations qu'il était impossible de réduire à de véritables actions civiles, parce qu'elles se présentaient à l'intérieur de la famille, mais obligations qui devaient être sanctionnées par des coutumes familiales. Ce système serait à prouver pour la fiducie. Je veux dire qu'il peut être émis comme conjecture, mais que pour le moment encore, nous n'avons aucune preuve à apporter.

C'est un système du même genre que nous avons étudié dans le cours de Droit Romain Approfondi de l'année dernière à propos de l'obligation pour le mari

La mancipation fiduciaire est antérieure à l'action de fiducie.

Sanctions primitives du pacte de fiducie par les coutumes familiales.

de restituer la dot à sa femme au moment de la dissolution du mariage. Nous avons essayé d'établir qu'avant la création de l'action rei uxoriae, sanctionnant civilement cette obligation de restitution, le père de famille était cependant déjà obligé à cette restitution, tout au moins d'une partie de la dot, par des coutumes familiales qui se sont imposées à lui, et qui n'ont été remplacées par l'obligation civile de l'action rei uxoriae que lorsque l'affaiblissement de la coutume familiale a rendu nécessaire l'intervention du juge.

La mancipatio ne peut être faite qu'en faveur d'un étranger, elle a des effets immédiats.

Cette mancipatio familiae, augmentée d'un acte de fiducie, ne peut être faite qu'en faveur d'un étranger. Il est impossible que la mancipatio familiae, à la différence du testament, soit faite en faveur d'un descendant du père de famille, car le transfert de propriété, qui devait avoir lieu immédiatement ne pouvait produire sur la tête d'une personne, qui était dans la puissance du père de famille. Automatiquement en effet, d'après les règles de la famille, la propriété de la famille serait retournée sur la tête du père, et l'acte ne pouvait produire aucun effet. Par conséquent la mancipatio familiae était bien un acte accessoire qui n'était fait par le père de famille que lorsqu'il ne voulait pas que la règle ordinaire de succession fasse passer ses biens sur la tête de ses enfants, sur la tête de ses héritiers naturels, lorsqu'il voulait les en priver, et les transmettre à une personne étrangère.

La mancipatio familiae devait produire ses effets immédiatement, c'est-à-dire que la propriété passait de la tête du père de famille sur la tête du familiae emptor. Les auteurs ont l'habitude d'insister sur le danger que présente cette opération pour le père de famille. Il est assez vraisemblable en effet que la mancipatio familiae n'était pas un acte courant et n'était en rien une obligation morale pour le père de famille, comme nous avons vu qu'était le testament proprement dit. Mais le danger qu'il courait était probablement moins grand que les modernes ne se le représentent. Sans insister sur la confiance qu'il devait avoir dans le familiae emptor, on peut dire d'abord que ses biens n'étaient pas nécessairement remis dans la possession du familiae emptor. La mancipatio peut se produire sans déplacement de possession. Si le père de famille revient à la santé, après avoir fait une mancipatio familiae, même si le familiae emptor ne lui rend pas la propriété de ses biens, par une nouvelle mancipation, au bout d'un an il redevient propriétaire de nouveau par l'usureceptio fiducia des

biens qu'il n'a jamais cessé de posséder. L'usureceptio fiducia est une variété anormale de l'usucapio, qui existe dans l'ancien droit, et qui a été créée probablement pour ce cas précis.

c)- La nuncupatio testamenti.

La mancipatio familiae, nous venons de le voir a commencé par être une véritable mancipation, une mancipation à laquelle est adjoint un pacte de fiducia. Mais d'une part, la mancipation n'avait ni les effets, ni les avantages du testament, c'était une opération très différente, d'autre part, son application à la familia devait soulever des difficultés de plus en plus nombreuses, étant donné l'extension de la notion de patrimoine. Ces inconvénients et cette insuffisance sont devenus plus sensibles quand le père de famille a acquis le droit de faire un testament comitial, de faire un véritable testament devenu patrimonial, qui comporte normalement avec la possibilité de faire des legs l'institution d'héritier. Dans ce testament comitial, à la différence de la mancipatio familiae, le père de famille a la possibilité d'instituer héritiers ses descendants, d'instituer ses héritiers ab intestat, comme héritiers testamentaires. En face du testament comitial la mancipatio familiae devait ou bien disparaître, tomber en désuétude, étant moins complète dans ses effets, ou bien se transformer et prendre la place du testament comitial.

C'est à cette transformation que se sont employés les pontifes par la fusion des deux institutions. Pour cette fusion on peut invoquer la raison donnée par Gaius, une raison de commodité. Le testament comitial ne pouvait se faire que deux fois l'an. En outre, il devait être fait devant les comices curiates, qui sont, ne l'oublions pas, en désuétude à l'époque. Personne n'y va plus. Eux aussi deviennent une forme vaine. Et pour pouvoir faire ce testament comitial, il fallait y avoir pensé à l'avance, être en bonne santé et non pas malade sur le point de mourir, être à Rome, le seul endroit où se tenaient les comices. Cette dernière condition devient de plus en plus difficile pour les Romains, le territoire de l'empire s'agrandissant et s'étendant à toute l'Italie et même dépassant l'Italie, il y a de plus en plus de Romains vivant hors de Rome, en Italie ou à l'étranger. Enfin, dernière difficulté pour pouvoir faire un testament, il fallait figurer dans les comices, ce qui écarte pendant longtemps les plébéiens, sinon toujours, ce qui écarte encore du testament les femmes.

Pour arriver à cette fusion, les pontifes se sont appuyés sur l'autorité des XII Tables, interprétées de façon extensive. Deux dispositions, que nous

Supériorité
du testament
comitial sur
la mancipatio
familiae.

Interpréta-
tion extensi-
ve de la loi
des

XII Tables
par les ponti-
fes pour fon-
dre le testa-
ment comitial
et la manci-
pato familiae.

monnaies, ont dû vraisemblablement être utilisées par eux. La première, nous l'avons étudiée 5.3. "Uti legassit suae rei, ita jus esto". ou suivant la nouvelle rédaction, "super pecunia tutelave suae rei". Cette disposition avons-nous vu, est restreinte, au début, à la possibilité d'adjoindre dans le testament comitial des legs, mais par l'interprétation elle a été étendue, comme le disent les jurisconsultes classiques Pomponius, Dig. 50.16.20. "Par les paroles des XII Tables, le pouvoir le plus étendu paraît avoir été attribué, et d'instituer des héritiers et de faire des legs, de faire des affranchissements et aussi de constituer des tutelles". Par cette interprétation extensive, la faculté de faire son testament et d'y indiquer tout ce que contient le testament, paraît être consacrée par la loi des XII Tables. D'après cette interprétation extensive, le testament tire son autorité de la loi des XII Tables. Ceci est faux au point de vue historique, mais devient une vérité législative.

Le sens de
la règle des
XII Tables :
ut lingua
nuncupassit
ita jus es-
to.

Pour introduire cette faculté de faire son testament dans la mancipation, les pontifes ont utilisé une autre disposition des XII Tables par une interprétation également extensive. 6.1. "Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto". Lorsque quelqu'un fera un nexum ou une mancipation, comme sa langue aura déclaré, ainsi est le droit. Girard dans son manuel, p. 310, et dans les Mélanges de droit Romain, tome II, p. 29, note 3, interprète ce texte d'une façon très étroite, et cette interprétation l'empêche de l'invoquer ici en faveur du testament per aes et libram. La mancipation en effet d'après sa forme même, l'airain et la balance, a dû être une opération réelle avant d'être un mode abstrait de transfert de propriété. L'opération réelle est une vente au comptant, vente d'un objet, moyennant un prix représenté par une certaine quantité de métal, de lingots non frappés, qu'on pesait avec la balance, et que l'on échangeait immédiatement contre l'objet acquis. Dans son caractère primitif, c'est un échange d'un objet contre une certaine quantité de métal, que l'on pèse. L'opération change de caractère quand les romains connaissent la monnaie frappée, c'est-à-dire une certaine quantité de métal, dont la frappe officielle garantit à la fois le poids et l'alliage. A partir du moment où la monnaie est frappée, les pièces monétaires se pèsent plus, mais se comptent et alors la pesée de la mancipation n'est plus une opération nécessaire, elle devient un simulacre, le simulacre d'une pesée par laquelle l'acquéreur frappe la balance avec l'airain c'est-à-dire avec le petit aes rude. L'importance véritable

de l'acte passe aux paroles qui sont prononcées, à l'affirmation de la propriété, à l'affirmation que ce bien a été acheté par l'airain et par la balance. L'autorité prise par ces paroles aurait été, d'après Girard, consacrée par les XII Tables, consacrée par les dispositions ; "uti lingua nuncupassit, ita jus esto". Les paroles dont l'autorité est ainsi affirmée ce sont les paroles ordinaires et sans changement de la mancipation.

Cette opinion de Girard est trop restrictive, elle a été combattue avec juste raison par Appleton dans la Revue Générale du Droit, 1921, p. 17. Appleton montre que la monnaie de bronze frappée n'apparaît qu'après les XII Tables, un siècle au moins après celles-ci, et même on a continué en fait à peser le bronze longtemps après l'introduction de la monnaie, en raison de l'énorme inégalité de poids des pièces qui étaient mises simultanément en circulation à cette époque. En outre, l'interprétation de Girard n'a pas de rapport avec les paroles prononcées. Il s'agirait, d'après Girard, de consacrer le caractère fictif du prix, le caractère de simulation de la pesée. Or le texte ne parle ni de prix ni de pesée, ni de simulation. Aussi une autre opinion paraît meilleure, soutenue par Charles Appleton, Revue historique du Droit, 1928, p. 22 et p. 23, et par Karlowa, Römische Recht Geschichte, t. II. p. 372. La phrase, "uti lingua nuncupassit, ita jus esto", a pour but de rendre obligatoires les déclarations orales solennelles dans lesquelles au cours de la mancipation et du nexum l'aliénateur ou le prêteur indique les clauses qui accompagnent l'opération. La difficulté est de déterminer quelles étaient les déclarations orales qui étaient permises et sanctionnées par la loi des XII Tables. Ce serait une question par exemple, non élucidée encore, de savoir si le pacte de fiducie pouvait être ainsi validé juridiquement par des paroles ajoutées à la mancipation. Ce qu'il faut dire, c'est que ces paroles n'avaient certainement pas une portée générale qu'on pourrait être tenté de leur attribuer. Elles ne devaient pas permettre de valider n'importe quelle obligation, par une déclaration adjointe à la fiducie. Les XII Tables, comme toutes les législations primitives, dans une formule trop générale, par sa rédaction maladroite, avaient un sens restreint par l'usage, et notamment les decemvirs n'avaient certainement pas entendu valider par leurs dispositions une lex mancipationis déclarant un testament. Mais les pontifes par une interprétation extensive étendent le sens primitif de la loi et valident un acte nouveau. Appuyés sur l'autorité des XII Tables. ils construisent

Son utilisation par les Pontifes.

donc cette nouvelle forme de testament qui permet par une utilisation de la mancipation de faire l'acte fait autrefois par le testament comitial.

La formule de la nuncupatio familiae, empruntée à l'ancienne mancipation.

Pour cela, ils changent les paroles de la mancipation. Ces paroles sont en deux parties. Dans la première partie, l'acquéreur dit : "familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse, aio". Dans la deuxième partie : "Eaque quo tu jure testamentum facere possis, secundum legem publicam, hoc aere aeneaque libra emptus esto". Dans la première partie, le familiae emptor substitue à l'affirmation de la mancipation ordinaire, que le bien lui appartient, une affirmation moins simple. Il affirme que la familia pecuniaque est sous sa custodela et sous la mandatela du testateur. Custodela est une forme anciennede Custodia et peut en conserver le sens. Il affirme donc d'abord que la familia est sous sa garde. Mandatela est un mot également archaïque et plus difficile à rendre exactement. On lui donne souvent le sens de mandatum. Et d'après une traduction libre ceci voudrait dire : d'après ton mandat, le mandat que tu me donnes, ta familia est sous ma garde. Seulement il est impossible de faire intervenir ici l'idée de mandat, ~~entendu comme dans~~ le droit postérieur, c'est-à-dire comme un contrat de bonne foi, qui n'a pu exister qu'à la fin de la République. Car le mandat prend fin à la mort du mandant. Or ici il est spécialement fait pour être exécuté après la mort. Un auteur allemand, Egon Weiss, dans la Revue de Savigny, 1921, p. 102, a étudié ces deux mots, mandatela et custodela, et, dit-il, le sens archaïque de mandatela, qui se retrouve dans Plaute, dans Ennius et dans Lucinius, c'est-à-dire dans les auteurs anciens est le sens de manus dare, se mettre entièrement dans la main de quelqu'un. Mandatela serait donc à rapprocher dans ce sens ancien, non pas de mandare, d'un ordre donné à quelqu'un, du contrat consensuel moderne, mais de manus, puissance, pouvoir sur quelque chose. Et la traduction la moins inexacte serait donc ; J'affirme que ta familia est dans ton autorité et dans ma garde. Endo est un vieux mot, qui ne se rencontre en dehors de ce texte que dans les XII Tables. I.1. "Manum endo jacito. 3.3. Aut ne quis endo eo vim dicit". Qu'il mette la main dessus, ou que quelqu'un ne dise, qu'il y a violence sur lui. C'est donc une vieille forme renforcée de in. Cette forme archaïque accentue le caractère ancien de la formule et montre que les pontifes ont conservé, dans la transformation qu'ils font des paroles de la mancipation, des termes anciens, qui sont de la même époque que les XII Tables ou même antérieurs.

La formule décrit le but que l'on a voulu atteindre.

En somme à l'affirmation que la familia est la propriété d'un familiae emptor, on substitue une formule plus vague, mais une formule qui décrit l'acte ancien, non pas dans ses effets légaux de transfert de propriété, mais dans son but même que l'acte a voulu atteindre, de mettre la familia sous la garde du familiae emptor, pour qu'il la distribue suivant les instructions du testateur.

La deuxième partie de la formule détruit cet effet, et montre que la mancipatio est faite ici propter veteris juris imitationem. Cette deuxième partie indique le vrai but de la mancipation : elle utilise les paroles qui étaient prononcées pour indiquer la cause de l'acquisition de la propriété dans la véritable mancipation, ce bien m'appartenant en vertu de l'airain et de la balance. Ici le familiae emptor dit : ta familia a été achetée par cet airain et par cette balance, par moi, pour que tu puisses d'après le droit faire ton testament selon la loi publique. "Jure" rappelle ici l'ancienne formule ex jure Quiritium. "Secundum legem publicam", selon toute vraisemblance fait allusion à la loi des XII Tables, à la loi qui autorise, d'après l'interprétation des pontifes, la nuncupation. Cette formalité accomplie, la voie est ouverte dorénavant au vrai testament, et c'est alors qu'a lieu la nuncupatio.

Nous avons vu que d'après Gaius la nuncupatio, c'était exactement la déclaration du testament, la présentation des tablettes, sur lesquelles étaient écrites les dispositions du testament. Ulpien 19.9., l'appelle "testatio" : quae nuncupatio et testatio vocatur", qui est appelée déclaration et prise à témoin. Aussi dans sa déclaration orale le testateur, d'après Gaius, se contente de dire : "Haec, ut in his tabulis ceris scripta sunt", ces choses, comme elles sont écrites dans ces tablettes enduites de cire.

Dans sa forme primitive le testament est un testament oral.

Mais nous avons vu qu'à côté de ce testament écrit, le seul indiqué expressément par les jurisconsultes classiques, il y avait certainement un testament entièrement oral et que ce testament oral est la forme primitive. La nuncupatio comporte donc normalement les paroles solennelles d'abord de l'institution d'héritier : Titius heres esto, puis les legs, les affranchissements et les tutelles, prononcés au lieu d'être écrits sur des tablettes. Puis après cette nuncupatio, l'appel aux témoins, la testatio, qui donne son nom à tout l'acte : ita do, ita lego, ita testor, itaque, vos Quirites, testimonium perhibetote.

Si la première partie de l'acte a pour modèle la mancipatio familiae ancienne, cette deuxième partie

La deuxième partie de l'acte a pour modèle le testament comitial.

a pour modèle le testament calatis comitiis. Ce sont les mêmes déclarations, faites dans les mêmes formes, devant les témoins de la mancipatio, au lieu d'être faites devant le peuple assemblé. Cette interprétation est communément admise et tout à fait vraisemblable, elle résulte de la forme même de ces déclarations, soit écrites, soit orales, elle résulte aussi de la forme de la testatio, de l'appel au témoignage, et enfin elle est rendue certaine par la façon dont sont appelés les témoins. Quirites, c'est une appellation disproportionnée, si elle s'adresse aux cinq témoins de la mancipation, au libripens et au familiae emptor, mais elle ne fait que conserver l'appellation naturelle, s'adressant au peuple des gentes, s'adressant aux comices calates. Quirites, c'est l'appellation la plus ancienne et la plus exacte pour les membres de ces comices.

Le testateur, après avoir ainsi montré son testament, fait apposer par les témoins leur signature sur les tablettes et leur sceau sur la cire attaché au fil qui liait les tablettes du testament. Digeste 28. I.22. 4 et 7. Et ainsi est fait le testament nouveau per aes et libram, qui est une invention des jurisconsultes qui fusionnent deux institutions différentes, la mancipation et le testament comitial.

Le testament per aes et libram postérieur à la loi des XII Tables.

A quel moment s'est faite cette création ? C'est ce qu'il est difficile de déterminer. Tout ce que l'on peut dire de certain, c'est qu'elle a eu lieu après les XII Tables et même sensiblement après, car pour que les jurisconsultes aient eu l'idée d'interpréter ainsi les XII Tables, il fallait qu'elles soient en vigueur depuis longtemps, car ils s'écarteraient sensiblement du sens primitif de la loi. Cuq, manuel, 2ème édition p. 603, et dans Daremberg et Saglio, V° testament, dit que le testament per aes et libram ne remonte pas au-delà du VIème siècle. Il ne donne pas de raison de sa conjecture. Le système général d'ailleurs qu'il soutient, soit dans son manuel, soit dans cet article, est très différent de celui que nous soutenons ici. En réalité nous n'avons d'exemple de testament par mancipation que pour les derniers siècles de la République et pour les premiers siècles de l'Empire où nous avons des exemples, sous une forme orale, tel que le testament d'Horace en faveur d'Auguste, cité par Suétone dans la vie d'Horace. Le testament oral est encore signalé par Ulpien. Dig. 28. I.21. Pr. "Licet bit ergo testanti, vel nuncupare heredes, vel scribere, sed si nuncupat palam debet", il sera permis au testateur, soit d'annoncer les héritiers, soit de l'écrire, mais s'il les déclare, il doit le faire en

public.

Le testament oral remplacé par le testament écrit.

Mais Gaius ne décrit plus que le testament écrit. Le testament écrit a remplacé l'autre à cause de ses avantages incontestables. Le testament écrit a en effet beaucoup plus de certitude que le testament oral, il est plus facile à prouver, et il a encore l'avantage accessoire de pouvoir être maintenu secret. Il est possible en effet de présenter les tablettes, soit ouvertes, soit fermées. Si on les présente fermées; les dispositions testamentaires restent inconnues, même des témoins. Le nom du testateur est écrit à l'extérieur des tablettes. Les tablettes sont fermées par un fil, sur lequel les témoins apposent leur cachet. Ces mêmes témoins mettent leur signature sur les tablettes extérieures. Cette forme est rendue obligatoire par un Sénatus-consulte sous Néron. Suétone, Néron 17. "Cautum ut in testamentis primæ duæ cereæ, testatorum modo nomine inscripto vacuæ signaturis ostenderentur".^x Il fut décidé que les deux premières tablettes de cire, sur lesquelles était écrit seulement le nom des testateurs, restassent vides pour les signatures.^x

Chapitre V.

FORMES DES TESTAMENTS DU DROIT PRETORIEN

ET DU DROIT IMPERIAL.

Avec ce chapitre nous quittons le problème des origines, ce problème toujours difficile et incertain, mais assurément passionnant pour les historiens, et nous entrons dans un domaine plus fermé, mieux connu, dans le domaine de la réglementation juridique.

Les formes du testament continuent à évoluer, à se simplifier, et à partir de ce chapitre nous n'avons plus à étudier que des formes modernes de testament. La transformation a été l'œuvre du préteur et du Bas-Empire. Nous verrons donc d'abord le testament prétorien, puis les testaments du Bas-Empire, et enfin les faveurs spéciales accordées aux soldats.

§ I - Le testament prétorien.

Nous avons vu que dans le testament per aes et libram la première partie, la mancipatio familiae, n'est plus qu'une forme, elle n'a plus de rôle et d'utilité réelle. Le familiae emptor ne sert plus à rien.

Un préteur antérieur à Verres a reconnu effet au testament sur les tablettes revêtues du sceau des témoins.

Dans la deuxième partie, la *nuncupatio testamenti*, telle que la décrit Gaius, comporte elle aussi une forme inutile. La *nuncupatio*, c'est-à-dire la présentation orale des tablettes aux témoins, n'est plus qu'une forme sans utilité. Restent alors les tablettes, où sont consignées les dispositions des testateurs et les signatures des témoins sur les tablettes, le sceau de ces témoins sur le fil qui ferme les tablettes. Tablettes et signatures, voilà la partie essentielle du testament, car c'est là que nous trouvons les dispositions et les procédés qui rendent ces dispositions authentiques. Le préteur reconnaît et consacre ce fait dans son édit.

À quelle époque cette consécration a-t-elle été faite ? Nous ignorons le nom du préteur, mais c'est un préteur antérieur à la préture de Verres, c'est-à-dire antérieur à 685 de R.F. car dans son discours contre Verres, I.45.II7, Cicéron cite l'Edit du préteur qui a fait cette transformation, et c'est par conséquent un prédécesseur de Verres. Le préteur ne s'occupe plus dans son édit de la *mancipatio familiae* et de la *nuncupatio testamenti*, mais il déclare qu'il accordera la *bonorum possessio secundum tabulas*, c'est-à-dire qu'il reconnaitra le testament, si on lui présente des tablettes revêtues du cachet des témoins. Cicéron rapportant l'édit dit : "Si tabulae testamenti obsignatae non minus multis signis quam lege oportet ad me proferentur, secundum tabulas testamenti potissimum possessionem dabo". Si les tablettes du testament sont présentées revêtues du nombre minimum de signatures que la loi ordonne, je donnerai de préférence la possession suivant les tablettes du testament. L'Edit Perpétuel codifié par Julien donnait une rédaction un peu différente. Celle-ci est la rédaction définitive. L'Edit Perpétuel § 149. "Si tabulae testamenti non minus quam septem testium signis signatae extabunt, secundum supramas tabulas possessionem dabo". Si les tablettes du testament existent revêtues de la signature de sept témoins, je donnerai la possession suivant les tablettes les plus récentes. X

Le testament prétorien est sanctionné par la *bonorum possessio sine re*.

Le préteur ne s'occupe que des tablettes, il ne s'inquiète plus de savoir si les formes de la *mancipation* ont été accomplies, et dans sa rédaction la plus récente l'édit prétorien demande simplement que les tablettes soient signées par sept témoins. On est vraisemblablement arrivé à ce chiffre sept par addition des cinq témoins de la *mancipation* plus le *libripens* et le *familiae emptor*, soit en tout sept témoins. Ce testament ainsi fait permet au préteur d'accorder la *bonorum possessio* à celui qui le lui présen-

te. Cette bonorum possessio, c'est comme nous le savons la mise en possession par le prêteur des biens de l'hérédité, qu'il remet à celui qui est désigné dans le testament comme héritier. Cette bonorum possessio, étant un moyen prétorien, n'a que des effets prétoriens au début, et par conséquent ne contredit pas le droit civil. Elle n'aura d'effet qu'en l'absence de réclamation de l'héritier civil.

Il se peut que ce testament prétorien soit en même temps un véritable testament per aes et libram, qui a comporté, non seulement la rédaction des tablettes, mais une mancipation et une nuncupatio testamenti. L'héritier aura alors une situation inexpugnable, aussi bien au point de vue du droit prétorien, qu'au point de vue du droit civil. Le testament civil peut avoir un domaine plus large que le testament prétorien, la forme uniquement orale est toujours valable, le testament prétorien ne comporte qu'une forme écrite. Mais comme deuxième hypothèse, il se peut que le testament prétorien ne soit pas un testament per aes et libram jure factum, fait suivant le droit. Il se peut que les tablettes aient été rédigées sans que la mancipation et la nuncupatio aient été accomplies, ou aient été accomplies irrégulièrement. Ce testament qui n'est pas fait selon le droit civil peut encore faire accorder à l'héritier une situation définitive si cet héritier est en même temps l'héritier civil ab intestat. Mais s'il est fait au profit d'un étranger ou s'il modifie, non seulement l'ordre de dévolution légale, mais les quotités de cette dévolution, il peut être attaqué par l'héritier légal. Celui-ci alors intentera contre le bonorum possessor prétorien une pétition d'hérédité et cette pétition d'hérédité l'emportera sur le testament. C'est ce que les jurisconsultes expliquent en disant que la bonorum possessio est accordée sine re.

Antonin le
Pieux donne
à la bonorum
possessio
plein effet ci-
vil.

Cette situation a changé avec Antonin le Pieux. Antonin le Pieux accorde à l'héritier une bonorum possessio cum re, en donnant l'ordre au prêteur d'opposer l'exceptio doli à la pétition d'hérédité de l'héritier civil. Gaius II. 120 "Rescriptio enim imperatoris Antonini significatur eos qui secundum tabulas testamenti non jure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos qui ab intestato vindicant hereditatem defendere se per exceptionem doli mali". Par un rescrit de l'empereur Antonin, il a été signifié que ceux qui demanderaient la bonorum possessio suivant les tablettes du testament qui n'est pas fait selon le droit, pourraient se défendre contre ceux qui revendiquent l'hérédité ab intestat par l'ex-

ception de dol mauvais. Par ce rescrit l'empereur ordonne au préteur de repousser la pétition de l'hérédité contre les tablettes testamentaires par l'exception qui paralyse le droit au point de vue prétorien tout en le laissant théoriquement substituer au point de vue civil. De cette façon le préteur protège la possession prétorienne, même contre l'héritier civil et à partir de ce moment le testament prétorien a la même force que le testament civil *jure factum*. La *bonorum possessio* est dite *cum re*.

§ 2 - Testaments du Bas-Empire.

Le testament comitial tombe en désuétude à la fin de la République. Le testament *per aes et libram* disparaît lui aussi. Depuis Antonin le Pieux en effet de moins en moins on a l'idée d'accomplir les cérémonies vaines de la mancipation et de la *nuncupatio testamenti*, puisque le testament prétorien présente la même force.

Fusion du
droit civil et
du droit préto-
rien la co-
gnitio extra-
ordinaria.

D'autre part, il s'opère à partir de ce moment une fusion entre le droit civil et le droit prétorien qui fait disparaître la différence entre ces deux droits par la disparition de la procédure formulaire. Celle-ci est remplacée par une justice administrative, qui est la *cognitio extraordinaria*, c'est-à-dire *extra ordinem, judiciorum privatorum*. Le formalisme ancien ayant été définitivement laissé de côté, à partir de ce moment nous nous trouvons en face de 3 et même de 4 formes de testament. Il y a 3 formes de droit privé. Ce sont des actes qui sont faits par les particuliers, sans l'intervention de l'autorité publique. Les deux premières de ces formes dérivent directement du testament *per aes et libram* simplifié. Le droit du Bas-Empire reconnaît un testament oral, qu'il appelle le testament *nuncupatif*, et un testament écrit qu'il appelle *tripartite*. A ces deux testaments, provenant de l'ancien testament de droit civil, s'ajoute un testament nouveau, le testament *olographe*, dont d'ailleurs la vie et la validité sont restreintes. Enfin il existe un quatrième type de testament, le testament public, qui est fait devant le magistrat, *apud acta*.

I°- Le testament *nuncupatif*.

Nous avons vu que le préteur reconnaît la validité des tablettes, sans qu'il soit besoin de se préoccuper de la mancipation préalable, pourvu que ces tablettes soient signées de sept témoins. Le droit

Reconnaissance
de la validi-
té du testa-
ment oral.

impérial postérieurement fait de même pour la nuncupatio, c'est-à-dire pour le testament oral. Le droit décide que même sans mancipatio préalable, cette nuncupatio, cette déclaration de l'héritier sera valable.

A quelle époque a eu lieu cette reconnaissance ? Il se peut que déjà sous Gordien, en 242, elle ait eu lieu. Nous avons en effet un rescrit de Gordien conservé dans le Code Justinien, Code 6, II, 12 qui nous indique dans sa forme actuelle le testament nuncupatif. Mais nous ne pouvons pas savoir si le rescrit primitif visait, ou bien le véritable testament nuncupatif per aes et libram, ou bien le testament nuncupatif du droit nouveau. Il est évident que dans le code de Justinien ce texte est rapporté au testament nuncupatif, mais la question reste obscure de savoir si ce n'est pas une interpolation de Justinien. En tout cas, sous Constantin, en 322, le testament nuncupatif est déjà connu. Code Théodosien, 4. 4. I. et 3.

Le chiffre des
témoins finit
par être fixé
à sept.

On hésite d'abord sur le nombre des témoins qui doivent être exigés. Vraisemblablement on a commencé par admettre un chiffre réduit de cinq. Code Théodosien 4.4.3. "Testamentum juris civilis est quinque testium subscriptione firmatum, testamentum juris pretoris est septem testium signis signatum". Le testament du droit civil est confirmé par la souscription de cinq témoins, le testament du droit prétorien est signé par sept témoins. En ce qui concerne ce chiffre de cinq, la suppression de la mancipation a d'abord amené la suppression du libripens et du familiae emptor. Mais sous l'influence du testament prétorien sans doute le chiffre de sept a été rétabli par la suite. C'est ce que nous voyons par une constitution de 439 de Théodose et Valentinien, qui se trouve au code 6.23.21 4. "Per nuncupationem, quoque hoc est sine scriptura testamenta non alias valere censimus nisi septem testes, ut supra dictum est, simul uno eodemque tempore collecti, testatoris voluntatem ut testamentum sine scriptura faciendis audierent".

Par la déclaration aussi, c'est-à-dire sans écrit, nous décidons que les testaments ne seront valables que si sept témoins, comme il est dit plus haut, réunis ensemble et en même temps, entendent la volonté du testateur, faisant un testament sans écrit. Ce chiffre de sept a été définitivement sanctionné par Justinien. Code 6.23.26, et Institutes 2.II.14.

2°- Le testament tripartite.

Triple source
du testament
tripartite.

Ce testament est ainsi appelé, testamentum tripartitum par Théodose et Valentinien, qui en consacrent les formes dans une constitution de 433, Nouvelles Théodosiennes, II.16.1. qui passe dans le code Justinien, 6.23.21 Justinien nous dit que ce testament est appelé tripartite, parce qu'il vient de 3 sources. Il provient d'abord du droit civil, c'est-à-dire de l'ancien testament per aes et libram. Il provient du droit prétorien, et il provient du droit des constitutions impériales.

Accomplisse-
ment de l'acte
en un trait
de temps.

A- Du droit civil. Après la suppression de la mancipatio familiae, le droit civil a laissé dans le testament nouveau la règle exigeant le concours des témoins et l'accomplissement de l'acte en un trait de temps sans interruption, sans coup férir, comme disent nos anciens auteurs.

Présence de
sept témoins.

B- Du droit prétorien. Du droit prétorien vient l'exigence des sept témoins, c'est-à-dire les cinq témoins, plus le libripens et le familiae emptor. Une autre exigence, provenant du droit prétorien, d'après Justinien, ce sont les signatures des témoins, c'est-à-dire l'inscription sur le testament du nom des témoins et l'apposition de leur sceau. Le préteur dit en effet que les testaments doivent être signata; le préteur parle en effet de tabulae signatae, et il parle de signatures.

Subscrip-
tion des té-
moins et du
testateur.

C- D'autres règles proviennent enfin du droit impérial. C'est le droit impérial qui exige à son tour que sur le testament écrit figure la subscriptio des témoins et du testateur lui-même, et si le testateur ne sait pas écrire, la souscription d'un huitième témoin. La souscription, ce n'est pas une signature, entendue au sens moderne du mot, c'est-à-dire le nom de la personne écrit par elle-même, de sa propre main. La souscription est une phrase plus ou moins longue écrite de la main des témoins et terminée par le mot "subscripsi". Nous avons des exemples de souscription dans les quelques testaments qui nous ont été conservés, et que nous connaissons par des actes de la pratique. Un exemple est le testament de Manannes de l'an 572 fait à Ravenne. Il nous est conservé à la bibliothèque du Vatican dans un papyrus, et Spangenberg l'a publié dans son ouvrage intitulé "Juris romani tabulae negotiorum solemnium, Leipzig, 1822. Voici la souscription du testateur : "Huius testamento, ego Manannes, vir devotus, filius quondam

Nanderit, in quo constitui heredem sanctam Ecclesiam Ravennatem ad omnia supra scripta consensi et subscripsi et numero competente testes ut scriberent, conrogavi". X Dans ce testament, moi Manannes, homme pieux, fils de feu Nanderit, dans lequel j'ai constitué héritier la sainte Eglise de Ravenne, j'ai consenti et souscrit à tout ce qui est écrit, et j'ai réuni des témoins en nombre convenable, pour qu'ils souscrivent. Suivent les souscriptions des sept témoins : Jean, Emilien, Riccitanus, Théodose, André, Quirianus, Pierre. Le premier de ces témoins a écrit la souscription suivante X Johannes, vir strenuus, huic testamentum (sic) rogatus a Mananne, viro devoto, filio quondam Nanderit ipso presente et subscribe, atque ei testamentum relictum per quo constituit heredem sanctam Ecclesiam catholicam Ravennatem testis subscripsi". Cette souscription est assez incorrecte et comporte des fautes, notamment "huic testamentum" et per quo". Moi Jean, homme zélé, ayant été requis pour ce testament par Manannes, homme pieux, fils de feu Nanderit, lui-même étant présent et souscrivant, j'ai souscrit comme témoin le testament qu'il a laissé et par lequel il a constitué héritière la sainte Eglise catholique de Ravenne. X

Rédaction du
testament
sur papyrus
influence
orientale.

L'usage de la souscription a été introduit par le changement de matière sur laquelle était écrit le testament. Le testament classique romain était écrit sur des tablettes de bois recouvertes de cire et reliées en forme de livre, Les 2 tablettes extérieures servant de couverture ne comportant aucune écriture, sauf le nom du testateur et le nom des témoins. Avec la conquête de l'Orient s'introduit dans l'usage romain le papyrus, qui est le papier de l'antiquité. Ce papyrus, au lieu d'être en tablettes, se trouve en rouleaux. Au bas du rouleau, à la fin du testament, nous trouvons la souscription des testateurs, puis le cachet et le nom des témoins. Ce testament se présente, tantôt ouvert, et les témoins connaissent les dispositions prises par le testateur, dispositions dont il leur est fait lecture, c'est une exigence qui provient des usages orientaux. Nouvelles de Théodose, I6.I. "Testes exigunt omni modo, quae testamento continentur, cognoscere". Les témoins exigent de toute façon de connaître les choses qui sont dans le testament. Mais bientôt reprend et s'impose l'habitude ancienne de présenter le testament fermé, et la souscription des témoins vient alors attester la réalité du testament. Entre ces deux exigences du testament ouvert et la possibilité du testament fermé, c'est la lutte entre les usages romains

du testament secret et les usages orientaux des testaments publics.

Une autre contamination des habitudes orientales se retrouve dans ce testament et transforme légèrement sa forme. Le testament est souvent rédigé par un officier public, le tabularius, qui donne la forme juridique au testament et aux déclarations faites par le testateur. Cette rédaction par le tabularius a donné naissance à notre testament authentique. Le huitième témoin est exigé, et spécialement quand le testateur ne sait pas écrire. Ce huitième témoin, c'est le tabularius.

Le testament mystique.

La combinaison de cette forme, après la suppression des souscriptions, remplacées par une simple signature, a donné naissance d'une part au testament mystique, article 976 du code civil. Le testament mystique se présente fermé. Les signatures des témoins sont sur la partie extérieure de ce testament et viennent simplement attester la réalité et l'authenticité du pli présenté fermé. Un des témoins de ce testament doit être le notaire chez qui il est déposé.

Le testament notarié.

Le deuxième type du testament provenant de ces formes, c'est le testament notarié, le testament recueilli par écrit par le notaire, tenant la plume et transcrivant les déclarations du testateur devant témoins, qui eux-mêmes signent l'acte après le notaire.

3°- Le testament olographe.

Le testament olographe a été introduit par les habitudes orientales.

Avec le testament olographe, nous abordons une forme entièrement nouvelle, et cette forme a été introduite très probablement par les usages orientaux en matière d'écrit. Les Romains ont emprunté sous l'empire l'usage du monde oriental, et spécialement hellénique, de coucher dans un écrit les actes juridiques qui sont faits entre les parties pour que cet écrit serve de mode de preuve. Ce sont les chirographes, qui veut dire mot à mot, fait avec la main, ce sont les syngraphae qui sont faits ensemble par les parties au contrat, et enfin le testament olographe qui est écrit tout entier de la main du testateur. Sous cette forme le testament olographe n'a pas besoin d'être authentifié par la signature des témoins. Le fait qu'il est écrit tout entier de la main du testateur est une preuve suffisante de sa volonté. Cet usage grec fait une apparition dans le droit romain. Nous le trouvons indiqué dans une constitution de Valentinien de 446, Nouvelles Valentinienne 21.2. Cette Nouvelle a été rendue à propos d'un testament

particulier. Ce n'est donc pas une loi à portée générale. Elle a été rendue à propos d'une certaine Mécène, femme illustre de par sa condition, qui voulait instituer héritière une autre femme nommée Pélagie. Elle n'avait pas, habitant la campagne, le nombre de témoins nécessaire, et elle a exprimé sa volonté dans un écrit olographe, per olographam scripturam, qu'elle avait remis à un notaire privé, secrétaire de son frère. L'empereur décide que "si olographa manu testamenta condentur, testes necessarios non putamus" ~~X~~ si les testaments sont établis écrits tout entiers de la main du testateur, nous pensons que les témoins ne sont pas nécessaires. ~~X~~ Ce testament n'a pas passé tel quel dans le droit de Justinien. La Nouvelle de Théodose, que nous venons de citer, n'est pas recueillie au code Justinien. Celui-ci ne reconnaît le testament olographe que dans un seul cas, dans le cas de partage d'ascendants, quand le père sans vouloir précisément changer la dévolution des biens les répartit entre ses enfants et fait ainsi à l'avance un partage, son testament vaudra, quoiqu'il ne soit pas revêtu de la signature des témoins, s'il est écrit tout entier de la main du testateur. Théodose et Valentinien, 23.21.3, avaient décidé qu'un testament écrit de cette façon, même sans le nombre des témoins, était valable dans ce cas. Justinien, Nouvelle 107, 1 et 2, dit qu'il suffit que le testament soit écrit de la main du testateur, sans même qu'il soit besoin que quelques témoins, même en nombre moindre que sept, aient signé ce testament. Ce testament olographe est à l'origine de l'article 970 de notre code civil et du testament olographe qui est actuellement la forme la plus répandue, parce qu'elle est la plus commode de testament.

4°.- Enfin le testament public.

Déclaration
verbale du
testateur de-
vant les
magistrats.

C'est la quatrième forme de testament connue du droit du Bas-Empire, testamenta apud acta condita. Le testateur fait une déclaration verbale devant un magistrat de l'ordre judiciaire ou devant les autorités municipales. Ce testament est d'origine hellénique. Nous retrouvons ici encore une nouvelle influence orientale sur le droit romain. Nous avons en effet des exemples des testaments ainsi rédigés dans les papyrus d'Egypte, spécialement dans les papyrus d'Oxyrinchos de l'an 106 et de l'an 107 après J.C. Pour le droit romain ce testament public a été reconnu par une constitution de Théodose et d'Honorius de 413, Code 6, 23, 19. Les déclarations ainsi faites sont

recueillis par les officiales des administrations judiciaires ou municipales. Ce sont les scribes des magistrats judiciaires, ce sont les tabularii des municipalités qui sont en quelque sorte les secrétaires de la curie, du sénat municipal, et ces déclarations sont mises par écrit dans un acte public, qui est conservé au greffe de l'administration, soit judiciaire soit municipale, testamentum apud acta conditum. Dans cet acte public, il n'y a pas de témoins qui soient nécessaires.

Une forme plus exceptionnelle de testament se trouve indiquée dans la même constitution de Théodose et Honorius pour les grands personnages : On admet qu'ils peuvent déposer leur testament dans les bureaux de la Chancellerie impériale, testamentum principi oblatum. Ces formes de testament paraissent avoir eu une existence exclusivement orientale et n'ont pas laissé de trace dans notre droit moderne.

§ 3 - Formes anormales de testament.

Intervention
des Empereurs
pour préciser
les formes du
testament.

De nombreuses constitutions des Empereurs se sont occupées du testament. C'est qu'en effet pendant toute cette période les formes que revêt le testament n'ont de raison que d'être des moyens de preuve et des garanties de bonne rédaction. Aussi les constitutions, tantôt pour assurer au testateur la possibilité de faire cet acte adoucissent les formes exigées par la loi, tantôt au contraire, pour assurer la preuve et la sincérité du testament exigent des formes plus rigoureuses. Notamment ces formes sont plus rigoureuses pour celui qui ne sait pas écrire, et les constitutions impériales exigent alors pour lui huit témoins. De même l'aveugle doit avoir un testament attesté par huit témoins, et le huitième doit être le tabularius de la cité. Pour l'aveugle il n'y a que ce testament qui serait possible, c'est ce que déclare Justin dans une constitution, code 6.22. 8. Enfin pour les sourds-muets, le testament doit être écrit tout entier de la main du sourd-muet, avant d'être signé par les témoins. C'est encore une constitution de l'Empereur Justin 6.22.10.

Dans d'autres cas, au contraire, le testament est rendu plus facile; au cas de peste, de maladie contagieuse, les témoins n'ont pas l'obligation d'être mis en présence du malade. Il suffit qu'ils puissent, par un moyen quelconque, communiquer avec lui. Pour les testaments faits à la campagne pour lesquels il est quelquefois difficile de réunir le nombre de témoins libres exigé, les constitutions déclarent

qu'ils seront valables, signés seulement par cinq témoins. Enfin, nous avons vu pour le partage d'ascendants que le testament olographe écrit tout entier de la main du testateur, sans signature des témoins est suffisant.

Le testament
militaire.

Le testament pour lequel la dispense des formes ordinaires a été la plus radicale, c'est le testament militaire. Dans ce testament, le militaire est dispensé de toutes les formes et d'une grande partie des règles de fond du testament ordinaire. Il s'organise à partir de César. D'assez nombreuses constitutions en règlent définitivement la composition sous l'empire. Ce testament militaire de la fin du droit romain n'a pas de rapport avec le testament in procinctu qui est le testament du citoyen romain provisoirement sous les armes pour une campagne. A partir de Marius, et encore plus à partir de César, de la fin de la République, être soldat devient un métier permanent.

A partir de Trajan, Digeste 29, I. le testament des soldats de carrière n'est plus soumis, au point de vue de la forme, aux règles du droit civil, et au point de vue du fond, il est aussi dispensé d'une quantité de règles importantes du droit civil.

Facilités de
forme.

Quant à la forme, les testaments militaires ne sont plus soumis à la nécessité d'une mancipatio, mais encore plus, ils ne sont même plus soumis à la nécessité, soit d'une déclaration, soit d'un écrit, soit de signatures de témoins. Une forme quelconque, écrite ou orale, suffit pour rendre le testament valable. La seule question qui se pose, c'est la question de preuve possible, la possibilité de faire la preuve du testament, fait par ailleurs dans n'importe quelle condition. Constantin, dans sa constitution au code 6.21.15, donne l'exemple de testament ainsi fait par des militaires : "quomodo possint aut velint", comme ils le peuvent ou comme ils le veulent. Notamment un testament sera valable, s'il est écrit avec le sang du militaire sur le fourreau de son épée. De même, ce testament sera valable, sauf toute question de preuve mise à part, si ce testament est écrit avec la pointe de l'épée dans la poussière au moment où le soldat va mourir dans le combat.

Et de fond.

Cette grande liberté n'est pas seulement une liberté de forme, elle atteint les règles fondamentales du testament, et le testateur militaire en est dispensé. Il peut notamment instituer des incapables. Il peut encore instituer, pour une partie de sa fortune, l'héritier institué. Il échappe donc à la règle célèbre : nemo partim intestatus, partim testatus de-

cedere potest". Le militaire peut faire plusieurs testaments. La survenance d'un testament nouveau ne rend pas, comme dans le droit civil, le testament antérieur complètement nul. Ces deux testaments peuvent et doivent être appliqués, et le testament le plus ancien sera appliqué dans la mesure où les dispositions prises par la suite ne le rendent pas impossible. Si les dernières mesures prises par le testateur rendaient le testament fait auparavant impossible, ce serait une forme indirecte, mais sûre, de révocation de testament. En outre, le testateur n'est pas dans l'obligation d'exhérer ses enfants, s'il veut gratifier une personne autre que ceux-ci. En somme, le testament militaire jouit de la plus grande liberté.

Qui bénéficie
de ces formes?

Ce privilège est donné d'abord au soldat en campagne, puis au soldat de carrière, pendant tout le temps de son service militaire, à condition, soit qu'il meure sous les drapeaux, soit qu'il meure l'année après son congé, congé honorablement donné. Il ne doit pas être chassé de l'armée, pour pouvoir conserver la validité de son testament. Justinien dans ses Institutes restreint de nouveau, comme au début de l'Empire, ce privilège au seul soldat en campagne.

Chapitre V.

TESTAMENTI FACTIO DU TESTATEUR.

Nous avons longuement dans les chapitres précédents étudié la forme du testament. Voyons maintenant qui dans le droit classique peut faire un testament, quelles sont les personnes qui ont la testamenti factio active?

Primitivement
un petit nombre
de personnes
sont capables
de faire un
testament.

Tout ce que nous avons dit des formes du testament nous conduit à cette conclusion que peu de personnes sont capables de faire un testament. La testamenti factio est réservée à une petite minorité. Dans sa splendeur originale, en effet, le testament avons-nous vu, le testament comitial ne peut être fait que par le chef de la gens, par le pater gentis, par le paterfamilias primitif. C'est une supposition, mais une supposition tirée du caractère original de ce testament, et elle est confirmée pour nous par l'institution particulière, que nous avons étudiée, qui est la mancipatio familiae dans le droit ancien. De l'existence de cette mancipatio familiae et de l'utilisation de cette mancipatio familiae par le

père de famille pour disposer de ses biens après sa mort, nous tirons une preuve que le père de famille, le chef de la famille agnatique, au sens classique du mot, composée par les descendants, n'avait pas primitivement le droit de faire un testament. Il n'avait pas le droit d'utiliser cet acte spécial et direct, qui permet de disposer de ses biens pour cause de mort. Il n'en avait pas le droit, puisqu'il était obligé d'emprunter le mode habituel des dispositions entre vifs de la *mancipatio* pour lui faire accomplir un effet détourné de son sens originaire. Il y arrive, comme nous l'avons vu, (et c'est un expédient qui lui a été certainement conseillé par les prudents), par un pacte de *fiducie*, par lequel il impose au *familiae emptor*, qui a reçu de lui son bien par *mancipatio*, au profit de qui par conséquent il s'est dépouillé de la propriété, l'obligation de distribuer les biens qui lui ont été remis entre les mains, suivant les dispositions qui lui sont indiquées par le testateur lui-même.

Cette conclusion, c'est une conjecture, une conjecture vraisemblable, mais cependant une conjecture, puisque la *gens* a disparu à l'époque historique; avec la disparition de la *gens*, disparaît jusqu'au souvenir du chef de la *gens*, du *pater gentis*.

À l'époque classique la *testamentum factio* est un attribut de la *potestas*.

À l'époque classique le testament étend son champ d'action, il n'est pas réservé, comme nous l'avons conjecturé, au seul chef de la *gens*, mais il est accordé à tous ceux qui sont pères de famille. Mais même à cette époque la *testamentum factio* est toujours interprétée d'une façon restrictive. Le testament est un mode du droit civil, et pour faire un testament, il faut 1°- être un citoyen, 2°- *paterfamilias*, c'est-à-dire *sui juris*. Cette exigence exclut d'abord les pérégrins, puis les esclaves, et enfin les fils de famille, de la *testamentum factio*, et parmi les fils de famille, nous verrons que la femme a un caractère spécial, la femme est exclue toute sa vie de la *factio testamenti*, quoique devenue *sui juris* elle ait un patrimoine, mais elle est exclue de la possibilité de faire un testament, parce qu'elle n'a pas la puissance. En effet, reste de l'ancien caractère du testament cette règle caractéristique qu'il faut pour avoir la capacité d'en faire un, non pas seulement la capacité d'avoir des biens, mais bien plutôt d'avoir une *potestas*, d'avoir la puissance. La *testamentum factio* est un attribut de la *potestas*, plutôt qu'un attribut de la capacité. En effet, si le testament avait toujours eu le caractère uniquement patrimonial, qui est celui du droit classique, il aurait été accor-

dé sans difficulté à tous ceux qui ont des biens entre leurs mains, et qui en même temps que ces biens ont le pouvoir d'en disposer, suivant les règles du droit. Or, cette conclusion n'a pas été tirée même par le droit classique, et elle impose des conditions supplémentaires inconnues de la capacité ordinaire à ceux à qui elle accorde la testamenti factio. Il faut en effet pour pouvoir faire son testament :

1°- être citoyen. Le testament est un mode de pur droit civil. Par conséquent il faut être, soit citoyen pleno jure, soit avoir eu un traité formel avec Rome, qui concède le "commercium", c'est-à-dire la participation à tout le droit civil. Le commercium a été concédé aux Latins. Les Latins qui sont unis avec Rome par le traité de "foedus aequum" ont la testamenti factio comme un Romain. Par contre les pérégrins, qui sont les sujets de Rome introduits plus tard dans l'économie de l'Empire romain, n'ont pas la testamenti factio. Cependant, comme ils sont citoyens de leur cité, ils ont la possibilité de faire leur testament suivant les règles de leur loi nationale. C'est cette raison qui a maintenu dans l'Empire, à côté des règles propres au droit romain, des usages, des habitudes nationales, notamment dans la partie orientale de l'Empire. Et après l'édit de Caracalla, qui a rendu citoyen tous les habitants de l'Empire, les usages orientaux entrent dans le droit romain et aboutissent à une fusion entre le droit romain et le droit oriental et aboutissent à la reconnaissance de ces formes grecques du testament que nous avons vu, le testament olographe et le testament public.

2°- être libre. Un esclave ne peut faire de testament, et cependant l'esclave a un pécule. Le droit reconnaît une certaine existence juridique à ce pécule, donc de plus en plus des droits à l'esclave sur lui. Les droits qui lui sont donnés n'ont jamais été jusqu'à l'autoriser à faire un testament. Une exception est faite cependant en faveur de l'esclave de l'Etat, de l'esclave public. Cet esclave, ce servus publicus est en général plus favorisé que le servus privatus, et il a une capacité plus grande. On lui accorde la possibilité de se marier avec une femme libre, et son mariage est reconnu dans une large mesure, et on lui reconnaît la possibilité de faire un testament sur la moitié de son pécule. Ulpien 20.1 "Servus publicus populi romani partis dimidiaie testamenti faciendi habet jus". X L'esclave public du peuple romain a le droit de faire son testament sur la moitié de sa fortune. X

3°- être paterfamilias. Pour pouvoir faire un testament, il ne suffit pas d'être libre et citoyen,

Les Pérégrins
n'ont pas la
testamenti fac-
tio à moins
d'avoir reçu
le commercium

Capacité tes-
tamentaire ré-
duite de l'es-
clave public.

il faut encore être paterfamilias. Un fils de famille, quoique libre, quoique ayant une personnalité juridique, ne peut faire de testament. Ulpien, nous l'avons vu rattache cette incapacité à ce fait que le fils de famille ne peut avoir de biens. Ulpien 20.10.

Un fils de famille ne peut faire de testament.

"Filius familias testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit". Ce motif invoqué par Ulpien, n'est pas, semble-t-il, le vrai motif du droit romain. La vraie cause pour laquelle le fils de famille ne peut pas faire son testament, c'est qu'il est in potestate, et c'est ce qu'a dit Gaius beaucoup plus justement, Digeste 28.1.16, en un texte déjà étudié, "Qui in potestate parentis est, testamenti faciendi jus non habet, adeo ut quamvis pater ei permittit, nihilo magis tamen jure non possit" X Celui, qui est en puissance de son père, n'a pas le droit de faire un testament, à ce point que, même si son père le lui permet, il n'en peut pas moins faire de testament d'après le droit. X C'est bien en effet la raison pour laquelle il ne peut pas tester.

Bien qu'il ait acquis une capacité testamentaire.

Si la raison était qu'il n'a pas de bien, il aurait obtenu la possibilité de tester, au fur et à mesure qu'il obtient la possibilité d'avoir des biens. Il y a en effet tout un mouvement, commençant sous la République, qui donne au fils de famille la disposition de biens de plus en plus étendue. Nous savons que d'abord, comme l'esclave, il a un pécule. Il est vrai que celui-ci reste toujours la propriété, au point de vue du droit, du père de famille. Mais ensuite, à partir de César, le fils de famille a un pécule "castrense", sur lequel il a des droits exclusifs même contre son père. Ce peculium castrense est composé de tout l'argent que peut gagner le fils de famille militaire. Il a aussi à partir de Constantin un pécule "quasi castrense", sur le modèle du peculium castrense, on laisse au fils de famille fonctionnaire la disposition des biens qu'il a reçus comme fonctionnaire. Enfin, depuis encore Constantin, le fils de famille acquiert un véritable patrimoine, qui lui est constitué par la théorie des bona adventicia. Par cette théorie, il a un droit véritable de propriété, même à l'encontre du père, sur un groupe de biens de plus en plus étendu. Les bona adventicia sont d'abord les biens qui lui viennent par succession de sa mère, mais le droit ajoute à ces biens maternels les biens qui proviennent, soit des ascendants des parents, soit des parents du côté de la mère, soit même des biens qui lui proviennent d'étrangers, et soit même les biens qu'il gagne par son industrie particulière, si bien que à l'époque de Justinien ne

restent suivant l'ancienne règle du droit civil que les biens qui lui proviennent directement de son père. Or, malgré ce patrimoine de plus en plus important et de plus en plus étendu, le fils de famille restant sous la potestas n'acquiert pas sur ce patrimoine la possibilité de tester. Il a le droit d'en disposer, pour la plupart de ses biens, il n'a pas le droit de faire un testament, même avec l'assentiment de son père. Cette testamenti factio ne lui est accordée que d'une façon beaucoup plus tardive et toujours très limitée. C'est Nerva et Trajan qui permettent au soldat mort sous les drapeaux de faire la disposition de son pécule "castrense". Cette faculté fait partie des dispositions prises en faveur des militaires, fils de famille ou sui juris. Depuis Hadrien, ce n'est pas seulement le soldat fils de famille mort sous les drapeaux qui a pu tester sur son pécule castrense, c'est tout militaire. Pour le pécule quasi castrense, c'est Justinien seul qui accorde au fils de famille le droit d'en disposer. Quant aux bona adventitia, jamais dans le cours du droit romain, ce droit de faire un testament ne lui a été reconnu. Il nous semble donc que cette incapacité est une survivance de l'idée que le testament n'est pas un acte purement patrimonial, mais un acte de potestas.

4°- Incapacité des femmes. Etant donné l'histoire du testament, telle que nous la comprenons, il serait tout à fait anormal de constater que les femmes aient eu le droit de faire un testament. Si, en effet, le testament est l'acte du chef désignant le successeur, cet acte doit rester absolument étranger à la femme. Au contraire, si le testament avait toujours été un acte purement patrimonial, la femme ayant un patrimoine, la femme étant sui juris, et possédant des biens, aurait dû normalement pouvoir faire un testament, comme elle a le droit de faire les autres actes de disposition entre vifs, et suivant les mêmes règles. En fait, la femme, nous le savons, n'a pas eu la testamenti factio. Elle ne peut disposer de ses biens à cause de mort.

Les auteurs disent en général que cette incapacité avait une raison de forme. Nous trouvons ce point de vue notamment dans Girard, p. 868. "Si la femme ne peut pas faire son testament, c'est que le premier testament est le testament comitial, et que les femmes ne peuvent pas entrer dans les comices. En effet, du simple point de vue matériel, cette raison serait suffisante. Mais l'incapacité de la femme a certainement eu une cause plus profonde, plus fondamentale, que

Capacité de tester reconnue sur le peculium castrense par Hadrien.

L'incapacité testamentaire de la femme ne s'explique pas par une raison de forme.

celle-ci puisqu'elle subsiste, alors même que le testament per aes et libram n'oppose plus à la femme des formes qu'elle ne peut pas utiliser. La mancipation peut être faite par la femme avec l'auctoritas tutoris, elle aurait donc dû pouvoir faire un testament avec l'auctoritas de ce tuteur. Cette conclusion n'a pas été tirée par le droit romain, et la femme est restée aussi incapable de faire le testament per aes et libram qu'elle l'était de faire le testament comitial.

D'où vient cette incapacité ? A notre avis, elle a deux raisons : elle tient au caractère primitif de ce testament, acte de puissance, et elle tient à la survivance de l'idée ancienne de la copropriété familiale, qui ne peut être enlevée à la famille par la femme, deux idées qui se réunissent pour lui faire refuser la testamenti factio, car le caractère primitif fait de cet acte, non pas un acte de disposition mais un acte de puissance, et le fait que la femme n'a pas la puissance ne lui permet pas, comme au père de famille, d'enlever ses biens à la famille propriétaire. C'est donc parce qu'elle n'a pas la potestas, qu'elle ne peut pas faire un testament, et qu'elle ne peut le faire même avec l'autorisation de ses tuteurs, pas plus que le fils de famille ne pouvait faire de testament, même avec l'autorisation du père.

Nous avons vu que, quoiqu'elle n'ait pas l'autorité, on n'a pas voulu lui enlever sa part dans les biens de famille, lorsque l'établissement de la propriété individuelle a été fait par le partage entre les descendants. Cette part, des droits voisins du droit romain l'ont enlevée à la femme. Nous savons que le droit germanique ne permet pas à la femme de prendre sa part sur le salzut, qui est le bien de famille. Elle a été aussi enlevée, quoique à un moindre degré, à la femme par le droit grec. Le droit grec ne permet à la femme de recueillir la succession de son père que s'il n'y a pas d'héritier mâle. Ses frères lui sont préférés.

En droit romain la femme a l'égalité absolue avec les autres enfants et arrive au partage égal des biens du père. Il subsiste cependant des traces plus visibles pour elle que pour les hommes de la survivance de l'idée de la copropriété familiale, on lui donne le bénéfice de sa part, on ne lui en donne pas la disposition entière. La femme est placée en tutelle perpétuelle, elle est sous la tutelle légitime de ses parents les plus proches. Or la tutelle de ces agnats n'est pas établie pour protéger la femme. C'est dans la tutelle de la femme que survit l'idée ancienne d'une tutelle définie par Ulpien : "jus ac potestas

Elle s'explique
parce que la
femme n'a pas
de potestas.

in capite libero," c'est une potestas qui est dans l'intérêt de ceux qui l'exercent beaucoup plus que dans l'intérêt de ceux qui y sont soumis, qui est dans l'intérêt plus exactement de la famille.

L'intérêt de la conservation des biens dans la famille.

Quel est cet intérêt ? C'est l'intérêt de conserver les biens qui appartiennent à cette famille et d'empêcher que ces biens ne soient distraits du groupe pour être portés à des étrangers, ces étrangers fussent-ils même un mari ou des enfants.

Droits accordés à la femme par la coemptio fiduciaire.

Pour pouvoir disposer de cette copropriété familiale, la femme n'a pas sur elle, comme le père de famille, la potestas, l'autorité absolue, considérée comme plus forte que l'ancienne propriété, et qui lui permet de disposer de ses biens, malgré cette copropriété. Au contraire, lorsqu'il s'agit de la femme, la potestas du tuteur sur la femme est une survivance atténuée de l'ancienne patria potestas, et porte non plus sur la personne, mais sur des biens. Ce qui prouve bien l'exactitude de cette vue, c'est la façon dont le droit postérieur a tourné cette incapacité, c'est l'expédient, l'acte juridique compliqué par lequel les prudents ont mis la femme dans une condition telle qu'elle pût faire un testament. On lui accordera ce droit en changeant son état, en lui faisant quitter sa famille originaire par une capitis deminutio. L'acte qui a été utilisé porte le nom de coemptio fiduciaire. C'est donc encore une mancipation.

Vous savez ce que c'est que la coemptio : la coemptio, d'après les jurisconsultes romains, c'est le mode de contracter mariage cum manu. La coemptio, c'est donc l'application de la mancipation à l'acquisition de l'autorité du mari sur la femme, de la manus. Par cette mancipation la femme sort de sa famille d'origine, pour entrer dans la famille de son mari, pour être placée sous la potestas du paterfamilias du mari. Elle subit une capitis deminutio, un changement de status familiae. Par cette mancipation, le mari achète sa femme, dit Gaius, I. 116. "Emit vir mulierem, cuius convenit in manum", le mari, sous l'autorité duquel elle tombe, achète sa femme. A l'époque historique, bien entendu, la mancipation n'est pas une vraie vente, c'est un mode formaliste d'acquérir la manus. Les anciens romanistes, et la plupart des nouveaux, répugnent à admettre que cette forme de la mancipation indique un état antérieur où il s'agissait d'un véritable achat de la femme, et ils considèrent volontiers que cette mancipation, appliquée au mariage, a toujours été l'utilisation d'une forme, n'a jamais été le signe de la réalité de la vente. Il semble qu'ils pensent que ce serait une profanation de croire que la

La coemptio
acte primitif
d'achat.

femme romaine ait pu même à une époque préhistorique être achetée par son mari, comme une esclave ou comme un autre objet de propriété. Cette répugnance sentimentale les empêche de profiter des données de l'ethnologie et du droit comparé. La sociologie en effet nous montre qu'il n'y a pas de mode plus fréquent et plus général chez les primitifs que l'achat de la femme par son mari, comme mode de contracter mariage. L'achat, l'achat réel suivant un prix, est encore en vigueur comme mode de contracter mariage dans toute l'Afrique, non seulement dans l'Afrique noire, mais encore dans l'Afrique du Nord. Et cette donnée de la sociologie concorde admirablement avec les formes du mariage à Rome, avec la coemptio, avec l'usus, qui sont les deux procédés d'acquisition les plus romains et les plus anciens de la propriété sur les res mancipi, et avec les paroles mêmes de Gaius.

Pour ma part, je suis convaincu que ici comme ailleurs la mancipation est une application directe et primitive de l'institution, et avant d'avoir été une forme, pour le mariage comme pour l'application de la propriété, elle fut un achat véritable. C'est cette conception qui permet seule d'ailleurs de comprendre pleinement la suite du texte de Gaius, qui nous ramène au testament.

Description
de la coemptio
fiduciarie
par Gaius.

Gaius, I. II4. "Potest coemptionem facere mulier, non solum cum marito suo, sed etiam cum extraneo. Scilicet, aut matrimonii causa facta coemptio dicitur, aut fiduciae". La femme peut faire une coemptio, non seulement avec son mari mais même avec un étranger. Et par conséquent, la coemptio est dite faite, ou bien pour cause de mariage, ou bien pour cause de fiducie. Nous remarquerons que la mancipation fiduciae causa n'est pas considérée comme une coemptio faite causa matrimonii, et Gaius nous dit qu'elle est faite avec un étranger. Il ne s'agit donc pas d'un mariage fictif, mais d'une vente, d'une aliénation, qui n'est pas réelle, parce qu'elle est faite avec un pacte de fiducie.

Raisons de
son utilisation.

A quoi sert cette mancipatio ? Dans quel but a-t-elle été conseillée à la femme par les jurisconsultes ? Gaius nous dit : dans deux buts, pour éviter la tutelle, c'est-à-dire écarter la tutelle légitime et prendre un autre tuteur, et pour pouvoir faire son testament. Pour arriver à ces buts, on procède de la façon suivante : Gaius, I. II4. "Quae vero alterius rei causa fecit coemptionem, aut cum viro, aut cum extraneo, veluti tutelae evitandae causa dicitur fiduciae causa fecisse coemptionem". II5. "Quod est tale. Si qua velit quos habet tutores deponere et a-

lium nancisci illis auctoribus coemptionem facit, deinde a coemptionatore remancipata ei qui ipsa velit, et ab eo vindicta manumissa incipit eum habere tutorem, a quo manumissa est, qui tutor fiduciarius dicitur". Celle qui fait une coemptio dans un autre dessein, que ce soit avec son mari, ou avec un étranger, par exemple pour éviter une tutelle, est dite avoir fait une coemptio fiduciaire. II5. Cela se passe ainsi. Si la femme veut écarter ses tuteurs actuels pour en choisir un autre, avec l'auctoritas des tuteurs en fonction, elle fait une coemptio. Le coemptionator la remancipe à celui qu'elle a choisi; celui-ci l'affranchit par vindicta, et ainsi la femme commence à avoir pour tuteur celui par qui elle est affranchie, qui est appelé tuteur fiduciaire.

L'acte se fait en deux parties.

Cet acte est donc fait en deux parties. Dans une première partie, la coemptio est accomplie dans le but de faire sortir la femme de son ancienne famille, par suite de la faire sortir de la potestas de ses tuteurs. Cette première partie emprunte la forme de la coemptio, mais elle n'est pas faite, dit le texte même fictivement, matrimonii causa, nous en concluons que c'est la forme générale de la mancipation qui est employée. Si cette application de la fiducia apparaît comme possible aux Romains, c'est qu'ils n'ont sans doute pas perdu le souvenir de l'époque où le fils et la fille de famille pouvaient être vendus, que ce soit pour cause de mariage, que ce soit, pour une cause de vente pure et simple, plaçant le fils et la fille dans le dominium de l'acquéreur.

La deuxième partie de l'acte emprunte la forme de l'affranchissement. L'acquéreur fiduciaire, le coemptionator exécute le contrat de fiducia, qu'il a fait au moment de la coemptio en remettant la femme au tuteur fiduciaire, qu'elle a choisi. Celui-ci la remancipe et l'affranchit par la vindicta, c'est-à-dire l'ijure cessio, c'est-à-dire un procès fictif de liberté. Grâce à cet acte, la femme est placée dans la situation juridique d'une affranchie, elle est libérée de la propriété de l'acquéreur, et elle est de nouveau libre, et elle est placée sous la tutelle de celui qui l'a affranchie, son patron devenu tuteur fiduciaire. Cet acte, nous dit Gaius, est fait d'un bout à l'autre dicis gratia, pour la forme seulement. La femme ne passe pas réellement dans la propriété de l'acquéreur, elle n'est donc pas rendue esclave, elle n'est pas ensuite affranchie, mais le fait qu'on se servait de cet acte pour obtenir la conséquence indirecte, la sortie de la femme de la tutelle, montre bien, sous peine de la rendre incompréhensible, que les Ro-

mains conservaient le souvenir d'une époque où ces actes présentaient le caractère de vraie vente, avec tous ses effets, y compris la nécessité d'un affranchissement postérieur pour redevenir libre.

Pour acquérir la testamenti factio active, la femme doit sortir de la potestas du tuteur.

Le texte de Gaius continue en nous donnant une deuxième application de la coemptio fiduciaire. C'est celle-ci qui permet à la femme de faire un testament. Gaius 115 (a) "Olim etiam testamenti faciendi gratia fiduciaria fiebat coemptio. Tunc enim non aliter feminae testamenti faciendi jus habebant exceptis quibusdam personis quam si coemptionem fecissent remancipataeque et manumissae fuissent." X Autrefois, on procédait à une coemptio fiduciaire pour réaliser un testament, car à l'exception de quelques-unes, les femmes n'avaient le droit de faire un testament que si elles faisaient une coemptio et étaient émancipées et étaient affranchies. X

Gaius nous dit donc que les femmes autrefois n'avaient pas le droit de faire un testament, mais qu'elles avaient un moyen d'acquérir ce droit. Ce moyen était la coemptio fiduciaire, l'opération qu'il indique est exactement la même que celle qu'il vient de décrire pour soustraire la femme à la tutelle légitime de ses agnats. Il fallait donc, pour qu'elle acquière le droit de faire un testament, qu'elle sorte de sa famille par la coemptio, qu'elle subisse une capitis deminutio minima, qui lui faisait perdre son status familiae et en même temps la potestas du tuteur sur elle. Cicéron "Topiques". "Si ea mulier, quae testamentum facit, quae se capite nunquam deminuit non videtur ex edicto pretoris secundum eas Tabulas possessio dari" X Si la femme qui fait un testament n'a jamais subi de capitis deminutio, la possession ne paraît pas pouvoir être donnée d'après l'édit du prêteur, suivant ces tablettes. X

Puis les liens de famille étant rompus par la coemptio, la femme sera affranchie par mancipation et par vindicte. Elle sera donc libérée, elle et son patrimoine, et pourra alors faire un testament avec l'auctoritas de son tuteur nouveau, du tuteur fiduciaire. C'est donc incontestablement l'obstacle qui l'empêchait d'avoir la testamenti factio aux yeux des jurisconsultes qui ont inventé cet expédient. C'était non pas son sexe, mais ses liens de famille, le fait qu'elle faisait partie d'une famille organisée où elle était soumise à une potestas. Il ne s'agit plus de la potestas du père de famille, qui est mort, mais de la potestas atténuée de ses tuteurs légitimes. C'est en définitive le même obstacle que celui qui empêche le fils de famille de faire son testament ; celui-ci, pen-

dant la vie du père, ce qui l'empêche, c'est l'autorité, c'est la puissance du père. L'expédient compliqué, que nous venons de décrire, porte la signature de ses auteurs. Ce sont les jurisconsultes qui l'ont inventé, ce sont les pontifes, et c'est un expédient de la même époque et de même nature que le testament per aes et libram lui-même.

En faisant tomber les liens de famille, on reconnaît à la femme capacité de tester.

En faisant tomber ses liens de famille, en faisant de la femme affranchie fictivement la première de sa famille, si elle n'a pas elle-même une potestas familiale sur des citoyens, elle n'en a pas au-dessus d'elle, le tuteur nouveau est de nature différente, comme elle a le dominium, la propriété de ses biens, on lui permet de tester per aes et libram, dont les formes par ailleurs lui sont ouvertes, puisqu'elle a toujours pu accomplir la mancipation avec l'aide de ses tuteurs. Elle est mise dans la même situation qu'une affranchie, à qui on a reconnu la possibilité de tester.

L'expédient employé par les femmes qui veulent faire leur testament fut en usage jusqu'à Hadrien. Gaius I.II5 in fine. "Sed hanc necessitatem coemptionis faciendae ex auctoritate divi Adriani Senatus remisit". Mais le Sénat supprima sur la proposition du divin Hadrien cette nécessité de faire une coemptio. A partir d'Hadrien, toute femme peut tester avec l'auctoritas de ses tuteurs, sans avoir besoin d'une mancipation fictive. L'évolution n'est pas encore terminée. Il s'agit maintenant de supprimer la nécessité de l'auctoritas. Quoique celle-ci soit peu sérieuse, puisqu'il est donné à la femme le moyen de changer de tuteur, on a senti cependant le besoin de la libérer même de cette auctoritas.

Certaines femmes ont obtenu le droit de tester même sans l'auctoritas du tuteur.

Cette libération a été acquise de deux manières. D'abord, le prêteur a donné la bonorum possessio au testament, même s'il a été fait sans auctoritas. Il la donne suivant les formes ordinaires, sine re d'abord, cum re ensuite, à partir d'Antonin le Pieux puis directement par des lois, il est accordé à certaines femmes, une dispense d'auctoritas. Les Vestales, de tout temps, dit Aulu-Gelle, ont eu la testamenti factio. Aulu-Gelle I.I2.9. "Virgo autem Vestalis simul est capta atque in atrium Vestae deducta et pontificibus tradita est, eo statim tempore sine emancipatione ac sine capitis deminutione patris potestate exit et jus testamenti faciendi adhibetur." La vierge vestale, aussitôt qu'elle est prise puis conduite dans l'atrium de Vesta est livrée aux Pontifes et sans émancipation ni capitis deminutio, elle est soustraite à l'autorité paternelle et acquiert le droit de faire son testament. Ce texte met en liaison

directe la libération de la potestas et la factio testamenti. Il suffirait à prouver, si c'était nécessaire, que c'est bien la liaison qui a été faite par les auteurs, et non pas seulement une liaison plus large avec la capitis deminutio minima. C'est bien parce qu'elle est soustraite à une potestas familiale qu'elle acquiert le droit de faire son testament.

Sous l'Empire, on accorde aux femmes, qui ont eu trois enfants, le jus trium liberorum, qui, entre autre avantage, leur donne la testamenti factio. Après Dioclétien, à une époque indéterminée, toutes les femmes acquièrent ce jus trium liberorum, et il y a longtemps, à l'époque de Justinien, que la femme a acquis la capacité complète de tester.

5°- L'incapacité de fait.

Jusqu'ici, nous n'avons étudié que les incapacités de droit frappant certaines catégories de personnes. A côté de celles-ci, nous trouvons toute une série de sui juris, capables en droit, et qui sont incapables en fait, par suite de leur état physique ou mental. Ce sont d'abord les fous, qui sont privés de capacité et qui sont privés de leur testamenti factio, sauf dans les intervalles lucides. Ce sont ensuite les prodigues, et d'une façon plus générale, les impubères, à raison de leur âge.

Une certaine catégorie d'infirmes, les sourds et muets, ne peuvent pas faire le testament classique per aes et libram pour des raisons de forme, le sourd parce qu'il ne peut pas entendre le familiae emptor, et le muet parce qu'il ne peut pas faire sa déclaration, nuncupare. Le droit impérial, qui fait porter toute l'importance du testament sur l'écrit, les relève de leur incapacité en ajoutant une formalité supplémentaire et un huitième témoin.

6°- Déchéance.

Certaines personnes enfin qui ont la testamenti factio en sont privées à titre de peine et subissent une déchéance. A l'époque ancienne, les personnes intestabiles sont incapables, à la fois d'être témoins, et de recourir au témoignage. Ces personnes intestabiles sont ainsi désignées par un certain nombre de lois, notamment la loi des XII Tables rend intestabilis celui qui, après avoir été témoin ou porte-balance dans une mancipation, refuse son témoignage. Une loi postérieure rend intestabiles les personnes qui ont fait des écrits diffamatoires.

Les Latins Juniens eux aussi peuvent faire leur

Sourds et
muets.

Les intesta-
biles.

Les Latins
Juniens.

testament ; ce sont les affranchis irréguliers, soit qu'on n'ait pas employé les formes civiles, soit que le propriétaire qui les affranchit, n'ait pas sur eux la propriété civile. Ces affranchis irréguliers vivent libres, mais ils meurent esclaves, et comme tels ils ne peuvent faire leur testament. Le droit impérial fait peser cette déchéance sur les condamnés aux arènes et aux mines. Enfin, le droit chrétien enlève la testamenti factio aux apostats et aux hérétiques.
Code I.7.2.4. Puis I.5.4.3.

Chapitre VI.

TESTAMENTI FACTIO PASSIVE.

HERITIER INSTITUTE.

L'institution
d'héritier est
la partie es-
sentielle du
testament.

Nous avons vu que le testament ne contient pas que l'institution d'héritier. Il contient aussi des legs, des affranchissements et des nominations de tuteur. Mais l'institution d'héritier est la pièce essentielle du testament, la partie capitale qui est sa raison d'être. Il n'y a pas de testament sans institution d'héritier, et il n'y a pas d'institution d'héritier en dehors d'un testament. Gaius 2.229 : "Testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio". Les testaments tirent leur force de l'institution d'héritier, et à cause de cela l'institution d'héritier doit être prise comme la tête et le fondement de tout le testament. Gaius 2.248 "Inutile est testamentum in quo nemo recto jure heres instituitur." Le testament n'a aucune force, dans lequel personne n'est institué héritier suivant le droit. Par conséquent, pour qu'un testament soit valablement fait, il faut que l'héritier institué soit capable d'être héritier : c'est la testamenti factio passive et qu'il soit régulièrement institué, suivant les modes de l'institution d'héritier. Nous verrons donc dans une première partie la testamenti factio passive, et dans une seconde partie les modalités de l'institution d'héritier.

§ I - Testamenti factio passive.

De par la nature même de l'acte, les conditions nécessaires pour être gratifié par un testateur ne sont pas les mêmes que les conditions nécessaires pour permettre de faire un testament. La testamenti factio active et la testamenti factio passive ne peuvent sui-

vre les mêmes règles, car il est nécessaire, de par la nature de l'institution, que le testament puisse être fait en faveur d'un incapable. Le but principal et le plus fréquent est de gratifier le fils de famille. Nous vérifions donc encore ici que les règles fondamentales du testament ne sont pas déterminées en première ligne, comme les autres actes juridiques, par les règles de la capacité. La notion fondamentale est toujours la potestas. Le testament est un acte de puissance à son origine, plus qu'un acte de disposition. Aussi pour pouvoir le faire, il faut avoir la potestas familiale, et il reste de cette exigence primitive qu'on n'a jamais pu admettre que cet acte fût fait par quelqu'un qui est soumis à une potestas. Le pouvoir de le faire est incompatible avec la soumission, avec cette puissance. C'est parce qu'il est un acte de puissance, que le gratifié n'est pas soumis aux règles ordinaires de la capacité. Par le fait qu'on le gratifie, on le rend capable. Aussi le fils de famille a la testamenti factio passive. Cette règle est une règle nécessaire, et sans doute aussi ancienne que le testament pour le fils de famille. Mais on n'a fait aucune difficulté pour l'appliquer à un autre incapable, particulièrement à l'esclave, quand on l'a jugé utile, et lorsqu'on y a trouvé intérêt, on n'a eu aucune difficulté à reconnaître la testamenti factio passive de l'esclave. Les textes ne font aucune différence entre la testamenti factio du fils de famille, et celle de l'esclave. Elles paraissent avoir la même origine et les mêmes raisons. L'esclave du testateur peut être institué. La condition nécessaire pour lui, est que, en même temps il lui soit donné la liberté, par un affranchissement dans le testament. Mais même l'esclave d'un tiers peut être gratifié, et celui-là sans qu'on lui donne la liberté, puisque le père de famille n'a pas le dominium sur cet esclave.

Cette règle, qui est tout à fait spéciale dans le testament, ne pouvait pas trouver place dans la mancipatio familiae primitive. Nous avons vu que cette mancipatio était d'une origine exclusivement patrimoniale et liée à la propriété individuelle. Elle devait donc suivre les règles ordinaires de la capacité. Le familiae emptor, comme le testateur, devait être capable, suivant les règles ordinaires de la capacité. C'est pourquoi la mancipatio familiae est un acte incompatible entre le fils de famille et son père. Ce fils de famille ne peut pas avoir le bénéfice d'un acte de disposition entre vifs. Il était donc nécessaire de transformer radicalement cette institution, quand on a voulu faire de la mancipatio familiae un véritable testament, et cette nécessité explique les

Le testament est un acte de puissance plutôt qu'un acte de disposition.

Testamenti factio de l'esclave et du fils de famille.

Incompatible avec la mancipatio familiae.

complications de cette forme, que nous avons examiné. Ce n'est pas la complication d'esprit de praticiens, qui ont inventé l'expédient, qui a accumulé les cérémonies, mais la nécessité de modifier fondamentalement le caractère de la mancipatio familiae. Aussi, en ce qui concerne les règles de fond, les règles propres à la mancipatio ont disparu presque complètement.

Il y a peut-être une seule survivance des règles de la mancipation. Dans le testament, de par contamination probablement de la règle spéciale à la mancipation, la testamenti factio doit être appréciée à trois moments :

Moment auquel doit être appréciée la testamenti factio.

1°- Au moment où le testament est fait, testateur et gratifié doivent être capables, non pas de disposer entre vifs, mais capables de faire un testament. Cette testamenti factio doit se trouver.

2°- A l'époque de l'ouverture de la succession ou au moment de la mort du testateur. Il doit être personnellement capable de faire un testament et l'héritier institué, capable de le recevoir.

3°- Enfin, pour l'héritier, l'appréciation de sa testamenti factio doit être faite à une troisième époque, à l'époque où il fait addition d'hérédité. La nécessité d'être capable d'être institué, à l'époque où le testament est rédigé, paraît être un souvenir de la mancipatio familiae.

Mais pour le reste, il n'y a pas de trace dans le testament véritable d'une survivance des règles particulières de la mancipatio.

Quelles sont les personnes qui peuvent être instituées ? Nous examinerons ces personnes dans le même ordre que celui que nous avons suivi pour examiner la testamenti factio active. Nous verrons que les pérégrins ne peuvent être institués, mais qu'on peut au contraire instituer des esclaves, des fils de famille et des femmes, et nous verrons une règle spéciale à l'institution de l'héritier, qui écarte les personae incertae.

1°- Les pérégrins.

Les Latins peuvent être gratifiés.

Le testament étant un acte du pur droit civil, les pérégrins ne peuvent participer, ni comme testateurs, ni comme gratifiés. Au contraire, les Latins peuvent être gratifiés, comme ils peuvent faire un testament, puisqu'ils ont le commercium. Le Latin junien pour des raisons spéciales, puisque dans un certain sens il reste esclave - il vit libre, mais il meurt esclave - ne sera pas écarté de la testamenti factio passive, puisque l'esclave lui-même n'en est pas écarté. Cependant, la Loi Junia crée une condition spéciale pour pouvoir recueillir l'hérédité : il faut qu'il acquière la cité romaine, soit à la mort du testateur.

soit dans le délai de l'addition d'hérédité.

2°- Les esclaves.

La caractéristique de cet acte juridique qui est le testament, c'est qu'il peut être fait au profit d'un esclave. Ulpien, *Regulae*. 22.7. "Servos heredes instituere possumus, nostros cum libertate, alienos, sine libertate." ~~X~~ Nous pouvons instituer héritiers des esclaves : les nôtres en leur donnant la liberté, les esclaves d'autrui, sans la liberté ~~X~~ Les Romains nous paraissent n'avoir eu aucune répugnance à tirer cette extrême conséquence du caractère du testament, qui est un acte de puissance, la possibilité de donner à son esclave la liberté avec des biens.

La reconnaissance de la testamenti factio de l'esclave est-elle primitive ?

Les Romains ont-ils, en fait, toujours admis cette liberté ? Est-elle aussi ancienne que le testament ? En principe, rien ne s'y oppose, puisque la reconnaissance de la testamenti factio de l'esclave paraît avoir été assimilée par les textes à la reconnaissance de la testamenti factio du fils de famille, et par conséquent avoir la même origine. Et il est possible que le Romain primitif n'aurait pas trouvé plus choquant de transmettre son autorité sur sa gens à un ancien esclave, que le Romain classique ne le trouvait à lui transmettre ses biens, et avec eux, ses sacra. Nous avons un exemple historique dans les légendes, qui font de Servius Tullius, un ancien esclave des Tarquins, et qui n'en devient pas moins le successeur de ses maîtres et le roi de Rome. L'esclave primitif vit en effet sur un pied d'intimité beaucoup plus grand avec le maître que la guerre lui a donné, et qui est de même civilisation et de même race que lui.

Mais les raisons que donne Gaius semblent indiquer que la reconnaissance de la testamenti factio de l'esclave n'a pas été primitive, car elle semble avoir été faite pour des raisons d'utilité qui marquent la date où elle a été reconnue. Gaius nous présente l'institution de l'esclave comme un expédient de la pratique pour trouver un héritier. Grâce à cette institution, on évitera l'infamie qu'il y a à être exécuté sur ses biens par une venditio bonorum, quand on est mort insolvable. Gaius II.154. "Unde qui facultates suas suspectas habet, solet servum suum primo, secundo, etiam ulteriore gradu liberum, et heredem instituere, ut si creditoribus satis non fiat, potius huius heredis quam ipsius testatoris bona veneant, id est ut ignominia quae accidit ex venditione bonorum hunc potius heredem quam ipsum testatorem contendat : quamquam apud Fulvium Sabino placeat eximendum eum esse ignominia quia, non suo vitio, sed necessitate juris bonorum venditionem pateretur, sed alio jure utimur". Par suite, celui qui doute de sa solvabilité

D'après Gaius on instituerait héritier son esclave pour éviter l'infamie qu'entraîne la vente des biens.

a-t-il coutume de rendre libre et d'instituer un de ses esclaves au premier, au second ou même au dernier degré, afin que si l'on ne peut satisfaire ses créanciers, ce soit les biens de l'héritier plutôt que ceux du testateur que l'on vende et qu'ainsi l'infamie qui découle de la vente atteigne l'héritier plutôt que le testateur lui-même, et cela, bien que Selon Fufidius Sabinus ait été d'avis que l'esclave devait échapper à l'infamie, puisque c'est par une nécessité légale et non pas par sa faute qu'il endure la vente de ses biens. Mais nous suivons une règle différente. X

Si nous en croyons donc Gaius et l'explication traditionnelle donnée par lui, l'usage est d'instituer héritier un de ses esclaves, lorsque l'on craint de par sa situation de fortune de mourir insolvable, d'avoir un actif inférieur à son passif, on craint par conséquent de ne pas avoir d'héritier. Si l'on teste en faveur d'un étranger, l'extraneus refusera une succession obérée. Si l'on teste en faveur de son descendant, ce n'est pas exactement le même danger que l'on court, car le descendant est à la fois héritier sien et nécessaire, de sorte qu'il est saisi de la succession malgré lui et ne peut la refuser. Mais si un père aime son fils, il ne voudra pas lui imposer la charge d'une succession insolvable et l'infamie résultant de l'exécution de ses biens. Par amour pour lui, il l'exheredera ou encore il l'instituera sous la condition : si volet, s'il veut. Cette condition permettra au fils de refuser. Mais alors il retombera dans le même péril il n'aura pas d'héritier.

La bonorum venditio en cas d'insolvabilité de la succession.

Lorsqu'une succession est insolvable et que le débiteur étant mort, il n'est pas possible de l'exécuter sur la personne, si la succession reste en déshérence faute d'avoir été acceptée, le prêteur organise une exécution sur les biens. On procédera à la venditio bonorum du patrimoine en déshérence. Sur la demande d'un des créanciers, le prêteur envoie les créanciers en possession des biens du défunt. Le premier acte, la missio in possessionem, met les biens sous la garde des créanciers. Cette missio in bona a pour but de préparer la vente aux enchères du patrimoine. Le prêteur a ordonné : "bona possideri, proscribi, veniri, jubeo". Paul 42,4-6-1. J'ordonne que les biens soient possédés, affichés, et vendus. La publication par l'affiche annonce la saisie et la vente. Après un certain délai de possession, le prêteur ordonne aux créanciers de nommer un magister qui dresse un cahier des charges, la lex venditionis. Il fait une seconde publication, puis troisième acte, la vente aux enchères a lieu au plus offrant. Tout le patrimoine est vendu en bloc. L'emptor bonorum est un

successeur prétorien, qui paie tous les créanciers, jusqu'à concurrence du prix d'achat du patrimoine, prix fixé par les enchères. Il les paiera, suivant les règles du droit, soit la règle du concours entre les créanciers chirographaires, soit la règle du rang entre les créanciers privilégiés et hypothécaires. Mais après cette exécution, le failli est frappé d'infamie. C'est sa mémoire qui subit ici l'infamie, l'ignominie, dit Gaius, qui résulte de la *venditio bonorum*. Le testateur désireux d'échapper à cette ignominie - ce n'est pas seulement un préjugé social d'honorabilité, mais c'est par suite de croyances religieuses, qui lui inspirent la terreur des malheurs qui le poursuivront outre-tombe, et malheur très grave, le fait de ne pas avoir d'héritier pour l'entretien de ses sacra - a cherché à éviter ces malheurs, et on a inventé cet expédient de permettre l'institution d'un des esclaves comme héritier, soit au premier rang, *primo gradu*, soit après avoir offert sa succession à d'autres héritiers, amis ou descendants, si l'on pense que leur amitié ou leur piété filiale est assez vigoureuse pour assurer la charge de la succession déficitaire. Si l'héritier institué refuse, l'esclave viendra au second ou même au dernier rang. Ce but marque la date de l'usage ; il semble que cet usage a été établi par la pratique, après la création de la *venditio bonorum* par le préteur, donc sous la procédure formulaire. D'après Gaius 4,30, la *venditio bonorum* a été peut-être créée par Rutilius Rufus, consul en 649, et préteur au plus tard en 636. C'est l'opinion de Girard, *Mélanges* I. p.91-94.

L'esclave institué doit être affranchi.

Pour pouvoir instituer son esclave héritier, le testateur doit d'abord l'affranchir. L'affranchissement testamentaire pour après la mort du testateur, comme le testament lui-même, est créé dans ce but. Gaius 2.126. "*Sed noster servus, simul et liber et heres esse juberi debet, id est hoc modo : Stichus servus meus, liber heresque esto, vel heres liberque esto*", notre esclave doit être déclaré en même temps et libre et héritier, par exemple de cette façon : que Stichus, mon esclave, soit libre et héritier, ou bien héritier et libre. L'esclave aura donc un bénéfice de l'hérédité, car il sera libre en même temps qu'héritier. Mais cela n'a sans doute pas suffi à rassurer sur ses intentions. La jurisprudence le considère comme héritier nécessaire; ainsi institué, il ne peut pas refuser la succession. Gaius II.153. "*Necessarius heres est servus cum libertate heres institutus, ideo sic appellatus quia sive velit, sive nollit, omni modo post mortem testatoris, protinus liber*"

L'esclave héritier nécessaire supportera l'infamie.

et heres est". L'esclave est héritier nécessaire, l'esclave institué héritier avec la liberté est ainsi appelé parce que, soit qu'il le veuille, soit qu'il ne le veuille pas, de toute façon, après la mort du testateur, il est immédiatement libre et héritier. X C'est donc sous le nom de l'esclave que se fera la venditio bonorum, et c'est lui en définitive qui sera frappé de l'infamie résultant de la vente. L'empereur Constantin, Code Théodosien, 2.19.3. "Servus necessarius heres non magis patrimonium quam infamiam consequitur", l'esclave héritier n'acquiert pas tant le patrimoine que l'infamie. La jurisprudence repousse l'interprétation plus clémente de Sabinus qui voulait écarter l'infamie de l'esclave, en considérant qu'il subissait la bonorum possessio, non pas par sa faute, mais par une nécessité juridique.

Possibilité d'instituer l'esclave d'autrui.

La possibilité d'instituer héritier un esclave ne heurtait aucune idée juridique des Romains. Ils avaient l'exemple du fils de famille lui-même qui est un incapable, et pour l'institution de qui le testament est particulièrement fait. Aussi les Romains ont-ils admis encore la possibilité d'instituer même l'esclave d'autrui, et pour celui-là sans lui donner en même temps la liberté, car l'esclave n'appartient pas au testateur. L'esclave institué reste esclave et le testament ne lui donne aucun avantage au point de vue de la liberté. Le bénéfice de cette institution passera de main en main avec l'esclave lui-même : hereditas ambulat cum domino servi. L'hérédité va avec la propriété de l'esclave. Au moment de la mort, l'esclave a pu acquérir la liberté, il acceptera alors la succession pour son propre compte. S'il est toujours esclave, il l'acceptera sur le jussum de son maître, et le bénéfice passera au maître. Les Romains ont reconnu des avantages pratiques assez nombreux à cette combinaison : elle rend plus libres les règles du testament, car quelques règles restrictives sont écartées par ce détour, par exemple la vente de l'esclave permettra de mettre en vente l'hérédité future. Or, il est défendu de vendre directement l'espoir que l'on a d'une hérédité, soit testamentaire, soit ab intestat.

L'hérédité est transmise avec l'esclave, suivant la règle de la propriété, plutôt que d'après les règles de la vocation héréditaire. Cependant les avantages sont rendus moins grands par le fait que le testateur doit avoir au moment du testament la testamenti factio avec le maître de l'esclave. Ulpien, Regulae 22.29 En somme, il est probable que la possibilité d'instituer l'esclave d'autrui comme héritier est plutôt une conséquence du principe même de la testamenti factio n'exigeant pas la capacité juridique d'instituer plutôt qu'une règle créée par exception pour des avantages pratiques.

3°) Une question plus grave et plus obscure est celle de la testamenti factio passive des femmes. Cette question présente deux points de vue distincts : d'abord la testamenti factio passive proprement dite, le pouvoir d'être instituée, mais avant ceci la question de savoir si la femme a une vocation héréditaire, un droit au partage des biens de famille, si elle a eu droit depuis le début du droit romain à sa part d'enfant ? Notre système du testament souverain implique nécessairement que tant qu'il s'est agi de désigner le successeur du pater gentis dans sa souveraineté, la femme était exclue du testament, non seulement activement, et sous cet aspect c'est une certitude que le droit classique a conservé, mais même passivement, puisqu'il s'agit d'acquérir une potestas. Mais cette exclusion de la femme comme héritière est une hypothèse, elle fait partie de ce groupe de conjectures, que nous avons dit gratuites, parce qu'elles n'ont pas d'appui dans les textes, mais qui sont scientifiques, en ce qu'elles ne sont pas directement contredites par un texte formel et qu'elles permettent de rendre compte, comme nous l'avons vu, de nombreux faits connus. Quand le testament est devenu purement patrimonial, pour le testament du père de famille, nous l'avons vu, c'est vers l'époque des XII Tables, la question change d'aspect. La testamenti factio de la femme dépendra de sa vocation héréditaire. Il sera nécessaire que le testateur puisse l'instituer, si elle a le droit de recueillir les biens de son père ab intestat. La question est donc liée à celle de savoir si elle est admise au partage des biens. Beaucoup d'auteurs pensent que dans le droit précédant les XII Tables, et même encore dans le droit des XII Tables, la femme n'était pas héritière. La bibliographie de ces auteurs est donnée dans Solazzi, Diritto Ereditario, I. p. 188. Cette question sera peut-être mieux à sa place quand nous parlerons de la succession ab intestat. Nous la retrouverons à ce moment.

La femme pouvait elle être héritière dans le Droit des XII Tables ?

Les XII Tables parlent comme héritier ab intestat de l'heres suus, du proximus agnatus. Sans qu'une preuve certaine en puisse être apportée, il y a peut-être de bonnes raisons pour conjecturer que ce masculin singulier devait être entendu à l'époque de la loi au sens strict et ne s'étendait, ni à la femme descendante, ni à l'agnate. C'est par l'interprétation des XII Tables que cette extension a été effectuée, jusqu'au moment où par la loi Voconia il y a eu une réaction offensive des anciennes idées. La loi Voconia crée de nouveau l'incapacité de la femme à être instituée héritière.

Avec la loi Voconia nous abandonnons le terrain

La loi Voconia (585) interdisant aux citoyens de la lère classe d'instituer une femme.

des conjectures pour aborder un domaine plus solide appuyé sur des preuves historiques. La loi Voconia est un plébiscite de l'an 585 de R.F. Il a été voté par le peuple sur les conseils de Caton. Caton nous dit dans Cicéron, de Senectute, 5. 14: "Sous le consulat de Caepion et de Philippe, j'avais alors 65 ans, et je fis passer la loi Voconia avec la vigueur de ma voix et la force de mes poumons". Cette anecdote date la loi Voconia. Caton est né en 520. Il indique qu'il avait alors 65 ans, ce qui nous donne l'année 585 de R.F. C'est une loi somptuaire dirigée contre le luxe et la dissipation. Elle défend aux citoyens de la première classe du cens d'instituer une femme héritière. Elle défend par conséquent aux citoyens les plus riches d'avoir comme héritière testamentaire une femme. Les citoyens de la première classe sont ceux qui ont un capital de plus de 100.000 sesterces (environ 22.000 francs or, 110.000 francs) et au-dessus. Toutes les femmes sont frappées par cette loi Voconia, y compris les femmes et filles du testateur. C'est ce qui résulte de Saint Augustin, Civitas Dei, 3.21. La raison donnée pour porter contre les femmes cette défense nous est fournie par Tite Live, Livre 41, 34. Jusqu'ici les femmes avaient été habiles à hériter comme les hommes, et de là résultait que souvent les biens des familles les plus illustres passaient dans des mains étrangères, au grand détriment de la République. De plus on craignait le goût du luxe et de la dissipation des femmes. La raison donnée par Tite Live a toujours été celle des droits primitifs qui font écarter la femme de l'héritage de ses pères, car par son mariage elle passe nécessairement dans une autre famille et par conséquent les biens familiaux sont par ce fait sinon en danger d'être dissipés, tout au moins d'être partagés entre des familles différentes. Par conséquent, si la femme est capable d'hériter, elle fera passer les biens de famille dans un patrimoine étranger. Lorsqu'on accorde à la femme son droit - un droit égal dans l'héritage de son père - on oppose à ce danger comme barrière la tutelle légitime des agnats. Mais l'affaiblissement de cette tutelle légitime fait réapparaître le danger, et la loi Voconia peut être interprétée comme une réaction vers le système ancien. Néanmoins, cette interprétation est encore une hypothèse, car les textes ne nous le disent pas expressément, et cette réaction fut peu durable. Elle était réservée aux familles les plus riches. Les autres classes du cens ne sont pas soumises à la loi. La loi portait même que seuls y sont soumis les testateurs qui sont réellement inscrits sur le registre du cens dans la première classe. La conséquence qu'en tire l'interpré-

tation des jurisconsultes, c'est que ceux qui n'ont pas été recensés, même s'ils ont réellement la fortune requise, ne sont pas soumis à la loi Voconia.

Vers la fin de la République, on ne procède plus au cens, qui autrefois était fait tous les cinq ans. Pratiquement la loi Voconia tombe en désuétude, quoiqu'elle soit toujours théoriquement en vigueur, c'est la raison pour laquelle Gaius, 2.274, la cite.

4°) Institution d'héritier de personnes incertaines.

Obligation
d'instituer
une personne
pouvant être
individuali-
sée; impossi-
bilité d'ins-
tituer un
posthume.

Bien que le testateur ait grande liberté pour choisir son héritier, même parmi les incapables, les jurisconsultes posent la règle qu'il doit instituer une personne réelle, qui peut être individualisée par lui. En conséquence, il ne peut instituer quelqu'un qui n'existe pas encore, pas plus que quelqu'un qu'il ne connaît pas. Par exemple, la personne qui viendra à ses obsèques, Ulpien 22.4. "Quisquis primum ad funus meum venerit, heres esto". C'est à cause de cette défense que le testateur ne peut instituer une personne incertaine. Cette règle a une conséquence très grande et très gênante pour les testaments, qui est l'impossibilité d'instituer comme héritiers les enfants posthumes. Les posthumes pour le droit romain sont ceux qui ne sont pas encore nés au moment où le testateur a fait son testament. La notion est donc un peu différente de la notion de posthume dans notre droit français pour qui le posthume est celui qui est conçu avant la mort du testateur, mais né après cette mort. La conséquence de cette interdiction est très gênante. La survenance d'un héritier sien a pour effet d'anéantir le testament, car comme on ne peut exhériter ni instituer à l'avance un enfant qui n'est pas encore né, il est nécessaire de refaire un testament à chaque nouvelle naissance d'enfant. C'est un risque de nullité qui pèse sur le testament. Le droit prétorien a porté remède à cette situation en accordant la bonorum possessio à tous les posthumes, non seulement aux postumi sui, c'est-à-dire aux enfants du testateur lui-même, mais aux postumi alieni institués héritiers.

Impossibilité
d'instituer
les personnes
juridiques.

Sont encore considérées comme personae incertae les personnes juridiques, les personnes morales, parce qu'elles n'ont pas de corps, quibus incertum corpus est, Ulpien 22.5. Ceci amène à refuser la testamenti factio aux temples, aux citées et aux associations. Pour ces personnes juridiques l'incapacité est la règle, à laquelle des exceptions sont formellement apportées par des sénatusconsultes et des constitutions impériales, Ulpien, Regulae, 22.5, cite un Sénatusconsulte permettant d'instituer héritières les

cités par l'intermédiaire de leurs affranchis. On use ainsi de la possibilité que l'on a d'instituer un esclave, notamment un servus publicus pour le compte de son maître. Le droit chrétien alla beaucoup plus loin. Il permet d'instituer les Eglises, les fondations pieuses et les cités. Cette permission leur est donnée d'une façon générale et amène un grand développement de ces institutions, parce qu'elles sont favorisées par la loi pour des motifs de piété.

Personnes déchues du droit d'être instituées.

5°) Enfin quelques catégories de personnes existent à qui la capacité de recevoir a été enlevée à titre de déchéance. C'est à titre de peine que l'on ne peut instituer les intestabiles, c'est-à-dire ceux qui ont été frappés de cette déchéance particulière qui consiste à ne pouvoir, ni être témoin dans un acte juridique, ni à invoquer le témoignage de témoin dans ces mêmes actes juridiques. Le testament étant essentiellement un acte fait devant témoin, il leur était interdit, soit de faire leur testament, soit d'être institué dans un testament. Le droit chrétien ajoute à cette liste des déchus les hérétiques et les apostats.

§ 2 - Institution d'héritier.

Nous étudierons ici successivement les formes, les modalités et la pluralité d'héritiers.

1°) Forme de l'institution d'héritier.

Caractère formaliste.

Le testament est un acte formaliste du très ancien droit. Ce formalisme rigoureux apparaît, non seulement dans les formes proprement dites du testament, que nous avons suffisamment étudiées ainsi que leur décadence, mais il apparaît encore en ce qui concerne l'institution d'héritier. Il a deux conséquences :

a) le formalisme apparaît dans les termes à employer.

b) - - - la place de l'institution d'héritier.

a) Termes employés.

Emploi de termes sacramentels. Titius heres esto.

Gaius 2.177 nous dit que l'institution d'héritier doit être faite suivant des termes sacramentels, et la forme traditionnelle la plus ancienne, c'est celle que nous connaissons déjà : Titius heres esto. C'est la vraie et authentique forme de la déclaration orale dans le testament calatis comitiis. Nous voyons là des paroles de commandement, une formule impérative, par laquelle le pater gentis s'adresse au peuple pour désigner son successeur. Le souvenir persistant de l'importance de cette formule et particulièrement de l'importance de son caractère impératif se retrouve dans les discussions des jurisconsultes, dont l'é-

cho nous est rapporté par Gaius.

Formules as-
similées.

Quand le testament devient écrit, la diversité des formules apparaît. Il semblerait que ces formules n'auraient que peu d'importance dans leur diversité, pourvu que le sens soit clair. Cependant nous voyons dans les discussions des jurisconsultes que le formalisme primitif n'est pas oublié. Suivant des distinctions, certaines formules sont admises, certaines autres sont repoussées. Quelques-unes de ces distinctions nous échappent. Mais elles nous montrent l'importance attachée à la formule primitive et plus spécialement au caractère impératif de cette formule. Celle-ci est approuvée, dit Gaius, à côté de la formule: Titius heres esto, Titium heredem jubeo. Mais celle-là n'est pas approuvée, Titium heredem volo. Et celles-ci sont désapprouvées par la plupart, Titium heredem instituo, Titium heredem facio. Ulpien, *Regulae*, 2I, I, répète à peu près les mêmes choses: "heres institutus potest his verbis; Titius heres sit, Titium heredem jubeo. Illa autem institutio: heredem instituo; heredem facio, plerisque improbata sunt". Cette exigence du formalisme s'efface dans le droit impérial, comme pour la forme générale du testament. Les fils de Constantin en 339, code 6.23.45; décident que l'institution d'héritier peut être faite en termes quelconques, et Théodose en 439, code 6.23.2I.6. décide qu'il est inutile d'employer la langue latine.

Atténuation
du formalis-
me à l'époque
impériale.

b) La place de l'institution d'héritier.

Caput testa-
menti. L'ins-
titution doit
être placée en
tête du testa-
ment. Nullité
de toute
disposition
précédant
l'institution.

Cette institution étant le caput testamenti doit être placée en tête. Toutes les dispositions qui sont inscrites avant l'institution d'héritier seront considérées comme nulles. Le testament par ailleurs restant valable pour toutes les autres dispositions passées après l'institution d'héritier. Cette nullité frappe particulièrement les legs et les affranchissements qui sont faits avant l'institution d'héritier. Le droit ancien frappait d'invalidité toutes sortes de dispositions, si elles étaient placées avant l'institution. Mais les jurisconsultes classiques, Labéon et Proculus, ont fait admettre un tempérament à cette règle trop sévère. Ils décident qu'on pourra sans qu'elles soient frappées de nullité mettre avant l'institution d'héritier l'exhérédation et la nomination du tuteur. Gaius nous donne les raisons pour la nomination du tuteur, qui s'appliquent également à l'exhérédation: Gaius 2.23I, parce que, dit-il, rien n'est enlevé à l'hérédité, c'est-à-dire à l'héritier par l'addition d'un tuteur. Cette raison est bonne à partir du moment où triomphe le caractère patrimonial du testament. Enfin Justinien, Code 6.23.24, supprime cette dernière conséquence du formalisme en décidant

Atténuation
de cette ri-
gueur à partir
de l'époque
classique.

que l'institution d'héritier est valable, quelle que soit sa place.

2°) Modalité de l'institution d'héritier.

L'institution d'héritier normalement peut être pure et simple, mais elle peut aussi être affectée d'une modalité. On entend par modalité, soit le terme, soit la condition. L'institution affectée d'un terme ou d'une condition a été très étudiée par les juriconsultes romains. C'est en effet une question très importante au point de vue pratique, car très souvent les juriconsultes pouvaient se trouver en face d'une volonté du testateur ainsi subordonnée à un terme ou à une condition. Mais cette étude est moins importante au point de vue scientifique. Elle est plutôt compliquée comme exposition que difficile. Le testateur a pu vouloir subordonner l'institution d'héritier à un événement futur. La qualité d'héritier dépendra donc de la réalisation de cet événement. Si l'événement futur est incertain dans son existence, c'est une condition: condition suspensive: j'institue Titius héritier, si mon navire arrive d'Asie; condition résolutoire, j'institue Titius héritier, jusqu'à ce que mon navire arrive d'Asie. Si l'événement futur est certain, c'est un terme; terme extinctif, que Titius soit mon héritier pendant 5 ans; terme suspensif, et celui-ci à son tour peut être, ou un dies certus ou un dies incertus, un dies certus non seulement lorsque l'événement futur est certain, mais quand sa date est certaine, par exemple, dans 5 ans. Le dies incertus, le terme incertain est un événement futur et certain, mais dont la date d'arrivée est incertaine: que Titius soit mon héritier à la mort de Moevius.

Validité de la seule condition suspensive à laquelle est assimilé le terme suspensif incertain.

Quel sera l'effet du terme et de la condition sur l'institution d'héritier? Une seule de ces modalités est valable. Une seule peut être valablement annexée à un testament, c'est la condition suspensive. A cette condition suspensive les juriconsultes ajoutent cependant le terme suspensif incertain, parce qu'ils l'interprètent par faveur pour le testament comme une condition suspensive. Le terme incertain en effet, tel que celui-ci: quand Moevius mourra, j'institue Titius héritier, peut être interprété comme une condition: si Moevius meurt avant Titius.

Le terme suspensif certain est écarté pour des raisons obscures. La condition résolutoire et le terme extinctif sont défendus, parce qu'ils sont contraires à la règle de l'hérédité "semel heres, semper heres", celui qui a été une fois héritier doit toujours rester héritier. A l'arrivée du terme ou de la condition, celui qui a été héritier ne le serait plus, et ce serait un autre qui serait substitué à lui.

Comme les jurisconsultes veulent interpréter par faveur pour le testament dans le sens de la validité, ils considèrent le terme et la condition défendue, c'est-à-dire la condition résolutoire comme non écrite, et le testament sera considéré comme valable, comme un testament pur et simple. Reste alors la condition suspensive et le terme suspensif incertain, considéré comme une condition suspensive. Quel en est l'effet ? Il faut distinguer avant l'arrivée de la condition et après.

a) Pendante conditione.

La succession en suspens jusqu'à l'arrivée de la condition.

L'ouverture de la succession est retardée jusqu'à l'arrivée de la condition. D'autre part, la succession ab intestat ne peut pas s'ouvrir, car la succession testamentaire est la première de toutes, et comme nous le rappelle ce passage du Digeste 22.2. 39 "Quamdiu potest ex testamento adiri, hereditas ab intestato non defertur", aussi longtemps que l'hérédité peut être recueillie en vertu d'un testament, elle n'est pas déférée ab intestat. La succession ab intestat s'ouvrira donc au moment seulement où il sera sûr que l'institution ne produira pas d'effet, et cela ne pourra avoir lieu que lorsque la condition a défailli ou bien à la mort de l'institué. Ce sera là seulement que la succession ab intestat sera réputée s'ouvrir, et pour déterminer quels sont les héritiers ab intestat, il faudra rechercher ceux qui le sont réellement, au moment de la défaillance de la condition. L'hérédité reste donc en suspens. Il n'y a ni hérédité testamentaire, ni hérédité ab intestat. On ne sait pas si l'héritier institué pourra accepter, on ne le saura qu'à l'arrivée de la condition, et on ne sait pas non plus s'il y aura un héritier testamentaire.

Inconvénients; atténuation résultant de la concession de la B.P. secundum tabulas.

Cette situation présente de graves inconvénients, auxquels le prêteur vient porter secours. Il accorde à l'héritier institué conditionnel une bonorum possessio, secundum Tabulas, une possession des biens suivant le testament. Cette possession sera provisoire, et elle n'est accordée à l'héritier institué que s'il fournit caution de restituer aux héritiers ab intestat l'hérédité dans le cas où la condition fera défaut et dans le cas de mort.

b) Arrivée de la condition.

Détermination du moment où la condition est considérée comme arrivée.

Les jurisconsultes considèrent que l'on doit pour savoir si la condition est arrivée, se baser plutôt sur la volonté du testateur que sur les termes mêmes du testament. Par cette règle, ils entendent faire admettre une facilité d'interprétation plus grande. En outre, ils réputent la condition accomplie, quand elle a été empêchée frauduleusement par les

manoeuvres de celui qui a intérêt à l'empêcher, c'est-à-dire par l'héritier ab intestat ou l'héritier substitué à l'héritier conditionnel.

La cautio
Muciana.

Enfin, la jurisprudence a créé la cautio Muciana qui vient apporter un certain secours à cette situation délicate. Cette caution a été imaginée d'après une idée émise par le jurisconsulte Quintus Mucius Scaevola, lorsque l'héritier conditionnel est institué sous une condition potestative négative, une condition par conséquent dont l'évènement ne sera connu qu'à la mort de l'héritier. L'exemple donné par le jurisconsulte est cette condition: s'il ne monte pas au Capitole, on lui permettra d'accepter la succession en donnant caution de rendre l'héritage, si la condition fait défaut. Grâce à cette caution, il conservera la succession sa vie durant à titre provisoire et après sa mort la succession sera conservée définitivement par ses héritiers, grâce à la caution mucienne. Cette caution d'ailleurs paraît avoir été établie par le jurisconsulte pour les legs seulement et étendue à l'institution d'héritier par Justinien, au moyen d'interpolations.

3°) Pluralité d'institués.

Possibilité
d'instituer
plusieurs héritiers du moment où le testament est devenu patrimonial.

L'institution d'héritiers peut comporter plusieurs héritiers institués ensemble. Institutes 2.14. "Et unum hominem et plures in infinitum quotquot quis velit heredes facere licet". Il est permis de faire héritiers un homme ou plusieurs à l'infini, autant qu'on veut. Le testament primitif ne comptait qu'un seul héritier, le chef. Mais avec sa transformation en testament patrimonial, l'institution d'héritier doit être nécessairement transformée. De même que l'hérédité peut se partager entre tous les enfants, le paterfamilias, s'il a plusieurs enfants, devra pouvoir les gratifier tous. Il y a là une trace de l'influence du droit patrimonial sur le droit testamentaire. Néanmoins si le testateur a institué plusieurs héritiers, la répartition de son patrimoine est laissée à sa volonté. S'il n'a rien dit, en principe, chacun des cohéritiers aura une part égale. Mais il peut aussi le dire. S'il appelle sa femme et ses enfants, il a pu avoir le désir de ne pas modifier la règle légale d'égalité. Mais il peut les appeler aussi pour part inégale. A cela il aura beaucoup de raisons: il peut d'abord vouloir respecter la loi. S'il institue héritiers ses descendants à plusieurs degrés, les descendants du deuxième degré ont droit à une part inférieure à celle des descendants du premier degré. Normalement, d'après la loi, les petits enfants ne viennent recueillir dans la succession de leur grand père que la part de leur père, mort avant eux, qu'ils partagent. Mais le tes-

Disparition
des biens par
la volonté
du testateur.

tateur a pu vouloir avantager un de ses enfants, soit qu'il le préfère, soit même que par un sentiment de justice, il veuille lui rendre les biens qu'il a acquis par son industrie. Nous savons en effet que le fils de famille restant sous la puissance de son père jusqu'à la mort de celui-ci, il a pu acquérir par son activité et par son industrie de grands biens, qui de par les règles juridiques sont confondus dans le patrimoine du père. Nous avons déjà remarqué à ce sujet que en fait le testateur romain n'a jamais songé à établir au profit d'un de ses enfants, et spécialement de l'aîné, une préférence quelconque. Le droit romain ne connaît ni le droit d'aînesse, ni le privilège de masculinité.

Au profit d'étrangers enfin la répartition de son bien peut être faite, suivant ses degrés d'affection, d'amitié pour les personnes. Pour arriver à ce résultat pratique, l'usage s'est introduit d'un mode de calcul qui ne s'impose pas, mais qui est conseillé au testateur. Le patrimoine est considéré comme représentant une unité, un as, une libra. Cet as est divisé en 12 parties. A chaque héritier on laisse un ou plusieurs douzièmes. Le testateur peut donc instituer des héritiers en indiquant expressément le nombre de douzièmes qu'il veut donner à chacun. Les douzièmes restants sont laissés aux héritiers institués sans désignation particulière ou partagés également entre tous les autres héritiers institués. Ce genre de calcul n'est d'ailleurs pas obligatoire. Si le testateur par les parts qu'il a données de son héritage a dépassé 12 onces la division se fera seulement en plus de fractions, 14, 15, 16, etc... Le partage auquel on procède, est fait judiciairement par l'actio familiae ercundae, dont nous n'avons pas à faire l'étude ici.

2°) Institution ex certa re.

Nemo partim
testatus par-
tim intestatus
decedere
potest.

Le testateur est libre de partager son patrimoine entre ses héritiers comme il l'entend. Cependant deux règles sont imposées par la loi, qui sont des règles impératives, qu'il ne peut pas enfreindre. La première est ainsi énoncée: "nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest". Cette règle énonce l'incompatibilité qu'il y a entre la succession testamentaire et la succession ab intestat. S'il y a un testament, le testament doit régler le sort de tout le patrimoine. Cette règle empêche l'institution pour des fractions inférieures à la totalité du patrimoine, mais elle empêche surtout l'institution ex certa re, pour une chose déterminée seulement, le reste du patrimoine n'étant pas distribuée dans le testament.

Comment corriger l'institution qui serait faite pour une chose déterminée seulement ? Pour que

Interdiction de l'institution ex re certa et comment on y a remédié.

testament reste valable on recourt à la seconde règle : chaque héritier institué a une vocation éventuelle à tout le patrimoine, même s'il est institué pour partie. Par conséquent si l'héritier est institué pour 10 onces par exemple au lieu de 12, le patrimoine total sera divisé en 10. Si l'héritier est institué ex certis rebus on donne à chacun des héritiers la chose désignée spécialement pour lui. Et le reste du patrimoine est partagé par part égale entre les cohéritiers. De cette façon le testament est corrigé. On se rapproche de la volonté du testateur, et en même temps les règles sont maintenues.

3°) Le jus aderescendi.

Cette vocation éventuelle pour le tout de chaque héritier amène l'application du jus aderescendi accordé à chacun. Si l'un des cohéritiers refuse la succession, sa part va accroître la part des autres, dans la proportion de leur institution. Ceci n'a pas lieu par interprétation de la volonté du testateur, mais à cause de la règle "nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest". Aussi le testament ne peut-il pas écarter la règle, il peut la modifier, instituer deux ou plusieurs cohéritiers conjunctim, en commun, et dans ce cas ce sont ces cohéritiers qui ont entre eux un droit de préférence, si l'un se retire, sa part revient d'abord à l'autre institué. Cet héritier lui aussi, ne peut renoncer à cet accroissement qui s'impose à lui.

§ 3 - Substitution.

La substitution est une modalité de l'institution d'héritier. Son intérêt est tiré principalement de l'importance qui lui a été accordée dans les droits modernes. Elle vient de la transformation qu'elle a subie dans notre ancien droit et dans des droits voisins tels que le droit anglais. Cette transformation, que l'on a appelée la substitution fidéicommissaire. Les substitutions fidéicommissaires ont une grande importance sociale. Elles ont été le moyen employé pour faire durer la famille, leur importance et leur richesse. Les substitutions fidéicommissaires ne sont pas celles du droit romain, qui sont beaucoup moins originales. Le droit romain connaît :

- a) La substitution vulgaire, qui n'est qu'une sorte de substitution conditionnelle.
- b) La substitution pupillaire, qui est une institution déjà plus originale, qui est une prolongation de la puissance paternelle, donnant un héritier à son fils impubère.
- c) la substitution quasi pupillaire ou exemplaire

Les trois sortes de substitutions du Droit romain.

qui est une invention tardive et de moindre importance.

a) Substitution vulgaire.

Utilité de la substitution pour s'assurer un héritier; différentes formes qu'elle peut présenter.

Le but de la substitution vulgaire est de diminuer les chances que l'on peut avoir de mourir ab intestat. Le premier moyen, nous l'avons vu, c'est l'institution de plusieurs héritiers. Le deuxième moyen, c'est l'institution d'un héritier à défaut d'un autre. Le premier institué, en effet, peut être mort avant le testateur, ou refuser la succession. Alors à son défaut, un autre sera institué héritier, et l'on peut ainsi continuer jusqu'au dernier degré par l'institution d'un esclave héritier nécessaire. Gaius 2.174. "Interdum duos pluresve gradus heredum facimus hoc modo: Lucius Titius heres esto, cernitoque in diebus centum proximis, quibus scies poterisque. Quodni ita creveris, exheres esto. Tum Maevius heres esto, cernitoque in diebus centum et reliqua; et deinceps in quantum velimus substituere possumus". Parfois, nous faisons deux ou plusieurs degrés d'héritiers, et de cette façon: que Lucius Titius soit héritier, qu'il accepte la succession dans les cent jours, dans lesquels il saura et il pourra; s'il n'a pas ainsi accepté, qu'il soit exhéredé, et qu'alors soit héritier Maevius, que celui-ci accepte dans les cent jours, etc... et ensuite nous pouvons substituer tant que nous voulons. Les délais de cent jours pour délibérer et accepter la succession, c'est ce que l'on appelle la "cretio vulgaris" Gaius explique ensuite qu'on peut recourir à des formes de substitution plus compliquées, qu'on peut substituer plusieurs héritiers à un seul, plures in locum unius ou un seul héritier à plusieurs. On peut encore donner des substitués à un héritier et pas aux autres, etc... On peut faire une institution invicem, les héritiers substitués les uns aux autres.

Assimilation de la substitution vulgaire à une institution conditionnelle.

Quel est le caractère de la substitution ? Cette substitution vulgaire n'est ni plus ni moins qu'une institution conditionnelle. La première institution est une institution pure et simple. Le substitué est institué si l'autre n'accepte pas. Par conséquent elle suivra toutes les règles de l'institution conditionnelle, par exemple, l'héritier substitué ne doit pas être une personne incertaine, il doit être connu du testateur et vivant. C'est la différence radicale d'avec la substitution fidéicommissaire, qui permet de substituer à un héritier un autre qui n'est pas encore né au moment du testament, et par conséquent qui permet de transmettre indéfiniment un bien entre les mains du premier né par exemple de chaque famille. Le substitué est, une fois la condition réalisée, héritier pur et simple et sera le seul héritier. Bien entendu, la

substitution doit être faite dans un testament, et les conditions de ce testament seront interprétées suivant la règle générale, suivant la volonté probable du testateur plutôt que d'après les termes employés par lui. Un substitué institué à défaut d'un autre substitué sera par là-même institué à défaut de l'institué premier.

b) substitution pupillaire.

Relation entre la substitution pupillaire et la patria potestas; moyen de remédier à l'incapacité du fils institué.

La substitution pupillaire représente un droit plus exceptionnel que la substitution vulgaire. Celle-ci n'est qu'une institution conditionnelle, la substitution pupillaire est quelque chose de plus. C'est un acte de puissance paternelle, une puissance dont les effets se prolongent même après la mort du paterfamilias. Par la substitution, le père porte remède à l'incapacité de son fils héritier institué. Quand celui-ci est un impubère, l'enfant mineur ne peut faire un testament, même avec l'auctoritas de ses tuteurs. Ulpien, 12. "Impubes licet sui juris sit, facere testamentum non potest, quoniam nondum plenum iudicium animi non habet", l'impubère, quoiqu'il soit sui juris, ne peut faire un testament, parce que son esprit n'a pas encore son plein jugement. Ce motif, qui est donné par Ulpien, est un motif rationnel. L'incapacité de l'impubère tient à toutes espèces de causes. Des raisons de forme suffiraient pour que le testament calatis comitiis ne puisse être fait par un impubère, car celui-ci avant la puberté n'a pas accès aux comices. Mais il y a encore des raisons de fond plus probables. Le testament souverain fait par le pater gentis ne peut être fait par un impubère, pas plus que le testament ne peut être fait en faveur d'un successeur qui serait impubère. Quand le testament est devenu patrimonial, l'impubère sui juris peut être héritier. Il pourrait faire un testament per aes et libram avec l'autorisation du tuteur. Mais alors c'est ainsi qu'intervient l'idée de protection de l'incapable contre la cupidité possible du tuteur, et la protection d'une façon plus générale de cette incapacité contre son défaut de jugement.

Le résultat est que s'il meurt avant la puberté, il n'y a pas de succession testamentaire possible. La succession ab intestat peut seule s'ouvrir, et nous avons vu la préférence des Romains pour la succession testamentaire. L'infamie s'attache à l'idée que quelqu'un peut mourir intestat. Le remède est dans la puissance paternelle. Le père dans son testament institue un héritier à son fils mineur; prévoyant le cas où celui-ci mourrait ante pubertatem, il désigne celui qui succèdera à son fils.

Double conception possible de la substitution pupillaire.

Quel est l'effet de cette désignation ? On peut envisager deux conceptions différentes : ou bien l'héritier est substitué, et considéré comme l'héritier du père, non du fils, il prend la place du fils dans la succession de son père, et il devient héritier du père ; ou bien, l'héritier substitué est considéré comme héritier du fils nommé par le père, mais il succède alors au fils et à son patrimoine, tel que ce patrimoine se comporte au moment de la mort du fils. Suivant qu'on envisage l'une ou l'autre de ces conceptions, on en tire des conséquences juridiques très différentes. L'exemple le plus important, celui pour lequel la conception juridique a changé, est l'exemple d'un patrimoine qui entre les mains du fils impubère s'est enrichi d'une succession nouvelle, autre que la succession de son père.

La seconde conception paraît être celle du droit classique. Elle est affirmée par Ulpien, Digeste, 28.6. 10.5. "Neque enim suis bonis testator substituit sed impuberis" ~~le~~ testateur a fait la substitution, non pas à ses biens, mais aux biens de l'impubère. Toute une série de règles sont tirées de cette conception. Mais il y a d'autres règles qui se rattachent au contraire à la première idée, d'après laquelle c'est de son bien propre que le père dispose, au profit du pupille d'abord, puis du substitué ensuite. L'incertitude sur ces règles montre que la notion du droit classique n'a pas été toujours clairement dégagée et qu'une autre avait cours avant elle.

A°) Ancien droit.

La conception d'unité de testament : le père en faisant cette substitution fait son propre testament. La formule de Gaius.

Il semble que l'ancien droit est parti de ce principe que le père en faisant une substitution pupillaire ne faisait pas le testament d'autrui, le testament de son fils, mais faisait son propre testament. La formule elle-même de substitution est dans ce sens. Gaius, 2, 179. "Titius filius meus mihi heres esto. Si filius meus heres non erit, siue heres erit et prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto". Que Titius, mon fils, soit mon héritier. Si mon fils n'est pas héritier, ou bien s'il est mon héritier et qu'il meure avant de passer sous sa propre tutelle, alors que Seius soit héritier. Cette formule indique bien que le père fait son propre testament, et d'après la littéralité des termes, on envisage que Seius devient héritier du père, si Titius meurt avant de passer sous sa propre tutelle, c'est-à-dire avant de devenir pubère.

Décomposition de cette formule en une substitution

On remarquera que la formule contient à la fois une substitution vulgaire et une substitution pupillaire. Substitution vulgaire : si Titius n'est pas héritier, que Seius le soit ; substitution pupillaire : si

vulgaire
et une subs-
titution pu-
pillaire.

La causa Cu-
riana.

Titius est héritier, mais meurt avant la puberté, que Seius soit héritier. C'était la règle dans les testaments de prévoir ces deux éventualités, si bien qu'au VIIème siècle un procès célèbre pose cette règle d'interprétation que celui qui a été substitué pupillaire pour le cas où le fils est héritier mais meurt avant la puberté, sera par là-même considéré, s'il y a lieu, comme un substitué vulgaire, si le fils meurt avant la mort du père, et par conséquent n'est pas du tout héritier. Il y a eu un procès qui porte le nom dans l'histoire de Causa Curiana. Il fut plaidé devant le tribunal des centumvirs par le célèbre jurisconsulte Quintus Mucius Scaevola et l'orateur non moins célèbre Licinius Crassus. Par conséquent, il fut plaidé avant 663 qui est la date de la mort de Crassus. Un certain Coponius avait institué son enfant posthume pour le cas où il naîtrait, et il avait fait substitué pupillaire Curius. Le fils ne vécut pas. Il y eut alors procès entre Curius défendu par Licinius Crassus et les héritiers ab intestat de Coponius défendu par Q. Mucius Scaevola. Celui-ci soutenait que c'était la succession ab intestat qui devait s'ouvrir, les termes du testament ne parlant que de substitution pupillaire. Curius soutenait que cette substitution valait également comme substitution vulgaire, et c'est cette doctrine qui paraît avoir triomphé, d'après Cicéron pro Caecina 18.5.53.24 et Quintilien. Institutions oratoires, 7.6.9.10. A l'occasion de ce procès fut créé le mode nouveau d'interprétation de testament, d'après lequel les juges doivent s'attacher à l'intention du testateur plutôt qu'à la lettre de la disposition. L'intention générale du testateur avait été d'instituer Curius héritier, si le fils posthume n'était pas héritier. Le droit classique étendit cette interprétation au cas inverse. Modestin 28.64.28.6.4. Principium. "Hoc jure utimur ex divi Marci et Veri constitutione, ut pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisset intellegatur, sive filius heres non exstiterit, sive exstiterit et impubes decesserit". D'après la constitution du divin Marc Aurèle et de Verus, nous appliquons la règle suivante, si le père a fait une substitution à son fils impubère pour l'une des deux hypothèses, nous considérons que la substitution est faite pour l'une et l'autre hypothèses, soit que le fils ne devienne pas héritier, soit que devenu héritier il meurt impubère. Ainsi, d'après la façon dont la formule a été conçue, il semble que, soit qu'il s'agisse d'une substitution vulgaire, soit qu'il s'agisse d'une substitution pupillaire, on a plutôt considéré que le père faisait son testament et désignait son héritier, son fils, ou à défaut de son

Conséquences
de cette con-
ception d'u-
nité de tes-
tament.

fils un tiers. Les conséquences de cette unité du tes-
tament sont les suivantes:

1°- Le père ne peut faire une substitution pu-
pillaire sans faire son propre testament. Modestin
28.6. "Substituere liberis pater non potest, nisi he-
redem sibi instituerit", le père ne peut faire une
substitution pour ses fils, s'il n'institue pas un
héritier. Ce n'est pas le testament du fils qu'il fait,
mais son propre testament. En parlant des legs impo-
sés au substitué pupillaire, Ulpien dit: Pater lega-
vit de suo. Digeste, 33.2.11.5.

2°- Toute personne qui est héritier nécessaire du
père est considérée comme héritier nécessaire du fils.
Par exemple, le frère qui est substitué à son frère
impubère, pour le père, étant son fils, est un héri-
tier nécessaire. Mais pour le frère il ne sera pas hé-
ritier nécessaire. Mais comme substitué il est considé-
ré comme héritier nécessaire du frère. Ulpien, Diges-
te 28.6.2.4.; 10.1.

3°- La substitution qui est un accessoire du
testament du père doit être écrite après l'institution
d'héritier sous peine de nullité. Ulpien, Digeste 28.
6.2.4.

4°- Si le testament du père tombe, le testament
du fils tombe par le fait même.

5°- Si une même personne est à la fois instituée
et substituée, par exemple le fils majeur étant ins-
titué héritier est substitué à son fils mineur, il ne
peut refuser la succession du père et accepter la subs-
titution, Ni inversement refuser la substitution et
accepter l'institution. Le testament forme un tout que
l'on doit accepter ou refuser.

6°- La substitution perd sa valeur, non seulement
quand le fils atteint la majorité, mais encore quand
il sort de la puissance de son père du vivant du tes-
tateur. N'étant plus sous la puissance, le père ne peut
pas disposer du bien de l'enfant, et par conséquent, la
substitution perd sa valeur.

Ainsi toute une série de conséquences montrent
que les anciens ne distinguaient pas, quand le père
faisait une substitution pupillaire, entre son propre
testament et le testament de son fils. Karlowa, R.R.G.
IIp. 875, 878, suivi en cela par Girard, p. 882, consi-
dère même que dans le droit ancien la substitution
pupillaire ne sortait pas du droit commun et que cette
substitution aurait pu être faite par n'importe quelle
personne, car c'est une institution conditionnelle.

En quoi la
substitution
pupillaire est
dérogatoire

Cependant, il y a déjà quelque chose d'anormal et
d'exceptionnel dans cette substitution. En effet, le
fils impubère est en réalité institué sous la condi-
tion résolutoire qu'il ne meure pas avant d'arriver à

aux règles ordinaires sur les conditions dans le testament.

la puberté. Le substitué est institué sous la condition suspensive que le fils impubère meure avant d'arriver à la puberté. L'institution sous condition suspensive est valable, nous l'avons vu, mais l'institution sous condition résolutoire est défendue par le droit, défendue parce qu'elle est contraire à la règle *semel heres, semper heres*. Karlowa répond à cela qu'en réalité le fils impubère est considéré comme n'acquérant l'hérédité qu'à l'époque de sa puberté, et jusque là le substitué est le premier héritier sous condition suspensive. C'est une hypothèse qui n'est pas appuyée par les textes et qui conduirait à cette conséquence que si le fils meurt ante pubertatem tous les actes d'administration et de disposition faits par le tuteur, seraient annulés. Cette conséquence est repoussée par Karlowa lui-même. Elle a été admise par Girard, mais sans aucun fondement dans les textes. Une conséquence aussi importante ne serait pas sans avoir laissé des traces dans les discussions des jurisconsultes à cause des nombreuses difficultés suscitées par la pratique. Aussi même dans le droit ancien, la substitution pupillaire me paraît n'être pas une application pure et simple de l'institution conditionnelle, mais un droit concédé au père en vertu de sa puissance paternelle; c'est la conséquence extrême de cette puissance qui survit pour suppléer à l'impossibilité pour le fils d'exercer son droit de faire un testament.

B) Droit classique.

Avec le droit classique une difficulté nouvelle surgit, et c'est cette difficulté qui a amené les jurisconsultes à préciser, à réviser leur notion ancienne de la substitution.

La substitution comprend-elle à côté des biens profectices, les autres biens qui peuvent être advenus au fils impubère ?

L'occasion de cette révision a été donnée par la difficulté suivante: le fils impubère héritier de son père pouvait depuis la mort du père recevoir par héritage, donation ou autrement, des biens ne provenant pas du père. Par conséquent, à côté des biens provenant du père, des biens profectices, se trouvaient d'autres biens dans son patrimoine, qui plus tard furent appelés des biens adventices. C'est une situation qui dans l'ancien droit paraissait presque impossible, mais que le droit nouveau rendait de plus en plus fréquente, grâce aux transformations qui se produisent dans la propriété, dans les liens de famille et d'affection, et qui se développent dans le cours du droit romain dans un sens de plus en plus individualiste.

Quel sort faut-il faire à ces biens nouvellement entrés dans le patrimoine du fils, si celui-ci meurt avant la majorité ? Quant aux biens profectices, il n'y a aucune difficulté, ils appartiennent au substitué.

tué. Mais ces biens nouveaux, le substitué les trouvera-t-il dans la succession ? S'il est considéré comme l'héritier du père, et non du fils, de quel droit recueillerait-il ces biens ? Cicéron nous dit que la question a été discutée en son temps de Inventione, 2.21.62,4. Cicéron pose longuement le problème. "Un tiers a fait un mineur héritier. Celui-ci meurt avant d'avoir atteint sa majorité. Sur cette hérédité, qui est venue au fils, il y a une contestation entre les héritiers substitués par le père au fils et les agnats du pupille. Les héritiers substitués sont en possession. Les agnats émettent la prétention suivante: ces biens sont à nous, puisque celui dont nous sommes les agnats n'a pas fait de testament. Réponse des substitués: ces biens sont à nous, qui sommes héritiers, par le testament du père. Question: Auquel des deux sont-ils ? Réponse: le père a écrit un testament pour lui et pour son fils, tant que celui-ci sera mineur. C'est pourquoi les choses qui sont au fils deviennent nécessairement nôtres en vertu du testament du père. Réfutation: au contraire, le père fait un testament pour lui seul, et l'héritier substitué est son héritier, non celui du fils, c'est pourquoi son testament ne peut vous donner que ce qui est à lui. Point à juger: Peut-on par testament disposer des biens d'un fils mineur, ou les héritiers substitués du père n'ont-ils pas droit en même temps à l'hérédité du fils mineur ? Cicéron après avoir ainsi longuement posé le problème ne nous dit pas comment il a été résolu de son temps. S'il y a eu des hésitations, ces hésitations cessèrent bientôt. Il parut impossible aux jurisconsultes de faire abstraction de la personne du fils. Il parut impossible de le supprimer. Dès lors il n'y a plus qu'à appliquer la règle qui interdit la coexistence de la succession testamentaire pour une partie des biens et de la succession ab intestat pour une autre partie. On a donc jugé que l'hérédité tout entière du fils devait être attribuée aux héritiers substitués, non seulement les biens provenant du père, mais tous les autres biens provenant de quelque autre source que ce soit. En conséquence, en faisant sa substitution, le père a fait le testament de son fils, et non pas seulement son propre testament. Il a disposé de l'hérédité du fils. C'est une conséquence de son droit de puissance paternelle, de sa potestas. Ce principe est posé par les jurisconsultes classiques. Ulpien affirme dans un texte, que nous avons déjà cité, Digeste 28.6.10.5. que le testateur fait la substitution, non pas sur ses biens, mais sur ceux de l'impubère. Et de ce principe on a tiré toute une série

Solution classique: la substitution porte sur les biens

de l'impubère.

Conséquences.

de règles différentes de la première série, que nous avons examinée.

1°- La première de toutes ces règles, c'est celle pour laquelle le principe a été posé: la substitution règle le sort du patrimoine du fils, et non pas du patrimoine du père. Par conséquent ce patrimoine, tel qu'il se compose à la mort du fils comprend non seulement les biens paternels, mais tous les autres biens, quelle que soit leur origine. On ne s'arrête pas là et on tire d'autres conséquences.

2°- Le père n'est pas obligé d'instituer son fils pour lui donner un héritier, il peut à la fois l'exhérer et substituer quand même un héritier. Gaius 2.182: "Non seulement nous pouvons faire une substitution pour les enfants impubères, institués héritiers, mais même pour ceux qui sont exhérés. Dans ce cas, si quelque chose a été donné au pupille par ses proches par hérédité, legs, donation, tout cela vient dans la substitution" X

3°- On dit encore que le père, instituant dans son testament son fils héritier, et un héritier à son fils, règle deux hérédités. Gaius 2.180, in fine. "Aut certe unum est testamentum duarum hereditatum", ou tout au moins c'est un testament unique de deux hérédités. Ulpien, Digeste 18.4.2.2. "Licet enim unum testamentum sit, alia atque alia hereditas est", quoiqu'il n'y ait qu'un seul testament, il y a cependant deux hérédités.

4°- Enfin les jurisconsultes tendent même à voir deux testaments distincts. Cependant, ils ne vont pas jusqu'ici au bout de cette idée, et quelques-uns repoussent cette dernière conséquence de la dualité des hérédités. Le but en effet de toutes ces règles est de rendre la substitution aussi facile que possible et d'écarter des règles trop strictes de forme. Nous en avons vu une qui a été toujours conservée, à savoir que la substitution doit être faite dans un testament comportant une institution d'héritier à peine de nullité. Les jurisconsultes ont bien décidé que l'institution et la substitution peuvent n'être pas faites au profit des mêmes personnes, que le testateur peut exhérer son fils tout en lui donnant un substitué. Ils n'ont pas cependant rendu indépendants les deux testaments au point de permettre de faire une substitution sans avoir fait un testament. Mais ils n'exigent pas de place déterminée pour la substitution. Si elle est faite après l'institution d'héritier, elle peut être faite à n'importe quel endroit du testament notamment après les sceaux et les souscriptions, dans une sorte d'addition au testament, qui pourra rester secret, scellé, jusqu'à la mort du fils, s'il meurt ante pubertatem. De cette façon-là le secret du testament sera sauvegardé.

La substitution peut-elle être faite par acte séparé ?

Enfin Pomponius décide même, Digeste, 28.6.16.1. que la substitution peut être faite par acte séparé, soit un acte écrit, comme le premier testament, soit même un testament nuncupatif, oral, le premier testament étant écrit. Est-ce un deuxième testament ? Le testament du fils ? Le premier étant le testament du père; sommes-nous en présence de deux testaments indépendants ? Sur ce point les jurisconsultes ne sont pas arrivés à un accord. Les Sabinien soutiennent la doctrine de l'unité de testament; Javolenus, Digeste, 42.5.28, "Me illud maxime movet, quod preceptoribus tuis placet unum esse testamentum". Dans ce texte, nous sommes en présence d'une demande adressée par un plaideur à Javolenus, et l'auteur de la demande lui dit "ce qui me détermine le mieux, c'est que de l'avis de tes maîtres le testament est unique. Javolenus dans sa réponse évite de trancher la question. Mais Ulpien est de l'avis de l'unité du testament. Digeste 28.6.2.4. "constat enim unum esse testamentum, licet duae sunt hereditates, usque adeo ut quos quis sibi facit necessarios, eosdem etiam filio faciat", il est certain que le testament est unique, quoiqu'il y ait deux hérédités, au point que ceux que quelqu'un a créés héritiers nécessaires, il les crée aussi nécessaires pour le fils. Mais Gaius est d'avis contraire, 2.180. "Quam ob rem duo quodammodo sunt testamenta, aliud patris, aliud filii, tam quam si ipse filius sibi heredem instituisset, aut certe unum est testamentum duarum hereditatum". X C'est pourquoi il y a en somme deux testaments, l'un du père, l'autre du fils, comme si le fils lui-même avait institué son héritier, tout au moins c'est certainement un testament unique de deux hérédités. X

Nous sommes arrivés ici à un point limite où les jurisconsultes ont hésité entre l'idée nouvelle de la substitution et l'idée ancienne. Nous avons vu qu'un certain nombre de solutions restent déterminées par l'idée ancienne, tandis que un certain nombre d'autres sont déterminées par l'idée nouvelle. En définitive, la substitution est une création de la jurisprudence, qui n'est pas arrivée à une unité complète, à son point d'achèvement, et qui reste hésitante entre deux principes contradictoires.

§ 3 - Substitution quasi-pupillaire ou exemplaire.

Extension de la substitution pupillaire par Justinien au cas du mente captus.

Cette substitution est une création du droit de Justinien, sur le modèle de la substitution, d'où son nom de substitution exemplaire faite ad exemplum de l'autre. C'est une extension à un cas non prévu par l'ancien droit, lorsque le fils est non pas imputable, mais aliéné, mente captus. Paul nous dit, Digeste, 28.6.43: des parents, dont les fils étaient muets ou fous, pouvaient obtenir par une constitution impériale le droit de faire le testament de l'enfant. C'est là l'origine de la création de Justinien, code 6.26.9. Désormais dans le droit de Justinien, à l'exemple de la substitution pupillaire, le père dont le fils est mente captus pourra l'instituer héritier et lui substituer un héritier, s'il meurt sans avoir recouvré la raison. La guérison du fou fait tomber le testament comme la puberté fait tomber la substitution pupillaire.

Différence de réglementation avec la substitution pupillaire.

Mais cette création de Justinien est une création tardive dans un état de droit très différent de celui où s'est développée la substitution vulgaire, aussi les règles que nous trouverons sont très différentes.

Tout d'abord, cette substitution n'est pas une conséquence de la puissance paternelle; ce droit est donné à tous les ascendants: père et mère, grand-père, et grand-mère, sans distinction sur la question de savoir s'ils ont ou s'ils n'ont pas la puissance, à celui qui a l'enfant sous sa garde et qui le soigne, qui représente son intérêt et qui prend cette mesure de protection. C'est une mesure de protection et non plus un acte de puissance.

D'autre part, cette création est de l'époque où le testament n'est plus aussi libre que dans le droit ancien. Le droit des héritiers, d'après la loi a été affirmé et assuré, malgré la règle qui subsiste d'après la tradition donnant la priorité au testament. En fait, c'est la succession ab intestat qui l'emporte, et les parents ne sont plus libres de désigner n'importe quel héritier et d'exhérer leurs descendants. Le père doit donc ainsi instituer son descendant mente captus, et substituer d'abord les descendants de ce fils, à leur défaut, les frères et soeurs, ce n'est qu'à défaut de frère et de soeur qu'il reprend sa liberté testamentaire.

Enfin pour pouvoir substituer, on ne peut plus exhérer, il faut laisser au fou sa part légitime.

Chapitre VII

INVALIDITE DES TESTAMENTS.

Pour en terminer avec cette étude du testament, il nous reste à voir les circonstances qui peuvent invalider le testament avant que celui-ci soit appliqué, c'est-à-dire avant la mort du testateur. De par sa nature, en effet, le testament n'est pas un acte juridique, dont les effets se produisent immédiatement, c'est un acte fait pour l'avenir, il doit donc d'abord être régulièrement fait, dans les formes prescrites par quelqu'un capable de le faire, au profit de quelqu'un capable de recevoir. Si toutes les conditions de validité ne sont pas réunies au moment de la confection du testament, celui-ci est "injustum", "non jure factum". Mais des faits postérieurs peuvent invalider le testament justum, et on dira alors, suivant la terminologie des jurisconsultes, que le testament sera "infirmatum". Il y a deux variétés d'infirmité.

Cas où le testament est infirmatum.

a) testamentum ruptum.

b) testamentum irritum.

c) T. destitutum.

a) le testament donc peut être "ruptum", si le testateur le révoque, et il le révoquera s'il change de volonté et s'il survient un héritier sien. Lorsqu'un enfant naît, celui qui est héritier sien doit être ou exhérité ou institué. Dans les deux cas, le testament doit être révoqué, aussi bien pour instituer le nouvel héritier que pour l'exhériter.

b) Le testament peut être "irritum" s'il survient avant la mort du testateur une capitis deminutio, qui lui enlève la testamenti factio.

c) On pourrait ajouter un troisième terme à cette terminologie. Le testament est dit "desertum" ou "destitutum", lorsqu'il n'est pas accepté par l'héritier institué, qui le répudie ou qui, étant mort ou devenu incapable avant l'ouverture du testament, n'est pas capable de l'accepter. Nous étudierons la révocation et la capitis deminutio.

§ I - La révocation.

Possibilité
pour le testa-
teur de révo-
quer son tes-
tament ; dif-
ficulté que
pouvait y ap-
porter le for-
malisme.

Nous avons déjà dit que le testament n'est pas un acte définitif. Son sort est suspendu à la mort du testateur. Par conséquent, la validité du testament doit durer sans changement jusqu'à cette date. Il doit être notablement soutenu jusque-là par la volonté du testateur.

Cette volonté peut changer. Aucun droit n'est en effet acquis à l'héritier. Ulpien, Digeste 34.4. "Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum". la volonté du défunt est susceptible de changer jusqu'au dernier moment de la vie. Mais le testament est un acte essentiellement formaliste. S'il est fait dans les formes, ces formes empêchent que la seule volonté puisse le détruire. Ces barrières imposées à la volonté par le formalisme du droit civil sont peut à peu écartées par le droit prétorien et par le droit impérial.

1° - Droit civil.

Révocation
par la confec-
tion d'un se-
cond testament.

Dans le droit civil, il n'existe qu'une manière de révoquer un testament, c'est d'en faire un second. D'autre part, le nouveau testament révoque entièrement le premier. Deux testaments ne peuvent subsister l'un à côté de l'autre. Le droit moderne suit des principes essentiellement différents. Le testament nouveau ne révoque l'ancien que dans la mesure où il est inconciliable avec lui ou dans la mesure où il exprime une volonté expresse du testateur. Si les deux testaments ne prennent pas les mêmes dispositions, ils peuvent être appliqués en même temps. Le caractère exclusif du testament en droit romain ne paraît être une règle dépassant le caractère de règle formaliste, car étant donné la possibilité que l'on connaît dans le droit romain, d'instituer plusieurs héritiers, le testament nouveau pourrait être interprété comme créant un héritier nouveau à ajouter aux anciens. Au contraire, cette règle qui est une règle impérative, s'imposant au testateur lui-même, se comprend mieux et se comprend seulement dans la notion primitive du testament souverain, créant le successeur, désignant un autre chef et annulant par conséquent la désignation antérieure. Quoi qu'il en soit, cette règle impérative ne peut être enfreinte par le testateur ; s'il veut modifier quoi que ce soit de son testament : ajouter un legs, nommer un tuteur, à plus forte raison changer un héritier, il doit faire un nouveau testament, une nouvelle institution. Une nouvelle institution

d'héritier, même ex certa re, n'en révoque pas moins le premier testament au profit du dernier institué.

Cette règle a pour elle l'avantage de la clarté et de la simplicité, mais elle a de nombreux inconvénients. Par exemple, cette conséquence : une fois la succession ab intestat écartée, il est impossible d'y revenir volontairement. Il est nécessaire de faire toujours un testament nouveau, il ne peut y avoir révocation pure et simple du testament ancien.

2°- Droit prétorien.

Révocation
par destruction
du testa-
ment.

D'après les règles plus souples du droit prétorien, cette dernière conséquence va être écartée. Le préteur nous l'avons vu, donne la bonorum possessio secundum tabulas, quand existe un testament prétorien. Pour lui le testament prétorien réside exclusivement dans l'écrit signé et scellé. Si donc le testateur brise les sceaux ou détruit le testament, le préteur ne donnera pas cette bonorum possessio secundum tabulas, puisque à son point de vue il n'y a plus de testament. Il donnera la bonorum possessio à l'héritier ab intestat. Suivant les règles constantes du préteur, il l'a donnée d'abord sine re, c'est-à-dire que l'héritier ab intestat ne pourra pas être toujours protégé contre l'héritier testamentaire. L'héritier testamentaire aura la pétition d'hérédité, s'il peut prouver la validité de son testament au point de vue civil. A l'époque de Gaius, la bonorum possessio devient cum re, et le préteur accorde une exceptio doli pour repousser la pétition d'hérédité.

En outre, si le testateur en détruisant son testament a voulu faire revivre un testament plus ancien, le préteur donnera également la bonorum possessio secundum tabulas au testament ancien resté intact, alors que le dernier a été brisé par le testateur.

3°- Droit impérial.

Péremption
du testament
par 10 ans.

Le droit impérial reconnaît le nouveau procédé de révocation. Une constitution de Théodose et d'Honorius de 418, code Théodosien, 4,4, 6, déclare que le testament est périmé au bout de 10 ans. Justinien, code 6. 23.21.2 sans admettre cette péremption par le délai, décide qu'au bout de 10 ans une simple déclaration faite, apud acta, suffira pour rendre ce testament non valable. Théodose et Valentinien déclarèrent qu'un testament inachevé, imperfectum, pourra en annuler un autre, si dans le testament imperfectum sont institués les héritiers ab intestat.

En outre dans le droit impérial se répand l'usage des codicilles et des fidéicommissaires qui peuvent s'ajouter au testament sous une forme nouvelle et plus souple et le modifier sans avoir besoin de le détruire

entièrement.

§ 2 - Capitis deminutio du testateur.

Effet de la capitis deminutio sur le testament.
Atténuation apportée par le Jus post liminii.

Le testament peut être rendu irritum par la capitis deminutio du testateur, qui peut être une capitis deminutio maxima s'il perd la liberté, media, s'il perd son droit de cité, ou minima, s'il change de famille. Avec ce changement dans sa capacité disparaît sa testamenti factio originelle, et le testament tombe. Cette règle est modifiée pour les prisonniers de guerre. En principe, le prisonnier de guerre devient esclave, et son état d'esclave est reconnu par le droit romain lui-même, puisque d'après le droit romain la capture est un mode du droit des gens, donc s'imposant à tous les rois. Mais cette règle est atténuée par une autre, l'application du post-limnium. Grâce à cette application, si le captif revient à Rome, il est réputé n'avoir jamais été captif ; s'il ne revient pas, la loi Cornelia décide qu'il est réputé comme mort, avant la capitis deminutio. De toute façon, le testament qu'il a fait pendant qu'il était libre et citoyen est appliqué, mais il ne peut pas faire de testament pendant sa captivité.

Le recouvrement de l'ancienne capacité fait-il revivre le testament.

Lorsque le testament a été annulé par une capitis deminutio, si le testateur recouvre son ancienne capacité, le testament reprendra-t-il son efficacité ? D'après le droit civil le testament ne revivra pas. Le droit prétorien atténue la rigueur de cette règle. Il distingue entre la capitis deminutio volontaire et involontaire. Si la capitis deminutio a été volontaire, comme par exemple l'adrogation, le testateur doit exprimer sa volonté de faire revivre l'ancien testament, pour qu'il soit valable, jure pretorio. Si cette capitis deminutio a été involontaire, en principe le préteur admet que son retour de capacité fait revivre le testament, et il donne la bonorum possessio, suivant l'habitude, d'abord sine re, et ensuite cum re.

Chapitre VIII.

BIENS PATRIMONIAUX.

La succession
ab intestat
la question
de l'antériorité et de
l'importance
respectives des
deux sortes de
succession à
Rome.

Avec ce chapitre nous abordons un deuxième aspect du droit héréditaire. Nous allons étudier ici les successions ab intestat. Nous les étudierons après le testament, suivant en cela l'habitude des manuels, qui est aussi l'ordre traditionnel du droit classique. C'est qu'en effet la succession testamentaire, paraissant la plus importante, doit être étudiée en premier lieu, car la succession déferée par la loi ne s'ouvre que s'il n'y a pas de testament, à défaut de disposition de dernière volonté. Mais cette prééminence du testament est-elle originaire ? Correspond-elle à une réalité historique ? Est-ce bien la succession testamentaire qui a toujours été la plus importante et qui a donné ses cadres et ses principes à la matière tout entière des testaments ? Nous avons adopté jusqu'ici dans ce cours cette manière de voir, qui nous est apparue la meilleure. Nous avons essayé de donner les raisons et les fondements. C'est l'opinion des romanistes italiens. Bonfante est celui qui a le plus fait pour la dégager dans ses articles recueillis au tome I de ses *Scritti giuridici* que j'ai déjà souvent cités, et dans son *Corso di diritto romano*, tome VI, Successions. Il a été suivi par plusieurs autres romanistes italiens, notamment par S. Solazzi, *diritto ereditario*, en deux volumes, que j'ai également souvent cité. Mais c'est une opinion en quelque sorte nouvelle qui n'a pas recueilli, loin delà, toutes les adhésions, et qui heurte l'opinion traditionnelle. Celle-ci présente des incertitudes et des hésitations, comme toutes les doctrines sur des sujets aussi délicats, aussi composites et aussi obscurs. Elle présente toutes les variétés d'opinion, depuis les plus radicales jusqu'aux plus modernes. Mais pour cette doctrine traditionnelle, la prééminence du testament n'est pas originaire, elle est due à un accident, à un changement dans le droit romain, changement qui n'en a pas modifié l'essence.

La règle véritable serait celle qui est commune à peu près à toutes les législations anciennes, d'après laquelle les biens du mourant sont recueillis avant tout par ses héritiers naturels. Cette dévolution

est réglée par la coutume et par la loi. La liberté de disposer de ses biens pour après la mort n'est accordée au mourant que tardivement et dans des cas exceptionnels. La base de cette dévolution légale des biens, c'est le régime primitif de la propriété. Elle tire son origine et sa justification de la copropriété familiale.

Cette notion des biens familiaux, de biens destinés à assurer la vie du groupe familial, donne avant tout aux descendants mais aussi aux parents collatéraux le droit de conserver et de recueillir ses biens à la mort du titulaire du patrimoine familial. M. Cuq déclare, Manuel 2ème édition, p. 682, que la liberté de tester est incompatible avec le régime de la propriété familiale. Cette opinion traditionnelle est celle de l'ensemble des romanistes allemands. C'est l'opinion dominante. Pour ne citer que parmi les plus importants et les plus connus, elle a été encore récemment soutenue, malgré les travaux de Bonfante, par Mitteis, Römische, privat recht, 1908, p. 100, par Lenel, Zur Geschichte der heredis institutio, par Küblur Geschichte des Römischen Recht 1925, p. 61, par Rabel, Zeitschrift der Savigny Stiftung, 1930, p. 326, Wlassak, Studien zum altrömischen Erb-und Vermächnitz-recht, p. 17. C'est aussi l'opinion des romanistes français. Nous citerons Appleton, Testament romain, 1903, surtout Lambert, la tradition romaine sur la succession des formes du testament, 1901. Parmi les manuels, Cuq, Manuel des institutions des romains 2ème édition p. 681 et suivantes, Giffard, Précis de droit romain, I. P. 391. La succession ab intestat dérive pour lui de la propriété familiale, mais il évite de prendre parti sur l'ancienneté du testament. Girard dans son manuel évite de traiter de la question, car tout en étant partisan de la copropriété familiale, il croit cependant aussi à l'ancienneté du testament. Cette opinion, nous l'avons vu, s'appuie principalement sur le droit comparé, et elle écarte l'antériorité du testament sur la succession ab intestat. Dans l'opinion la plus radicale qui est celle de Voigt XII Tables, suivi par Cuq dans son Manuel et dans son article au mot testament, Daremberg et Saglio on estime que le testament n'est apparu à Rome qu'au VIème siècle de R.F. cette apparition coïncide avec la création du testament per aes et libram qui serait le seul véritable testament, ou bien encore on dit, comme Mitteis, Wlassak; M. Fliniaux dans son cours, que le testament, quoique ancien, ne jouait dans le droit ancien qu'un rôle subordonné. Le testateur n'avait droit de disposer de ses biens que s'il n'avait

pas d'héritier sien, et pour certains, ce testament prend la forme de l'adoption. C'est notamment l'idée d'Arangio Ruiz, dans son manuel de droit romain, ou bien encore dit-on, le testament calatis comitiis n'est qu'un testament de legs, ne comportant pas encore d'institution d'héritier. C'est l'opinion notamment de Lenel, et Wlassak serait assez disposé à en penser autant, quoiqu'il déclare dans d'autres passages de son travail que le testament primitif jouait en l'absence d'héritier sien.

Nous avons dit que le défaut, des conjectures que rien n'appuie est de ne pas tenir assez compte de l'ancienneté du testament calatis comitiis. D'après sa forme, ce testament remonte à l'époque précédant l'époque des XII Tables, à l'époque royale, car comme nous l'avons vu, dès l'établissement de la République, ces comices curiates n'ont plus joué de rôle et ont été remplacés par les comices centuriates et tributes.

En outre, dès que des témoignages nous parviennent dès le début de l'époque historique, nous voyons le testament tenir le premier rang, comme s'il n'avait jamais cessé d'y être. C'est un usage impérieux, avons-nous dit, pour le père de famille de faire son testament, déjà à l'époque de Plaute il faut faire son testament, même pour instituer ses fils. Il entre dans la conception de l'honneur, d'après le mos majorum, de ne pas mourir intestatus, si l'on ne veut pas être considéré comme infâme. D'autre part, nous avons vu aussi que les règles fondamentales du droit héréditaire proviennent du droit testamentaire. Dans l'hérédité se sont dégagées certaines des règles fondamentales du droit héréditaire tout entier. Cependant Bonfante, et surtout Solazzi paraissent faire trop bon marché de l'idée adverse de la copropriété familiale. Solazzi notamment, tome I p. 154, pour écarter l'objection tirée de cette notion contre l'ancienneté du testament, nie purement et simplement l'existence de cette copropriété et son influence quelconque sur le droit successoral. Il semble que cette négation pure et simple n'a pas de chance de succès, elle est trop contraire à des faits certains, à des inductions trop vraisemblables, et elle ne peut que nuire à la cause qu'elle veut défendre.

Nous n'aurons pas la prétention de trancher cette question de manière définitive, par des arguments péremptoires, susceptibles d'entraîner la conviction de tous. L'état des sources ne nous le permet pas. Il s'agit en effet d'une controverse qui nous fait remonter à une époque bien antérieure aux XII Tables, à une époque pour laquelle nous n'avons aucune source

directe, aucun texte. Pour le droit déjà modifié des XII Tables, nous n'avons que des textes très peu nombreux, courts, et énigmatiques, et quelle que soit l'interprétation qu'on en donne, cette interprétation laisse toujours la place à une interprétation inverse.

Au fond l'importance de la question n'est pas tant de donner une solution à ce problème, une solution toujours incertaine, mais bien plutôt de le poser et de déterminer aussi exactement que possible, aussi rigoureusement que possible, les éléments que l'on peut critiquer, que nous avons à notre disposition pour le juger.

Conditionnement du droit successoral par le régime primitif de la propriété.
Distinction de la propriété des choses mobilières et de la propriété immobilière.

Nous avons essayé d'apporter quelque lumière à ce problème en l'élargissant et en montrant comment l'organisation primitive du droit successoral dépend étroitement du régime de la propriété. C'est ce régime primitif de la propriété qui conditionne le droit successoral. Pour déterminer quel était ce régime, nous sommes partis d'une hypothèse émise par Mommsen dans son *Droit public*, tome VI, p. 181 et suivantes, hypothèse généralement encore admise. Nous avons distingué la propriété immobilière du sol de la propriété des choses mobilières. Nous ne reviendrons pas sur cette démonstration. D'après cette hypothèse, le territoire romain n'était pas primitivement objet de propriété privée. La terre était propriété gentilice, tout au moins la terre cultivable, la terre labourable, dont la culture est le moyen principal et en quelque sorte exclusif de subsistance du Romain. Les Romains primitifs étaient un peuple de cultivateurs, paysans-laboureurs et à un moindre degré éleveurs de troupeaux. A cette époque, que nous avons appelée l'époque gentilice et qui est sensiblement l'époque royale, et même l'époque précédente, la cité est composée d'une fédération de gentes plus ou moins indépendantes. La gens, c'est un groupe de familles peut-être d'origine commune, qui vivent en commun, et qui sont groupées en villages, "vici", "pagi", autour desquels est un territoire réservé à la gens et cultivé par ses membres. Ce territoire est la propriété gentilice. C'est déjà une propriété, qui se différencie des autres propriétés des autres gentes voisines, en ce que la gens la considère comme lui étant réservée. Si d'autres personnes que les membres de la gens prétendaient cultiver ce territoire, cette prétention serait une usurpation et ne serait pas tolérée dans les limites tout au moins de la force de la gens, peut-être déjà encore dans les limites de l'usage général de la cité. Mais c'est une propriété collective, et non pas une propriété privée. C'est une propriété col-

lective, d'abord parce qu'elle est impartageable. La gens est une entité, qui ne meurt pas, il n'y a donc pas pour elle de partage périodique à la mort du chef. C'est aussi une propriété inaliénable. Ce territoire est nécessaire à la gens pour vivre. Pas plus que le territoire d'un Etat, on ne peut concevoir qu'il soit l'objet de transaction, de vente, tant du moins que l'organisation gentilice reste vivante. On conçoit d'ailleurs qu'à côté de ce territoire labourable, de ces terres de culture, il y en ait d'autres moins appropriées, et qui restent des choses communes, ce sont les marais, les terres incultivables, les forêts, et encore les pâturages qui dans ces temps primitifs de l'histoire sont assurément plus nombreux et d'une beaucoup plus grande étendue que les terres cultivables elles-mêmes. Ce sont les territoires de chasse et d'élevage, de parcours des troupeaux qui restent communs à tous les habitants de la cité, et même des cités voisines non ennemies. Ces terres communes dans la Rome historique deviennent des terres publiques, et elles-mêmes sont peu à peu l'objet d'une appropriation plus ou moins régulière qui amène les luttes sociales de l'époque des Gracques. Nous avons essayé d'indiquer les raisons de penser que le domaine originnaire du testament doit être cherché dans la succession à cette propriété immobilière, la succession au territoire gentilice. Nous avons étudié les caractéristiques du testament souverain, désignation du chef, de l'héritier, par le pater gentis. L'héritier est celui à qui il remet sa puissance sur la gens, et en même temps indirectement son pouvoir sur le territoire de cette gens. Cette conception primitive seule correspond véritablement à la définition de l'hereditas donnée par les jurisconsultes : "nihil aliud quam successio, in jus, quod defunctus habuerit", Digeste, 50.17.60. Digeste, 50.16.24.

Possibilité
d'une antiquité
égale de la
succession ab
intestat et
du testament.

S'il en est ainsi le testament et la succession ab intestat ne s'excluent pas l'un l'autre. Il est possible de considérer que ce sont deux institutions aussi anciennes l'une que l'autre. Il n'y a pas antinomie entre elles, car leur domaine est différent. En effet, le testament, c'est l'acte d'autorité par lequel le chef de la gens transmet sa puissance à son successeur désigné par lui et indirectement la propriété collective et immobilière de la gens. Celle-ci reste sous son autorité, sans partage, sans changement entre ses mains. La succession ab intestat, au contraire, a pour domaine la propriété individuelle. C'est celle qui s'est dégagée d'abord pour les choses mobilières, et la succession ab intestat, c'est la

L'apparition
de la notion
de propriété
individuelle.

transmission et le partage des biens de famille, avant tout le partage entre les descendants à la mort du paterfamilias s'il n'y a pas de descendant direct, le partage entre les agnats les plus proches, et s'il n'y a pas d'agnat, le retour à la gens. La tradition toujours vivante parmi les jurisconsultes considère ces biens comme une propriété de famille, comme appartenant en commun au paterfamilias, à ses descendants, à tout le groupe, et c'est justement au moment du partage que le souvenir de la copropriété familiale réapparaît le plus nettement chez les jurisconsultes classiques, c'est le souvenir qui leur fait dire que les descendants en prenant leur part dans le patrimoine du père prennent ce qui leur appartient déjà et reçoivent leur part à titre de copropriétaires. Mais il n'en est pas moins certain que c'est dans cette sphère du patrimoine familial que s'est dégagée la notion de propriété individuelle. Cette propriété individuelle, c'est la propriété du paterfamilias. La propriété du paterfamilias est la seule que connaissait le droit romain ancien et le droit classique. Le droit nouveau connaît des exceptions. La plus ancienne des exceptions est celle qui est faite en faveur de la femme, qui reçoit sa part dans le patrimoine collectif, quoiqu'elle ne reçoive pas sa part dans l'autorité. D'autres exceptions moins radicales et plus nouvelles sont par exemple le pécule, soit du fils de famille, soit de l'esclave, la propriété pérégrine, la propriété qui est accordée à ceux qui ne sont pas citoyens romains, les biens adventices, qui sont un véritable patrimoine entre les mains du fils de famille. Mais le droit romain n'est jamais arrivé au principe de nos droits modernes, d'après lequel tout individu, pourvu qu'il ait une existence physique, quel que soit son âge, sa condition, sa race, a un droit de propriété, est capable d'être titulaire d'une propriété. En fait et en droit, chaque individu a des objets de propriété, si minime ou si considérable que soit d'ailleurs ce patrimoine. A Rome, au contraire, il n'y a de propriété que la propriété familiale, puisque pour être titulaire d'un patrimoine, quelle que soit son importance, il faut en principe être paterfamilias.

Mais ce bien de famille, le caractère absolu et exclusif des pouvoirs du père dans sa famille le fait évoluer en propriété individuelle. Tous les pouvoirs toute l'autorité sur ce bien de famille sont concentrés entre les mains du père et du père seul. C'est ainsi que sous la disposition du père de famille ce bien présente les deux caractéristiques essentielles

Les caracté-
ristiques;
droit de dis-
position.

qui créent la propriété privée, qui sont à la fois nécessaires et suffisantes pour qu'on puisse et qu'on doive parler de propriété privée. C'est d'abord le pouvoir de disposition du titulaire du droit. Non seulement c'est le titulaire du droit seul qui a le droit d'user et de jouir de l'objet de sa propriété, et il est protégé dans son droit par un recours à la justice, qui est l'action en revendication, mais il a aussi le droit d'en disposer, c'est-à-dire d'aliéner son bien, de le transmettre à qui il veut, soit par vente, par donation, par échange, etc.... moyennant un équivalent ou sans contre partie, à titre gratuit ou à titre onéreux. Sa propriété est protégée par l'action en revendication, et le droit met à sa disposition les différentes manières, grâce auxquelles il peut exercer son droit d'aliéner. Voilà ce qui crée la première caractéristique du droit de propriété individuelle, le droit de disposition.

droit au par-
tage.

Mais le deuxième caractère essentiel de la propriété privée, c'est le droit au partage. La mort du paterfamilias libère de sa puissance tous ses descendants. Chacun de ceux qui étaient directement placés sous la potestas devient à son tour paterfamilias, devient à son tour chef de famille, qu'il ait des descendants actuellement, ou qu'il ait simplement la possibilité d'en avoir. Chacun de ces nouveaux paterfamilias a droit à sa part du bien de famille, puisqu'il en est copropriétaire. Mais cette part, il a le droit de la demander divisée, c'est-à-dire d'obtenir le partage du bien de famille. Il réclame, non pas une proportion de jouissance d'un patrimoine collectif, mais une part individuelle, en principe une part égale à celle des autres cohéritiers. Ce droit au partage est aussi essentiel pour fonder la propriété privée que le droit de disposition, et ces deux droits ne sont d'ailleurs que deux aspects différents d'une même chose, car sans droit au partage il n'y aurait pas droit exclusif du propriétaire sur son bien. Or cette propriété privée, son domaine originaire, a été la propriété mobilière. Nous avons indiqué dans le premier chapitre de ce cours quels étaient les points d'appui de cette hypothèse, nous n'y reviendrons pas. Elle repose essentiellement sur les noms qui désignent le patrimoine de famille : familia et pecunia, spécialement envisagés comme le patrimoine héréditaire, objet de la succession. Ces noms désignent originairement des objets mobiliers, ne s'appliquent pas aux immeubles et aux fonds de terre, et ne s'y appliquent que par une extension peu naturelle. Cette même hypothèse s'appuie sur la forme des différents modes

amilia et
pecunia.

d'aliéner, notamment la mancipation. Les noms, les formes de ce mode d'aliéner, n'ont pu être inventés que pour des objets mobiliers. Pour les immeubles l'adaptation s'est faite plus ou moins maladroitement, mais il s'agit ici encore d'une extension et non pas d'un domaine originaire. La même physionomie se retrouve dans la revendication qui est la protection de la propriété. Ces indices sont indépendants de ceux qui ont amené Mommsen à l'hypothèse de la propriété gentilice des fonds de terre. Ils viennent par conséquent apporter une valeur nouvelle et une confirmation à cette hypothèse. Nous partirons donc de ce point de départ.

La propriété mobilière et la naissance de la succession ab intestat.

La propriété individuelle est originairement la propriété mobilière, et c'est dans cette propriété mobilière qu'a pris naissance la succession ab intestat. La succession ab intestat consiste essentiellement dans le partage des objets mobiliers entre les ayants droit du mort. Ce partage ne constitue pas dans sa notion véritable une hereditas, au sens de la définition romaine: nihil aliud quam successio in jus, ce n'est pas une succession proprement dite; celui qui succède prend la place de quelqu'un, et in jus, d'une façon générale dans son droit, en quelque sorte dans son droit abstrait. En disant ceci, je heurte peut-être un dogme, une opinion universelle, qui voit dans l'heres suus, dans le descendant, l'héritier par excellence, celui qui a donné le modèle et qui est l'origine de toute hérédité. Il semble pourtant que cette importance est davantage celle de l'hérédité testamentaire, car d'une part, pour l'heres suus, héritant ab intestat, les jurisconsultes disent formellement que c'est plutôt à titre de copropriétaire que d'héritier qu'il prend sa part du bien familial. Et pour les autres héritiers, agnats et gentiles, les auteurs sont généralement d'accord pour dire que dans le droit ancien, notamment à l'époque des XII Tables, ceux-ci en recueillant ab intestat la familia qui leur était donnée par la loi n'avaient pas encore le titre d'héritiers, ils ne l'ont acquis que plus tard. Les heredes sui avaient déjà ce titre dans les XII Tables, mais les indices que nous indiquons et que nous relèverons encore sont des indices d'un changement dans une conception qui peut être interprétée comme l'influence de la succession testamentaire sur le partage ab intestat. En effet, quand le changement dans le régime de propriété réunit les deux masses de biens, jusque là différentes, sur lesquelles s'exerçaient le testament et la succession, les institutions différentes se sont influencées l'une l'autre, et comme

l'héritier testamentaire est dans l'immense généralité des cas à partir de ce moment le descendant lui-même on comprend que le nom d'héritier ait pu être attribué avant tout à l'héritier sien, au descendant. Il nous faut donc étudier le régime des biens sur lesquels porte originairement la succession ab intestat.

§ I - Res Mancipi. Res nec Mancipi.

Dans ce paragraphe nous chercherons à déterminer l'importance au point de vue de la propriété privée de la division des biens en res Mancipi et en res nec Mancipi. Nous verrons ensuite s'il est possible de déterminer avec précision la relation entre les res Mancipi et les res nec Mancipi d'une part, et d'autre part avec la familia et la pecunia.

Caractère
spécifique-
ment romain
de cette dis-
tinction.

La division des choses en res Mancipi et en res-nec Mancipi est la division la plus spécifiquement romaine. Elle ne s'exerce sous cette forme et dans cette opposition que dans le droit romain. C'est une division qui ne correspond pas à la nature des choses, c'est une division arbitraire, elle n'est pas naturelle, comme les divisions de notre droit civil en choses corporelles et en choses incorporelles, en choses mobilières ou choses immobilières. C'est donc une division qui tire sa naissance d'une raison historique.

Une première particularité frappante est que la première catégorie, les res Mancipi est composée d'objets expressément énumérés. Les textes nous donnent la liste limitative des objets qui doivent être considérés comme res Mancipi, liste d'ailleurs peu étendue, d'objets peu nombreux. Pour le droit classique cette liste est ridiculement insuffisante pour expliquer l'importance traditionnelle accordée aux res Mancipi. C'est que dès ce moment, et même depuis longtemps, cette distinction n'est qu'une survivance historique. La catégorie des biens subsiste alors que l'état social qui l'a fait naître est dépassé depuis longtemps.

En opposition avec les res Mancipi, les res nec Mancipi, au contraire, forment une catégorie tout à fait indéterminée. C'est une définition négative, comme l'indique d'ailleurs l'appellation. Sont res nec Mancipi toutes les choses qui ne sont pas des res Mancipi. Il faut donc déterminer d'abord la liste des res Mancipi.

I° - Liste des res Mancipi.

La liste des
Regulae d'Ulpien.

Cette liste nous est donnée d'une manière très précise par Ulpien, Regulae, I9. I. "Omnes res aut Mancipi sunt aut nec Mancipi. Mancipi res sunt, praedia

in Italico solo, tam rustica qualis est fundus, quam urbana qualis domus, item jura praediorum rusticorum velut via, iter actus, aquae ductus; item servi et quadrupedes quae dorso colloque domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceterae res nec Mancipi sunt. Elephanti, et cameli, quamvis collo dorsove domantur, nec Mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt". Toutes les choses sont ou bien Mancipi ou bien nec Mancipi. Sont Mancipi, les immeubles, situés sur le sol italique, aussi bien ruraux, tels qu'un fonds de terre, qu'urbains, tels qu'une maison, les servitudes prédiales, rustiques, telles que la voie, le passage, la conduite, l'aqueduc, les esclaves et les quadrupèdes, de somme ou de trait, savoir les boeufs, les mulets, chevaux et ânes. Toutes les autres choses sont nec Mancipi. Les éléphants et les chameaux, bien que susceptibles d'être bêtes de somme ou de trait, ne sont pas des choses Mancipi, car ce sont des bêtes sauvages Gaius 2.14.17 dans un passage très altéré du Palimpseste de Vérone reconstitué par les éditeurs à l'aide d'Ulprien, répétait la même chose. Nous sommes donc en face d'une liste qui n'est pas très longue, et nous devons la réduire pour trouver la liste primitive des res Mancipi. Si nous acceptons l'hypothèse que les fonds de terre n'étaient pas originellement objets de propriété privée, nous devons pour retrouver la liste primitive écarter les fonds de terre, les praedia in italico solo, nous devons écarter certainement le fundus et les servitudes prédiales rustiques qui servent à l'usage de ce fonds, le droit d'avoir un chemin sur la propriété d'autrui, le droit de passer soi-même ou avec ses animaux sur cette propriété, le droit d'amener de l'eau sur son fonds, et nous devons écarter aussi probablement nous le verrons les praedia urbana, qualis domus. Nous étudierons ce point avec l'étude de "l'heredium". Les immeubles sont entrés dans la catégorie des res Mancipi au moment où la terre est passée de la propriété gentilice dans la propriété privée. Il reste donc parmi les res Mancipi originaires:

Réduction à
lui faire subir.

Les res Mancipi originaires.

- a) les esclaves;
- b) les boeufs;
- c) les mulets,
- d) les chevaux,
- e) les ânes.

Trait commun
qu'elles présentent.

Le trait commun qui réunit les quadrupèdes pour en faire des res Mancipi, c'est que ce sont des bêtes de somme et de trait. C'est ainsi, que les présente Ulprien, quae dorso colloque domantur, mot à mot qui sont dressés par le dos et par le cou. Ulprien prend soin de préciser que par exception les éléphants et

les chameaux, bien qu'étant des bêtes de somme et de trait, ne sont pas parmi les *res Mancipi*. La raison assez vraisemblable est que ces animaux sont entrés assez tard dans l'économie romaine. Nous savons pour les éléphants qu'ils ne sont connus des Romains qu'à l'époque de la guerre de Pyrrhus. A la bataille d'Héraclée, en 473, des éléphants d'arme effrayèrent les Romains et leur firent perdre la bataille. En somme ils n'ont été connus par les Romains qu'à une époque où la division ancienne des choses ne correspond plus à l'état réel des fortunes romaines, où elle est une survivance d'un état social modifié.

Une autre preuve, si cela était nécessaire, que c'est bien là le trait commun qui rend *res Mancipi* ces animaux, c'est la discussion rapportée par Gaius, 2.15 "*Quod diximus ea animalia, quae domari solent, Mancipi esse, quomodo intellegendum sit, quaeritur, quia non statim ut nata sunt domantur, et nostrae quidem scholae auctores, statim ut nata sunt Mancipi esse putant. Nerva, vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea Mancipi esse putant quam si domita sunt, et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri Mancipi esse incipere, cum ad eam aetatem pervenerint in qua domari solent*". Mais la question est de savoir comment il faut comprendre ce que nous avons dit, que ces animaux qu'il est d'usage de dresser, sont *res Mancipi*, parce qu'ils ne sont pas dressés dès leur naissance. Les auteurs de notre école, les Sabinien, pensent qu'ils sont *Mancipi* aussitôt qu'ils naissent. Nerva et Proculus et d'autres auteurs de l'autre école (Les Proculien) pensent qu'il ne sont pas *Mancipi* avant d'avoir été dressés, et si on ne peut les dresser à cause de leur trop grande férocité ils commenceront à être considérés comme *res Mancipi*, lorsqu'ils parviendront à l'âge où il est d'usage de les dresser. Pour Wlassak, les Proculien représentent ici la doctrine ancienne et les Sabinien une doctrine nouvellement admise dans le droit. Ancienne ou nouvelle, la discussion montre le point important de la distinction. Ce ne sont pas en soi les boeufs, les mulets, les chevaux et les ânes qui sont *res Mancipi*, mais ce sont les bêtes de somme et de trait, et ces bêtes de somme et de trait sont pour les Romains les boeufs, les mulets, les chevaux et les ânes.

En somme les objets mobiliers qui forment exclusivement et limitativement cette première catégorie ce sont les agents des travaux de l'agriculture, les agents principaux des travaux des champs. Ce sont d'abord les esclaves, qui travaillent et qui conduisent

Les agents des
travaux agri-
coles.
Esclaves.

les bêtes, et ce sont les bêtes qui tirent la charrue, la herse, et les autres instruments aratoires, qui font les charrois nécessaires à l'agriculture, et qui portent les fardeaux.

Boeufs.

Il faut faire une place à part aux boeufs à côté de l'esclave. Le boeuf de labour, le bos arator, est l'animal essentiel de la culture chez les Romains. C'est le compagnon de travail de l'esclave. Les autres, mulets, chevaux, et ânes, dans l'agriculture, n'ont qu'un rôle subordonné. Le boeuf est un animal sacré dans la très ancienne Rome, dont le meurtre est puni de bannissement. Cicéron, *Natura deorum*, I.303, Virgile, *Géorgiques*, 2.5.137.- Les jours de fête dans les *feriae* qui sont consacrées aux dieux, ces animaux ont droit au repos comme les esclaves. Caton, de *Agri-cultura*, chapitre 138 fait une distinction très intéressante pour nous entre le boeuf et les autres animaux. "*Boves feriis conjungere licet. Haud licet facere arvehant ligna, fabas, frumentum, quod non daturus erit Mulis, equis, asinis feriae nullae, nisi si in familia sunt*". Le petit membre de phrase, *quod non daturus* est incompréhensible, dans son état actuel. *Daturus* a été remplacé par conjecture, par Huschke, par *nundinaturus*, par Karlowa, par *saturus*. " Il est permis de lier les boeufs, (de les mettre sous le joug de les atteler), pendant les fêtes. Il est permis de leur faire faire les travaux suivants : transporter du bois, des fèves, du blé, que l'on ne vendra pas ou qu'on ne mangera pas; aux mulets aux chevaux et aux ânes pas de fêtes, à moins qu'ils ne soient dans la familia. Ce texte nous donne une réponse des Pontifes faite sur une question précise au sujet des travaux qui sont permis ou défendus les jours de fêtes. Wlassak, p. 49 et suivantes, étudie en détail ce texte. En principe le boeuf comme l'esclave a droit au repos des fêtes. Par exception on peut l'atteler et le faire travailler pour certains travaux indispensables : apporter du bois, sans doute pour consolider la maison et le toit qui menacent ruine, rentrer des récoltes de fèves et de blé, sans doute aussi menacées par le mauvais temps. Ces travaux doivent avoir un caractère indispensable, puisque suivant l'une ou l'autre correction, ils sont faits non pas pour des usages normaux de vente ou de nourriture, mais par nécessité. Quant aux mulets, chevaux et ânes, pas de fêtes pour eux, à moins qu'ils ne fassent partie de la familia. Wissowa *Religion und Kultur der Römer* p. 104, traduit la fin de la phrase qui est amphibologique d'une façon différente. Il dit "Aux mulets, aux chevaux et aux ânes, pas de fêtes, à moins que ces fêtes soient familia-

les". Il distingue par conséquent les fêtes publiques, communes à tout le peuple romain et les fêtes familiales, que l'on ne fêtait que dans l'intérieur des familles. Les boeufs, pour lui profitent de toutes les fêtes, les mulets, les chevaux et les ânes ne profitent que des seules fêtes familiales. Les juriconsultes sont à peu près d'accord pour traduire autrement, et Wlassak a montré que c'est avec raison. Un texte de Denys d'Halicarnasse, I.33, nous indique que les fêtes publiques de décembre, les Consualia, sont des jours de repos obligatoires pour tous les animaux et spécialement pour les chevaux et pour les mulets. On organise ce jour-là des courses, auxquelles participent les chevaux et les mulets. Ainsi d'après notre sens, les mulets, les ânes et les chevaux n'ont de fêtes que s'ils font partie de la familia. Ils peuvent donc ne pas faire partie de cette familia. L'interprétation vraisemblable est que ceux qui ne font pas partie de cette familia sont ceux qui ne sont pas encore domptés, qui ne sont pas encore par conséquent res mancipi, tandis que le boeuf fait toujours partie de la familia, est toujours res mancipi.

Caractère précieux des res mancipi à l'époque où s'est constituée la distinction.

Pourquoi maintenant les Romains distinguaient-ils cette catégorie spéciale, les res mancipi ? Parce qu'ils considéraient les choses qui en font partie comme étant les choses les plus précieuses, Evidemment à l'époque classique, ce ne sont plus les choses les plus importantes du patrimoine du Romain. Beaucoup d'autres éléments sont venus accroître ce patrimoine, qui, en fait, ont beaucoup plus de valeur que les quelques bêtes énumérées ici. Mais la notion subsiste. Gaius la rappelle dans son manuel, I.192. Il étudie la tutelle des femmes, il dit qu'elle n'a presque plus de raison d'être et de force à son époque, mais que la raison de cette tutelle (la tutelle légitime d'ailleurs, aussi bien des patrons des impubères et des femmes), était de conserver le patrimoine de la famille et d'empêcher entre autre que les res mancipi puissent être aliénées sans l'autorisation du tuteur, pour que, dit-il, "ne alienatis pretiosioribus minus locuples ad eos hereditas perveniat", pour que à cause de l'aliénation des choses les plus précieuses l'hereditas ne leur parvienne pas moins riche. Les res mancipi étaient donc considérées à l'époque où cette classification s'établit comme les choses les plus importantes.

L'état social du Romain à l'époque gentilice.

Si nous cherchons maintenant à l'aide de ces considérations à nous représenter l'état social du Romain de l'époque gentilice, nous concevons ce peuple comme un peuple de paysans cultivateurs groupé en gentes.

Les terres ne sont pas encore appropriées, mais l'appropriation est accomplie et des instruments de travail et des produits de ce travail. Si la terre reste encore quelque temps commune, le travail ne l'est plus. Il se fait par famille. Dans les objets mobiliers qui sont la propriété de la famille un groupe à part est constitué par les agents de la culture : esclaves et animaux de travail, ce sont les *res mancipi*. Tous les autres objets forment une autre catégorie ou plus exactement s'opposent à la première catégorie, les instruments de culture inanimés, tels que charrues, instruments aratoires variés, pelles, pioches, etc..., matériel qui sert à les faire, les produits de la culture, les grains, les fruits, les légumes, les produits de l'élevage, les troupeaux de moutons, de porcs et de chèvres, ce sont les trois animaux qu'élèvent et connaissent particulièrement les Romains. Les animaux domestiques variés, les vêtements, les meubles etc... toutes sortes d'objets devenant d'ailleurs de plus en plus nombreux et précieux à mesure que la fortune des Romains s'accroît, sont groupés sous cette conception négative, ce sont les choses qui ne sont pas *mancipi*, ce sont les *res nec mancipi*.

Importance juridique de la distinction.

Il nous faut déterminer maintenant quelle était l'importance juridique de ces catégories de biens. Elles sont en relation avec les modes d'aliéner. Ces catégories ont été créées à cause de ces modes d'aliéner. Elles nous apportent un témoignage précieux sur la raison probable qui a fait dégager la notion de propriété individuelle chez les Romains.

2°- *Res mancipi* et mancipation, *Res nec mancipi* tradition.

Intérêt de la distinction quant au mode d'aliénation.

Nous venons de voir au point de vue matériel comment se partageaient les objets de propriété dans cette classification. Mais il s'agit maintenant de déterminer quel est son sens juridique. Il est certain que cette classification des choses procède de leur rapport avec le mode d'aliéner romain par excellence qui est la mancipation. Sont *res mancipi* les choses qui doivent être aliénées par la mancipation, et par conséquent sont *res nec mancipi* les choses pour lesquelles suffit le deuxième mode d'aliéner, la tradition. Gaius 2.22. "*Mancipi vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferuntur unde etiam mancipi res sunt dictae*". Les *res mancipi* sont celles qui sont transférées à autrui par la mancipation, et c'est même à cause de cela qu'elles sont appelées *res mancipi*. 2.18. "*Magna differentia est inter mancipi*

res et nec Mancipi nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno jure alterius fiunt, si modo corporales sunt, et ob id recipiunt traditionem". Il existe une grande différence entre les res Mancipi et les res nec Mancipi, car les res nec Mancipi sont transférées sous la pleine propriété d'autrui, par la tradition elle-même, si ce sont des choses corporelles, et à cause de cela, elles acceptent la tradition. Nous trouvons la même énonciation dans Ulpien, au même endroit de ses explications. Ulpien 19.7. "Mancipatio propria species alienationis est rerum Mancipi. Traditio propria est alienatio rerum nec Mancipi". La mancipation est la manière spécifique d'aliénation des res Mancipi. La tradition est l'aliénation propre des res nec Mancipi. Nous trouvons dans les auteurs beaucoup d'énonciations de même nature. La mancipation est donc le mode du droit civil nécessaire pour le transfert du dominium ex jure Quiritium sur les res Mancipi. La tradition est au contraire un mode du droit des gens. Dans le droit classique et dans l'ancien droit soit par mancipation, pour les res Mancipi, soit par tradition pour les res nec Mancipi, ce qui est acquis, c'est le dominium ex jure Quiritium.

Cette propriété est protégée chez les unes comme chez les autres par l'action en revendication, mais les auteurs modernes soulèvent deux ordres de difficultés en entrant dans le détail de cette classification, difficultés que nous ne pouvons pas traiter ici avec l'ampleur désirable.

La traditio
est-elle
moins ancienne
que la mancipa-
tio. ?

La première est celle-ci. De nombreux auteurs pensent que la tradition à cause de son caractère de mode du jus gentium est moins ancienne que la mancipation et que par conséquent la propriété des res nec Mancipi est moins ancienne que la propriété des res Mancipi. C'est notamment l'hypothèse émise par Girard p. 272 et p. 314.

Sans entrer dans le détail de cette controverse, nous dirons qu'il n'y a en réalité que des raisons très faibles de conclure au caractère relativement nouveau de la tradition. Il ne suffit pas de dire qu'étant un mode du droit des gens la tradition est nécessairement un mode moins ancien que la mancipation. En effet, la capture est le mode le plus ancien d'acquisition de l'esclave, et l'esclave est certainement une institution primitive chez les Romains. Or, la capture a toujours été considérée comme un mode du droit des gens. Il nous semble d'autre part qu'il est difficile de concevoir que toute une récolte, que tout un troupeau aient été considérés comme des objets peu importants, trop peu précieux pour être protégés par la re-

vendication. Il semble que c'est une mauvaise conception de la distinction des *res Mancipi* et des *res nec Mancipi*, que c'est mal comprendre le sens véritable des *res pretiosiores* des jurisconsultes. Cela ne veut pas dire que les autres choses sont sans valeur. Il est certain en tout cas que les *res nec Mancipi* sont devenues très vite des objets de revendication, car la procédure des actions de la loi, le *sacramentum* a été appliqué aux *res nec Mancipi*. Gaius 4,17; à propos de l'action en revendication intentée par le *sacramentum* nous dit " *ex grege vel una ovis, aut capra, in jus adducebatur*", du troupeau, soit une brebis, soit une chèvre, est apportée en justice. Il fait allusion ici à la nécessité qu'il y a pour l'objet de la revendication d'être présent au moment où l'on plaide sur lui *in jure*, devant le magistrat. Et il indique que les auteurs ont considéré qu'il n'était pas nécessaire d'amener tout le troupeau, mais un objet de ce troupeau, une brebis ou une chèvre, représentant le troupeau tout entier.

D'autre part l'*in jure cessio* et la revendication ont été appliquées à l'acquisition des *res nec Mancipi*. Ulpien, 19. 10.8; "*Usucapione dominium adipiscimur tam Mancipi rerum quam nec Mancipi*", par l'*usucapio* nous acquérons la propriété, tant des choses *Mancipi* que des choses *nec Mancipi*, 19.9 *In jure cessio quoque communis alienatio est, et Mancipi rerum et nec Mancipi*", l'*in jure cessio* aussi est le moyen commun d'aliéner et des choses *Mancipi* et des choses *nec Mancipi*.

Peut-on acquérir par *Mancipatio* la propriété quiritaire des *res nec Mancipi*.

Une autre difficulté est plus délicate. La *Mancipatio* est le mode d'acquisition des *res Mancipi*. La tradition est le mode d'acquisition des *res nec Mancipi*. Il est incontestable que la tradition est incapable de faire acquérir la propriété quiritaire des *res Mancipi*, mais peut-on *Manciper* les *res nec Mancipi*? Peut-on acquérir par *Mancipation* la propriété quiritaire des *res nec Mancipi*? Les textes ne nous permettent pas une solution certaine. La raison générale est qu'il n'y a plus de texte au Digeste sur la *Mancipation*. Tous ceux qui y figurent ont été interpolés et la plus grande partie supprimée, puisque la *Mancipation* est elle-même supprimée par Justinien. Girard, p. 314 et Bonfante, *Forme primitive et évolution de la propriété romaine*, dans ses *Scritti giuridici*, 2, 160, sont d'avis qu'il y a une antithèse rigoureuse entre ces deux modes d'aliénation. La *Mancipation* est exclusivement réservée aux *res Mancipi*, et la tradition aux *res nec Mancipi*. Il n'y a pas de mélange entre les deux domaines.

Les preuves qu'ils fournissent ne sont point péremptoires. Cette conception nous paraît trop absolue; elle ne semble pas correspondre au caractère plus libre, que nous aurons à déterminer, des biens compris dans la familia, elle ne nous paraît pas correspondre à la notion de *mancipatio familiae*, et encore moins avec les paroles de cette mancipation dans le testament *per aes et libram* : *familiam pecuniamque tuam* qui sont l'objet de la *mancipatio familiae*. En tout cas, la *mancipatio* vaudra pour les *res nec Mancipi* comme tradition.

3°- Res Mancipi, res nec Mancipi et la propriété privée.

Comment s'explique la distinction la plus ancienne des choses susceptibles de propriété en fonction de leur mode d'aliénation.

La classification romaine la plus ancienne des objets de propriété a été créée pour les objets mobiliers et en fonction de leur mode d'aliéner. Ce rapport entre les objets de propriété et le mode d'aliéner n'est ni un hasard ni un accident, et c'est plus qu'une coïncidence. C'est en effet une caractéristique générale du droit romain que les institutions les plus importantes ont été créées en fonction de la procédure. Les Romains ne sont pas des législateurs abstraits, ils ne suivent pas une méthode philosophique, posant la règle de droit et décidant ensuite des moyens les meilleurs pour les mettre en usage. Au contraire, ce qu'ils voient d'abord, c'est le moyen, le droit en action, la forme du droit. C'est à travers ce moyen et à travers cette forme qu'ils arrivent à la notion du droit. C'est bien ainsi qu'ils paraissent en être arrivés à la propriété privée. Il est assez peu naturel en somme de penser que les peuples primitifs aient posé le principe abstrait que tout homme ou tout père de famille a un droit exclusif à certains objets, comme s'ils avaient fait une sorte de déclaration des Droits de l'Homme. Beaucoup plus simplement ils ont jugé commode et nécessaire de permettre au père de famille de disposer des objets qu'ils avaient en fait entre les mains. Ils lui ont permis d'en disposer pour en tirer des ressources pour lui et pour sa famille, et la propriété privée est née des besoins du commerce. Que cette idée soit juste, une preuve assez topique nous en est apportée justement par la première classification sous l'angle de laquelle sont envisagés les objets de propriété, puisque cette classification s'établit suivant les formes inventées pour permettre l'exercice de droits de disposition.

Or, la terre est un élément stable et fixe, qu'il est absolument nécessaire d'avoir, puisque c'est d'elle que le groupe tire ses ressources, mais avoir assez de terres c'est l'affaire du groupe tout entier, soit que cessant d'être nomade il s'installe à demeure sur un point particulier de l'univers et le trans-

forme par son travail, après avoir occupé une terre encore inculte, soit que n'en ayant pas assez pour lui, il chasse un autre groupe d'une terre déjà civilisée et s'y installe par le droit de conquête. L'utilité de la terre, c'est d'être un objet de travail, c'est ce qu'on lui fait produire par le travail. Beaucoup plus secondaire et beaucoup moins primitive est son utilité à titre d'objets de transaction.

Au contraire, les instruments de travail et les produits du sol ont un caractère beaucoup plus individuel. Pour mettre en valeur la terre, il est nécessaire d'acquérir les instruments de travail, et parmi eux on conçoit qu'il soit fait une place à part à ceux que nous avons appelés les agents du travail agricole, les esclaves, les bêtes de somme et de trait. Étant les auxiliaires indispensables de la production, les éléments fondamentaux du travail, on conçoit que leur acquisition et leur aliénation soient entourées de garanties et de précaution, car ils sont eux aussi dans un certain sens un élément stable et permanent pour la famille, comme la terre à laquelle ils sont étroitement unis. Mais d'autre part, ils sont dans un autre sens des produits du travail, des produits de l'élevage, aussi bien les esclaves que les bêtes, et si leur nombre dépasse le nombre nécessaire à la culture de la terre attribuée à la famille, au lieu d'être un élément de fortune, ils deviennent, par leur caractère superflu et coûteux, une cause de ruine. Il est donc nécessaire de les envisager comme objets d'échange pour leur conserver leur caractère de sources de richesse, et de permettre de les aliéner.

Les autres objets mobiliers qui sont aux mains du père de famille ont un caractère différent. Ce sont les produits du travail qui servent d'abord à la famille qui les consomme. Mais ici encore ils ne peuvent avoir une utilité indéfinie : une fois les besoins limités de la famille satisfaits, ils ne sont élément de richesse que s'ils peuvent être aliénés. Ce sont des objets d'échange. Il est nécessaire de reconnaître et de faciliter le mode de les mettre en valeur qui est l'aliénation. On objectera peut-être qu'une charrue par exemple est un instrument de travail aussi indispensable que le boeuf qui la traîne, et on ne voit pas pourquoi elle ne serait pas elle aussi une res mancipi. On peut faire observer que les charrettes et les autres instruments aratoires sont des objets en métal, cuivre, ou fer. Or, le cuivre et le fer ne se trouvent pas sur le sol romain, pas plus que les autres métaux précieux. Puisque les Romains, et cela est certain - possèdent du fer ou du cuivre,

c'est que le métal a été importé chez eux. Il a été nécessaire d'acquérir le métal, et cette acquisition a été très probablement une des toutes premières causes qui a fait introduire chez eux un commerce déjà international. D'où la nécessité d'échanger leurs produits propres contre cette marchandise extérieure apportée par les étrangers.

La mancipatio
et les garan-
ties qu'elle
offre quant
à l'aliéna-
tion des res
mancipi.

Aux res mancipi est réservée la mancipation. C'est un mode formaliste et strictement romain. L'aliénation ne peut donc produire son effet qu'entre citoyens Romains, et nous dirions qu'il y a dans l'exigence de ses formes déjà une défense d'exportation si les institutions modernes pouvaient être comparées à des institutions si anciennes. Mais surtout les formes imposées, c'est-à-dire la publicité et la présence des témoins, ont pour résultat d'abord de rendre l'aliénation moins facile et plus certaine à contrôler. Grâce à ses formes on ne s'engage pas à la légère dans une vente, la volonté bien déterminée et la réflexion peuvent intervenir avant l'exécution. Mais surtout, grâce à la présence des témoins, l'aliénation est placée sous le contrôle du groupe. Il est nécessaire en effet pour opérer une mancipation de réunir cinq témoins libres pubères et d'une autre famille que celui qui fait la mancipation. Même en laissant de côté la question incertaine de savoir si les témoins du droit primitif ont toujours été des témoins purs et simples comme les témoins modernes ou des parties à l'acte, c'est-à-dire devant autoriser l'aliénation, il n'en reste pas moins que leur seule présence représente indubitablement un contrôle des autres membres de la gens. Grâce à ce contrôle le père de famille sera empêché de ruiner inconsidérément sa famille par des ventes imprudentes.

La traditio
et les faci-
lités qu'elle
offre pour
l'aliénation
des res nec
mancipi.

Au contraire, les res nec mancipi sont aliénées librement par la tradition, qui est le mode le plus simple et le plus naturel de transfert. La tradition consiste purement et simplement en la remise de l'objet par le propriétaire à celui qui doit l'acquérir. Cette forme d'aliénation n'est pas réservée aux seuls Romains. C'est une institution du jus gentium. Elle permettra donc les échanges, non seulement entre Romains, mais les échanges internationaux. Elle permettra les acquisitions aux jours de marché, où pendant les périodes de paix, les voisins et même les étrangers viennent apporter les produits de leur pays: bijoux, métaux, étoffes, tissus etc... et les échanger contre les produits du sol romain. Nous dirions ainsi encore que la tradition est une prime à l'exportation.

Caractère archaïque de la distinction.
Détermination invariable des res Mancipi.

Nous terminerons ces considérations par cette remarque: la notion de res Mancipi repose sur une base très précise. La res Mancipi, c'est l'objet pour lequel la Mancipation est nécessaire. Or le sens général de l'évolution du droit romain n'a pas été d'élargir cette notion. Au contraire, cette notion étant gênante et étroite, on a cherché à la supprimer. Même pour les res Mancipi, on l'écarte par la théorie de la propriété Prétorienne. Nous savons en effet que la tradition d'une res Mancipi donne droit à l'action Publicienne, à la formule Prétorienne de la revendication, à partir du moment où le Prêteur Publicius l'a créée sur le modèle de la revendication civile. Cette action protège aussi bien que si l'acquéreur avait obtenu dès le début le dominium ex jure Quiritium. D'ailleurs cette action ne fait qu'escompter le délai d'usucapio qui au bout d'un an ou de deux ans transformera cette propriété Prétorienne en propriété Quiritaire.

Donc la liste des res Mancipi reste sans changement. Dans tout le cours du droit romain elle ne bénéficie d'aucun accroissement. Nous dirons donc que c'est une classification archaïque et pour ainsi dire démodée dès le début du droit historique. Malgré ce caractère, le respect de la tradition la fait subsister et la Mancipation continue à se faire et à être étudiée par les Jurisconsultes pendant tout le cours du droit romain. La dernière trace que nous ayons dans les textes législatifs se rencontre dans une constitution de 355 après J.C. code Théodosien 7.8.12. Elle a dû continuer dans la pratique même après cette date et spécialement pour faire les actes de fiducie. Elle n'a été supprimée par Justinien que lorsqu'il fit la compilation du Digeste.

§ 2 - Familia - Pecunia.

Evolution de cette notion.

Si la notion de res Mancipi est une notion précise, si la liste en était restée fixée sans modification depuis le début jusqu'à la fin du droit romain, il n'en est pas de même de la notion de familia et de son contenu. Il est impossible de la déterminer avec autant de précision, c'est cette dernière notion car elle paraît avoir continuellement évolué. Nous partirons donc pour l'étudier d'un point de départ certain, qui est la signification de ce mot dans le droit classique et nous verrons si nous pouvons remonter de là au droit ancien.

I° - Sens de familia et de pecunia dans le droit classique. Nous voyons que ces mots prennent

Les différents
sens de fa-
milia et leur
extension en
droit classi-
que.

dans le droit classique un sens des plus étendus, ou plutôt que ces mots ont plusieurs sens. Dans le domaine du droit des biens, le mot familia désigne pour les jurisconsultes classiques tout le patrimoine. C'est une notion des plus générales, qui renferme l'ensemble des biens appartenant à un paterfamilias, l'ensemble de tous ses biens : aussi bien les biens incorporels que les biens corporels. Gaius 2.102. "Familiam suam, id est patrimonium".

Mais ce n'est pas le seul sens que nous trouvons à ce mot dans les textes classiques. Dans un domaine qui touche à la fois au droit des biens et au droit des personnes, le mot familia désigne plus spécialement le groupe des esclaves, qui sont la propriété du père de famille et qui vivent autour de lui. Exemple, Paul, Sentences 5.6. § 3. "Familiae autem nomine etiam duo servi continentur", il suffit de deux esclaves pour constituer une familia. Dans ce sens une grande quantité de textes littéraires et juridiques distinguent la familia rustica, qui comporte les esclaves occupés au travail de la campagne, et la familia urbana qui contient les esclaves au service personnel du maître. Par exemple, Pomponius, Digeste, 50.16.

Le mot familia désigne aussi dans le droit des personnes le père de famille et ceux qui sont sous sa potestas. Gaius I §11. "Usu in manum conveniebat, quae anno continuo nupta perseverabat, in familia viri transibat, filiaeque locum obtinebat", celle qui pendant une année continue restait mariée tombait sous la manus et passait dans la famille de son mari où elle prenait la place d'une fille.

Enfin d'autres textes nous disent que la familia désigne toute la famille agnatique d'un individu et même la gens toute entière, Festus, verbo familia, "Familia antea in liberis hominibus dicebatur, quorum dux et princeps vocabatur pater et mater familias. Unde familia nobilium Pompiliorum, Valieriorum, Corneliiorum", Autrefois, on appelait familia les hommes libres, dont le chef et le premier de la race était appelé pater et mater familias, d'où le nom de la familia des nobles Pompilii, des Valerii et des Corneli.

Et même enfin dans un sens tout à fait élargi le droit classique désigne par ce nom le lien cognatique et fait rentrer tous les parents par le sang, même les enfants émancipés, dans cette notion élargie. Papinien, Digeste, 31.69.4. "Si quidem sunt postea emancipati, tractari potest, an hi quoque recte fideicommissum petant. Et puto recte petituros quoniam familiae appellatione personae quoque hac demons-

tratae intelleguntur". Si quelques-uns ont été par la suite émancipés, on peut se demander s'ils peuvent régulièrement réclamer le fideicommiss. Je pense qu'ils peuvent régulièrement le réclamer, car ces personnes sont elles-mêmes comprises dans l'appellation de familia. Les différents textes des jurisconsultes, dans lesquels nous trouvons les différents sens du mot familia sont réunis par Kooimann, *Fragmenta juris Quiritium*, 1913, Amsterdam.

Le sens de familia dans le droit des personnes ne nous intéresse pas directement. C'est son sens patrimonial que nous avons à étudier, c'est spécialement en fonction de la succession que le patrimoine est désigné sous le nom de familia.

Sens large
de pecunia à
l'époque
classique.

Si nous examinons maintenant le sens de pecunia, d'après les classiques, nous lui trouvons une signification aussi générale. Pecunia, pour le droit classique, n'est ni plus ni moins que l'ensemble du patrimoine comme familia. Hermogénien, *Digeste*, 50.16.2.122. "Pecuniae nomine, non solum numerata pecunia, sed omnes res, tam soli quam mobiles, et tam corpora quam jura continentur", sous le nom de pecunia, non seulement l'argent comptant, mais toutes les choses, aussi bien immobilières que mobilières, aussi bien corporelles qu'incorporelles, sont comprises. Il y a aussi dans le droit classique un sens plus restreint du mot. Pecunia ou pecunia numerata désigne la monnaie, l'argent proprement dit.

Personne ne doute que cette confusion de sens, que cette généralisation des deux expressions, qui les fait se rejoindre en droit classique, n'est pas l'état originaire de ces termes. Il n'est pas douteux que le sens primitif de familia ne peut pas être exactement le même que le sens de pecunia. Il s'agit d'essayer de les distinguer et de voir notamment si encore à l'époque des XII Tables cette différenciation est possible.

2*) Textes anciens sur la familia et la pecunia.
Sur quels textes se fonde notre connaissance de l'emploi ancien de ces deux mots ? On peut les passer en revue, car ils ne sont pas très nombreux. Le mot de familia est employé dans les XII Tables, d'abord dans le texte fondamental que nous avons déjà souvent cité. 5.4. "Si intestato moritur, cui heres suus nec escit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit, gentiles familiam habento". Nous le trouvons encore dans le sens des XII Tables dans l'expression de "actio familiae erciscundae, qui désigne l'action en partage d'hérédité. Cette action date des XII Tables. Nous en avons le témoignage de Gaius, *Digeste*, 10.2. "Familiae erciscundae". 1. Haec actio proficiscitur

Familia dans
les XII Ta-
bles.

Loi Acilia de ponderibus publicis.

Mancipatio et emptor familiae.

Pecunia dans les XII Tables.

Le binôme familia pecuniaque.

ex lege duodecim Tabularum". Cette action provient de la loi des XII Tables. Nous trouvons le mot et ce sens ancien dans la loi Acilia, de ponderibus publicis. Cette loi est citée dans les Fontes de Bruns, 6ème édition, p. 47, "Eum quis volet magistratus multare dum minore parte familiae taxat liceto". Il est permis au magistrat qui le veut de le frapper d'une amende, tout au moins sur la plus petite partie de sa familia. Même sens dans le terme de mancipatio familiae et d'emptor familiae, souvent cités par les jurisconsultes classiques, et dont l'appellation est sûrement ancienne. Gaius 2.102 et suivants.

Nous trouvons le mot de pecunia employé seul d'abord dans les XII Tables 5.3. "Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto". La loi est citée dans ce texte par Ulpien, 11, 14. C.V. Paul Digeste, 50.16.53. Principium 26.2.20.I. Gaius 26.2.I. Principium. On sait qu'il y a plusieurs versions de ce texte dont celle-ci: "Uti legassit suae rei, ita jus esto". Gaius 2.224 - Institutes 2.21. Principium Pomponius, Digeste, 50. 16. 120. Le mot pecunia est encore employé dans les XII Tables, 5. 7 : "Si furiosus escit est ei custos nec escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto". Nous trouvons ce texte dans Cicéron, Auctor ad Herennium, I. 13.23. de inventione, 2.50. Tusculanes, 3.5.11. Nous trouvons encore le mot pecunia dans la loi osque de Bantia, 50.74,637 de R.F. "Si quis contra hoc fecerit, eum si quis volet magistratus multare liceto dum taxat minoris partis pecuniae liceto", si quelqu'un fait quelque chose contre cette loi, il sera permis au magistrat qui le veut de le frapper d'une amende, tout au moins sur la plus petite partie de sa pecunia (sur moins de la moitié de sa pecunia).

Quelques textes réunissent les deux expressions, c'est le cas notamment de la formule de la mancipatio familiae testamentaire per aes et libram, Gaius, 2.104 "Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodela mea esse aio". Nous trouvons aussi les mots réunis dans la loi osque de Bantia, déjà citée, "Familia et pecunia tota, ejus, quae mensa fuerit, publica esto", que toute sa familia et sa pecunia, qui n'a pas été recensée, soit confisquée. Festus, verbo Sacratae, "Sacratae leges dicebantur, quibus sanctum erat ut si quis adversus eas fecisset, sacer alicui deorum esset, cum familia pecuniaque". Etaient appelées lois sacrées celles par lesquelles il était décidé que si quelqu'un faisait quelque chose contre elles, il devait être consacré à quelqu'un des dieux avec sa familia et sa pecunia.

Un plus grand nombre de textes de non juristes contiennent cette réunion des deux mots : Pétrone, Satiricon, 141., Suétone, Néron, 4. Cicéron, de Legibus, 3.37. Cicéron, auctor ad Herrenium, I.13.23. "Paterfamilias uti super familia pecuniaque sua legaverit, ita jus esto". Cette transformation de la Loi des XII Tables, que nous avons déjà vue dans un autre texte, est intéressante en ce qu'elle nous montre que cette transformation a eu lieu pour répondre à l'interprétation extensive, qui a été faite, comme nous l'avons dit du mot de pecunia.

Tel est le matériel qui est mis à notre disposition pour essayer de déterminer la signification juridique différente de chacun de ces deux mots. Le moins que l'on puisse dire, c'est que ce matériel n'est ni abondant ni très clair et que le sens même probable qui peut lui être donné, ne peut être tiré que de conjectures qui laissent place aux conjectures adverses.

3°- Sens primitif de familia et de pecunia.

Etymologie de Familia.

D'après les étymologistes "famulus et familia" sont des mots italiques, et pour le latin ils ont été probablement empruntés à la langue osque. Ernout, Meillet, Dictionnaire étymologique de la langue latine, 1932, Verbo, Famulus, Familia. Festus, de Verborum significatione, Verbo, Famuli, "Famuli origo ob Oscis dependet, apud quos servus famel nominabatur, unde est familia vocata", l'origine du mot famulus vient des Osques chez qui l'esclave était appelé famel, d'où le nom de familia. Les inscriptions confirment ce témoignage de Festus. Nous trouvons dans les inscriptions de langue osque le mot famel désignant l'esclave, et famelo désignant la familia. En Ombrien famerias veut dire familiae. Nous trouvons le mot notamment dans la loi osque de Bantia, déjà citée. Une étymologie beaucoup plus douteuse et moins répandue voudrait encore remonter au sanscrit et voir dans familia la même origine que domus dans un radical dham. Cette étymologie n'a pas été retenue par Ernout et Meillet. Si nous nous en tenons à la première, le sens primitif du mot de familia serait donc l'ensemble des esclaves et des serviteurs vivant sous le même toit, par opposition aux hommes libres faisant partie de la gens. Ce mot n'a jamais perdu, nous l'avons vu, ce sens restreint que nous retrouvons dans l'expression familia urbana, familia rustica, que nous retrouvons aussi dans d'autres expressions, telles que familia gladiatorum, etc... qui désigne des groupes d'esclaves vivant ensemble dans une maison.

C'est de ce sens restreint que ce mot est parti vers un double développement. D'une part, à côté des

Sens primitif : ensemble des esclaves et serviteurs vivant sous le même toit.

esclaves, il englobe les objets de propriété, et le point de départ est évidemment la notion d'objets formant un groupe, soit d'objets groupés autour du paterfamilias, sous le même toit, soit du groupe des objets indispensables à la vie de la famille.

Le mot de pecunia, pour les mêmes étymologistes, Ernout et Meillet, Dictionnaire de la langue latine, Homo, verbo pecunia : pecunia vient de pecus, troupeau, bétail, dont la forme ancienne est pour le latin pecu et en ombrien pequo. Nous pouvons remonter plus haut dans l'étymologie que pour la familia, puisque nous retrouvons ce mot dans les langues indo-européennes, avec le radical de "pequ" qui désigne le bétail en général, et notamment le bétail en tant que source de richesses. Nous avons donc comme point de départ le mot pecunia, désignant la richesse en bétail, la richesse du bétail en troupeau. C'est de ce sens restreint que le mot est parti pour donner le sens général de richesse, de fortune, d'argent, Varron de lingua latina, 5.95. "Pecus, a quo pecunia universa, quod in pecore pecunia tum consistebat pastoribus." Pecus, troupeau, d'où la fortune universelle, pecunia universa, parce que la fortune consistait autrefois en troupeau pour les pasteurs. Un sens moins ancien à la fois et plus réduit, c'est le sens de pecunia numerata, de monnaie et même plus tard de monnaie de cuivre par opposition à la monnaie d'argent. Il faut remarquer que pecus, bétail, sert aussi bien à désigner le gros bétail, les boeufs, que le petit bétail, les moutons, les chèvres et les porcs. La différence que l'on doit pouvoir faire, c'est que pecus a plutôt le sens de bétail en troupeau et non pas d'une bête individualisée.

Telle est l'opposition primitive. Elle a donc un point de départ assez clair. Dans la familia, aux esclaves et aux serviteurs qui entourent le père de famille et qui forment le noyau primitif, s'ajoutent des biens de même nature et qui sont le fondement de la vie du père de famille et de ses enfants. En premier s'ajoutent très certainement les autres res mancipi, les compagnons de l'esclave et du père de famille, dans le travail journalier des champs. Assurément le boeuf, l'âne, le mulet et les chevaux font partie de la familia, et en ont fait partie dès le début, dès le moment où ce nom n'a pas été exclusivement réservé aux esclaves.

La notion commune qui les réunit est la même qui a fait étendre l'appellation à toutes les personnes libres vivant sous le même toit et sous l'autorité du père de famille, c'est-à-dire sur tous les descendants

Etymologie
de pecunia :
le bétail en
tant que ri-
chesse.

Extension de
familia sous
l'influence
de la notion
de groupe.

du père. C'est la notion de groupe, c'est la notion d'une union, autour du père de famille, et la familia d'une façon très générale, c'est le groupe ainsi réuni et en même temps les biens qui lui sont indispensables pour vivre et qui sont sa propriété commune sous l'autorité du père.

Extension du
terme pecunia:
toutes choses
dont l'accumu-
lation repré-
sente une ri-
chesse.

Au contraire, la pecunia, c'est la partie la plus indépendante et la plus individuelle de ces biens qui ne sont pas nécessairement groupés, c'est le bétail et le troupeau qui vit la plupart du temps sur les terrains d'élevage par conséquent loin de l'habitation de la famille. Ce sont des biens moins indispensables à la vie du groupe, et dont le développement, dû à la hardiesse et à l'intelligence du père de famille, crée davantage que la familia la notion de richesse. Nous avons dit précédemment comment cette familia n'était pas susceptible d'un développement indéfini, mais devait correspondre à la nécessité, au besoin de la vie du groupe. Nous avons montré par exemple comment les instruments de culture, le boeuf, le cheval, le mulet et l'âne, sont une source de richesses à condition que leur nombre soit proportionné au terrain qu'il faut cultiver. Si ce nombre est trop élevé, leur entretien est une source de ruine plutôt que de richesse. Au contraire, les animaux d'élevage, les biens superflus, dont l'accumulation peut être supérieure aux besoins, c'est dans leur nombre toujours plus élevé et indéfini que peut naître la notion de richesse et d'opulence. C'est cette séparation qui est indiquée dans un mot de même source, de même origine que la pecunia, dans le mot de peculium, qui désigne cette partie des biens laissée à l'activité personnelle et à l'industrie soit de l'esclave, soit du fils de famille. On peut dire avec quelque vraisemblance que cette pecunia est composée d'objets qui appartiennent plus individuellement au père de famille, et dont il pourra disposer plus librement que des biens communs. Au troupeau viennent s'ajouter d'autres objets de même genre, qui sont ceux dont l'accumulation augmente la richesse du possesseur, et comme les troupeaux sont des res nec Mancipi, ces autres objets sont aussi dans la catégorie des res nec Mancipi.

Y a-t-il identité entre la classification en res Mancipi et res nec Mancipi, avec la distinction de familia et de Pecunia ?

Peut-on maintenant aller plus loin et faire de cette opposition une distinction aussi rigoureuse que celle que nous venons d'étudier entre les res Mancipi et les res nec Mancipi ? Beaucoup d'auteurs l'ont pensé. Ils ont prétendu qu'il y avait identité d'une part entre les res Mancipi et la familia, d'autre part entre les res nec Mancipi et la pecunia. Le premier parmi les auteurs modernes qui ait expressément soutenu

cette identité, c'est Kuntze, *Excursus, über Römiches Recht*, 1859, 2ème édition, 1880, p.7. Mais cette idée a été surtout développée par Ihering, "Histoire du développement du droit romain", traduction française, 1900, p. 74 et suivantes. Elle a été suivie par Karlowa, *R.R.G.* 2.75.20, Wenger, *Wörter und Sachen*, I.1909, p.89 et Bonfante, *Scritti giuridici*, 2.1910, 67. 210 et ss. 303.

Cette conjecture trouve dans un texte un commencement de preuve, c'est le texte de Varron, de *agricultura*, chapitre 138, déjà cité : "mulis, equis, asinis, feriae nullae, nisi si in familia sunt", aux chevaux, aux ânes, et aux mulets, aucune fête chômée, à moins qu'ils ne soient dans la familia.

Comment ces animaux, qui sont des *res Mancipi*, peuvent-ils ne pas être dans la familia ? Nous avons déjà dit que dans la discussion des *Proculei* et des *Sabinien*s, pour pouvoir être des *res Mancipi*, d'après l'opinion des *Proculei*, ces animaux devaient être dressés, transformés en animaux de bât et de trait. Tant qu'ils sont jeunes et non domptés, ce sont des *res nec Mancipi*. Or, c'est à cette époque qu'ils font partie du bétail en troupeau, du bétail à l'élevage d'où la conjecture assez vraisemblable que tant qu'ils ne sont pas dressés, ils sont des *res nec Mancipi*, et ils font partie de la *pecunia*. Quand ils sont transformés en bête de somme et de trait, ils deviennent des *res Mancipi*, et c'est à ce moment-là qu'ils entrent dans la familia et, par conséquent, étant des animaux de travail, ils sont dispensés les jours de fête de tout travail.

Le raisonnement est assez juste, cependant il ne nous paraît pas suffisant pour poser une règle aussi rigoureuse et aussi inflexible. Ils nous paraît d'abord assez peu vraisemblable que deux catégories d'origine différente aient pu aboutir à une identité si complète et si absolue. D'autre part, une objection nous paraît décisive : nous avons remarqué que les *res Mancipi* sont une notion statique qui n'a pas évolué ; nous savons, au contraire, que la familia, si au début elle a désigné seulement les esclaves, n'a pas cessé de se développer et de s'étendre jusqu'à englober le patrimoine tout entier. De quel droit arrêter ce développement à un moment arbitraire ? et à quelle époque pourrait-on dire que le mot n'a embrassé que les *res Mancipi* ? Pourquoi, notamment, vouloir dire sans texte et sans preuve à l'appui, qu'à l'époque des XII Tables, ces deux notions étaient arrivées à une période de telle de leur évolution que la familia ne contenait que les *res Mancipi* ? Il nous paraît beaucoup

plus vraisemblable de donner à familia un sens moins précis. Cuq, Institutions juridiques des Romains, I, 1891, p. 91., nous dit que la familia comporte toutes les choses qui formaient le patrimoine de la famille, parce qu'elles sont indispensables à son existence matérielle. Quant aux choses, qui n'étaient pas nécessaires aux besoins de la famille, on leur donne le nom de pecunia. Ces choses forment le superflu, forment la richesse, Festus, Verbo adgregare, "Cum apud antiquos opes et patrimonium ex pecoribus consistere et adhuc etiam pecunias et peculia dicimus", puisque dans l'antiquité les richesses et le patrimoine consistaient surtout en troupeaux et que nous disons encore aujourd'hui pecunias et peculia. Cette opinion modérée est aussi l'opinion de Wlassak, p. 37, dans l'ouvrage souvent cité. Il nous donne l'exemple suivant : les instruments de travail indispensables à la culture, avant tout la charrue, les différentes voitures et chariots, les harnais et les bûts des boeufs, chevaux, mulets et ânes, en outre le fourrage fauché dans les champs, les céréales et les légumes récoltées, les fruits des arbres, le vin dans la cave, l'huile, le lait, le fumier, les tonneaux pour l'eau, et les innombrables choses nécessaires à une exploitation agricole, sont aussi indispensables à la vie de la famille que les bêtes de somme et de trait. Ce ne sont pas des res Mancipi, mais elles font partie de la familia. Cette liste qui est ainsi dressée n'est pas d'ailleurs une liste limitative. En somme, nous dirions que tandis que la notion de res Mancipi est une notion juridique précise, qu'elle fournit la liste limitative des objets qui y sont compris à cause de la règle qui est posée, qu'elle comprend ceux pour lesquels il faut faire Mancipation, la notion de familia est une notion d'usage, plus large et plus changeante. Ce sont les choses qui sont à l'usage commun de la famille, ce sont les choses qui sont nécessaires à sa subsistance et qui forment le patrimoine commun à toute la famille. Seulement, comme ce patrimoine est sous l'autorité absolue du père de famille, sauf certaines restrictions de forme pour les res Mancipi, le père de famille en dispose librement, et l'on comprend alors la confusion qui s'est produite entre son patrimoine particulier, la pecunia, et le patrimoine familial, la familia.

Cette distinction des biens en familia et en pecunia peut-on, pour l'époque des XII Tables, en tirer des conséquences juridiques certaines ? Peut-on déterminer la condition différente de ces deux masses de biens, en utilisant les textes que je vous ai mis sous les yeux dans la dernière leçon ? Les textes des XII

Difficulté de
tirer des conséquences juridiques pré-

cises de la distinction.
Hypothèse de Wlassak.

Tables parlent, les uns de la famille, les autres de la pecunia. La publication de Wlassak, *Studien zum altrömischen Erb-Und Vermögensrecht*, Vienne, 1933, est toute entière destinée à opérer cette discrimination. Pour Wlassak, il y a deux masses des biens, entre les mains du paterfamilias : le bien de famille, le patrimoine commun au père et à ses descendants, sur lequel le groupe a un droit de propriété, c'est la familia ; le bien personnel du père, son patrimoine particulier, Eigengut, c'est la pecunia. Le premier est héréditaire, le père n'en peut pas disposer. Il est recueilli à la mort du père par ses enfants. Le père ne peut pas le léguer, ne peut pas le distribuer sous forme de legs. Le second, au contraire, la pecunia, le père peut le distribuer après sa mort par voie de legs. Mais il n'est pas héréditaire. Ce n'est pas lui, c'est la familia, qui est recueillie ab intestat par les descendants, ou à leur défaut, les agnats ou les gentils. Seule, la familia est un patrimoine familial. Ce travail de Wlassak est très intéressant et instructif, non pas tant par les conclusions qu'il essaie de dégager de son étude, que par l'étude elle-même, dans laquelle les textes principaux sont soumis à une critique très sérieuse. Mais il est difficile d'accepter ses conclusions par trop conjecturales, et pour admettre d'ailleurs ses conjectures, il serait nécessaire d'accepter trop d'hypothèses, que dans le cours de cette année, nous avons précisément combattues. Wlassak, en effet, part de ce point de départ, qu'il admet comme axiome, sans d'ailleurs chercher à le démontrer, que le testament, qui existe pour lui à l'époque des XII Tables, ne peut être fait que s'il n'y a pas d'héritier sien, que s'il n'y a pas de descendant. Mais il existe par contre un testament sans institution d'héritier, puisque le père peut et même doit léguer sa pecunia, étant donné que celle-ci n'est pas recueillie ab intestat. Wlassak déclare d'ailleurs que sur le sort de cette pecunia, on ne saurait rien dire de sûr. Il faut encore admettre que la mancipatio familiae n'est pas possible à l'époque des XII Tables, que l'on n'a pas encore mis en usage ce procédé destiné à faire passer la familia du mort à celui qu'il veut. Nous avons dit qu'il n'y a pas de raison ni de texte pour que cette mancipatio familiae théoriquement possible n'ait pas eu lieu, même avant les XII Tables, dès l'époque où la mancipation a été créée. Comme Wlassak doit reconnaître assurément que la mancipation et la tradition du moins pendant la vie du paterfamilias, lui permettent d'aliéner son patrimoine, la différence qu'il est aisé d'établir entre le patrimoine collectif de la fa-

mille, sur lequel le père n'a pas le droit de disposition, et le patrimoine particulier du père, dont il peut librement disposer, cette distinction ne peut pas être établie d'une manière sûre et ne permet pas d'affirmer que la condition de ces biens est essentiellement différente entre les mains du père. En somme, cette distinction perd au fond toute consistance.

Faut-il dire, comme Girard le fait à plusieurs reprises p. 243, note 3 ; p. 272, note 3, qu'il est impossible d'assigner à ces deux mots un sens technique distinct ? Je pense que l'opinion moyenne soutenue par Mitteis R.R.G., a quelque chance d'être plus près de la vérité en cette matière toute hypothétique. Quand les XII Tables emploient le mot de familia, ce mot peut englober la pecunia, tout le patrimoine laissé par le père. Au contraire, quand elles parlent de la pecunia, il s'agit d'un groupe à part, dans le patrimoine du père. Mitteis p. 80, note 20 : "Il est sûr que dans l'actio familiae erciscundae, et aussi pour la règle : agnatus proximus familiam habeto, on pourra admettre que la familia entraîne avec soi la pecunia comme accessoire et que s'il n'y a pas de testament, c'est tout le patrimoine du père qui revient à ses héritiers". Cette conclusion est naturelle et même nécessaire, et nous dirons qu'en somme s'il se peut que la loi des XII Tables ait contenu d'autres dispositions spéciales pour régler le sort de la pecunia, sur laquelle aucun legs n'aurait été fait après la mort du père, ces textes ont complètement disparu. Nous ne savons rien de ce qu'ils pouvaient contenir, et il nous est donc impossible d'en faire état.

Au contraire, lorsqu'il est parlé de pecunia, il est plus prudent et plus conforme à la critique de ne l'entendre que dans un sens restreint, Mitteis p. 80 "Au contraire, au moins pour l'ancien langage du droit il faut écarter complètement la supposition que pecunia, où le mot est seul, contienne la familia". Si donc le texte des XII Tables : "Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto", vise la pecunia sinon dans son texte primitif, du moins dans l'interprétation ancienne de ce texte, on peut l'interpréter en disant que la loi des XII Tables a donné au père la liberté de faire des legs tout d'abord sur sa pecunia, et non pas sur la familia.

Nous en concluons personnellement que pour disposer de la familia, il faudra dans le testament faire une institution d'héritier, ou faire une mancipatio familiae, et nous verrons dans ces restrictions à la liberté du père, des règles de forme assez normales et assez naturelles, comme est la distinction des choses

en res mancipi et en res nec mancipi.

De même, il se peut que la loi des XII Tables n'ait remis au curateur du fou, en même temps que la personne du fou, que sa pecunia seulement, sur laquelle le curateur pourvoira à l'entretien du fou. La familia reste à la famille.

Il faut remarquer que ces textes restent d'une interprétation très incertaine, et il n'est peut-être pas de bonne critique d'en tirer des conclusions trop importantes, et qui, par ailleurs, seraient contredites par des textes fondamentaux, alors même qu'ils seraient moins anciens que les XII Tables elles-mêmes.

§ 3 - Heredium.

Heredium.

Hypothèse selon laquelle il serait le moyen primitif de la propriété.

Dans l'examen des éléments de la fortune privée du Romain, à l'époque primitive, nous avons laissé de côté une partie importante, qui est l'heredium. Nous devons en parler ici.

L'heredium, à ce qu'il semble, est la première conquête que la propriété privée ait faite de la terre, car c'est une partie du sol romain, réservée à l'usage exclusif d'une famille. C'est la maison, avec le verger et le jardin, c'est l'enclos, qui est le siège de la famille. L'heredium est l'intermédiaire entre la terre, propriété gentilice, et les objets mobiliers, dont le paterfamilias a la libre disposition. La tradition nous dit que Romulus aurait concédé à chaque citoyen romain, comme bien héréditaire, une portion de terre de deux jugères. Varron, de re rustica, I.10.2 "Bina jugera, quod a Romulo primum divisa dicebantur, viritum quae heredem sequerentur heredium appellarunt". On appelle heredium les deux jugères qui furent divisées autrefois par Romulus à ce qu'il est dit par tête entre les citoyens, et qui suivent l'héritier. Cette observation de Varron doit être rapprochée de celle de Pline. Pline, Histoire naturelle, 19.4.50. "In duodecim Tabulis nusquam nominatur villa, in significatione ea, hortus, in horti, heredium". Dans les XII Tables, nulle part la maison de campagne (la villa) n'est nommée ainsi dans ce sens; il est parlé de jardin, enclos, et dans le sens de jardin, il est parlé d'heredium. D'après Ernout et Meillet, Dictionnaire étymologique de la langue latine, la villa dans le sens classique, c'est la ferme, la maison de campagne, et aussi le village. Le "vicus", c'est un groupe de maisons, et aussi un quartier de ville, l'hortus, c'est l'enclos, la propriété close de murs. D'après cette tradition, l'enclos de chaque famille aurait été de deux jugères. Une jugère vaut 25 ares environ, par conséquent cet enclos était

de 1/2 hectare. On a fait remarquer, avec juste raison, que cette surface de terre était insuffisante pour que toute une familia, le père, tous ses descendants, les esclaves et le bétail, en tirent leur subsistance, si sobre qu'aient été par ailleurs les premiers Romains. La famille devait donc avoir d'autres ressources, des terres de culture. Aussi Mommsen voit-il dans cette tradition une confirmation de son hypothèse sur la propriété gentilice de la terre cultivable. Les terres labourables ne sont pas attribuées privativement à chaque famille, elles restent en commun pour toute la gens, sans que nous puissions dire suivant quel mode de culture. La propriété privée des instruments de travail semble indiquer une culture privée, de chaque famille, d'une partie du sol. En ce cas, l'usage romain serait semblable à celui du mir russe ou de la zadrouga serbe, où les terres communes sont réparties périodiquement entre les familles suivant leurs besoins. Nous savons que la terre de culture était laissée en jachère un an sur deux, car les terres du Latium étant modérément fertiles, et les fumures peu perfectionnées, la seule manière de les faire produire convenablement était de les laisser reposer une année sur deux. Il est dangereux de faire des hypothèses trop précises pour essayer de donner des détails que nous ignorons.

Si les terres de culture sont ainsi à usage commun, chaque famille a l'usage exclusif de l'enclos, qui est le siège de sa vie. Cet enclos contient la maison et le jardin, c'est-à-dire le verger et le potager destinés à la famille. Cet enclos, c'est l'hortus, celui que les XII Tables appellent l'heredium. Ce détail complète bien notre conception de la vie d'une gens, avant la fusion plus étroite de toutes les gentes dans la cité. Chaque gens habite un "pagus", canton, qui est son territoire, le centre de ce pagus, c'est le "vicus", un groupe d'habitations, et chaque famille a son habitation propre, hortus ou heredium, son enclos, c'est-à-dire sa maison et son verger, qui suivant la tradition était d'une contenance de 50 arpents environ.

Les auteurs sont en général d'avis que cet enclos représente par excellence la propriété de la famille, et même pour beaucoup c'est l'origine et le type de la propriété de famille, par conséquent de la propriété individuelle, puisque, comme nous l'avons vu, propriété de famille et propriété individuelle sont des termes équivalents. En somme, l'enclos, siège de la famille, serait pour ces auteurs le noyau primitif de la propriété. La raison de cette opinion est le nom même qui lui est donné, l'heredium, et l'ex-

plication qu'en fournit Varron : "quae heredem sequerentur", qui passe à l'héritier. Cette définition fait de l'heredium par excellence le bien de famille héréditaire. Ernout et Meillet, V° heres, c'est la part minima inaltérable, qui doit revenir à l'héritier.

Critique de
cette hypothèse.
Caractère
impartageable
et inaliéna-
ble de l'heredium,
son exclusion
de la concep-
tion classique
de la succession
ab intestat.

Ce n'est pas ainsi que nous est apparue la naissance à Rome de la notion de propriété. Il semble qu'il y ait là une confusion, peut-être d'ailleurs très ancienne. Pour nous, la notion de propriété privée s'est dégagée d'abord dans les objets mobiliers, et elle s'est dégagée pour les besoins du commerce, pour les besoins de l'échange. Elle est née de la nécessité d'acquérir et de vendre ces objets. La propriété se dégage des modes de transmission reconnus par l'usage.

D'autre part, au moment de la mort, cette notion de propriété est également dégagée par le partage entre les descendants du père de famille. Or, dans l'organisation gentilice, aucun de ces deux traits essentiels ne peut se reconnaître dans l'heredium. La maison et l'enclos ne sont pas des objets de commerce, ne sont pas des objets d'échange. Il n'y a aucune raison pour que l'enclos soit aliéné, tant que la famille dure. L'idée d'aliénation est aussi étrangère à l'heredium qu'à la terre gentilice elle-même. Tous les auteurs parlent volontiers d'ailleurs de la part inaliénable, qui doit revenir à l'héritier. L'heredium n'est ni aliénable, ni partageable. Minimum indispensable pour la vie d'une famille à la mort du paterfamilias, on ne voit pas qu'il puisse être également partagé entre tous les cohéritiers. Le partage d'une maison et des 50 ares qui l'entourent donnerait à chacun des cohéritiers des parts ridiculement insuffisantes. D'ailleurs, la tradition est que Romulus remet à chaque père de famille par tête, "virittim", un enclos de 50 ares. Assurément on peut être convaincu que cette tradition a été stylisée d'une façon qui ne correspond pas à la réalité, et Romulus n'intervient ici que pour indiquer l'ancienneté de la tradition. Néanmoins, on peut dire que cette tradition suggère l'idée qu'il y a eu concession sinon de l'Etat, du moins du groupe, à chaque famille, de l'enclos qui lui est nécessaire pour son établissement stable. C'est un enclos qui lui est réservé par la décision du groupe, mais qui n'est pas plus entre ses mains un objet d'échange et de commerce que la terre elle-même, et l'on pourrait dire avec quelque vraisemblance que ce n'est un objet de propriété privée que quand la terre elle-même l'est devenue, c'est-à-dire à partir du moment où la famille se déracine, où les gentes se dispersent dans la cité. Avec la suppression de la

propriété collective, chaque famille peut changer sa résidence, ou en avoir plusieurs, par conséquent peut être amenée à vendre, à acheter, maison et terres, et les comprendre en un partage plus étendu.

Je pense que nous pouvons dire avec certitude qu'un heredium est une part impartageable, et par conséquent qu'il ne peut pas entrer dans la conception classique de la succession ab intestat, dont la règle est le partage égal entre les heredes sui, sans préférence pour l'un ou pour l'autre, sans droit d'aînesse ni de masculinité. Un changement a donc dû se produire. Par conjecture, nous le plaçons au moment où la propriété privée a porté sur la terre. Cette conjecture heurte l'opinion commune, et elle a contre elle le nom même qui est donné à l'enclos, heredium, et l'explication qui en est fournie par Varron est généralement acceptée: c'est, selon lui, un bien héréditaire un bien qui suit l'héritier. Je ne puis cette année que poser la difficulté sans la résoudre. Il se peut cependant que deux suggestions soient possibles: ou bien ce nom, quoique déjà très ancien, puisque les XII Tables le citent, est une nouveauté, comme nous le verrons, le nom d'heres donné aux descendants prenant ab intestat la part dans le bien de famille ou bien on serait peut-être tenté de revenir à une étymologie qui fut en faveur chez les anciens. On peut objecter que les philologues modernes repoussent cette étymologie. D'après elle, heres trouverait son origine dans un autre mot voisin, qui est "erus" et qui signifie maître. Dans le nouveau Gaius nous trouvons: "herctum enim dominium et unde erus dominus est". Herctum veut dire propriété, et de là erus veut dire dominus. Et Festus V° "heres, apud Antiques pro domino ponebatur". Heres, chez les anciens, était dit pour propriétaire. Nous pourrions dire alors qu'hereditas et heredium sont deux mots provenant d'une signification commune, mais de formation indépendante. L'hereditas, c'est ce qui revient au maître, à celui qui reçoit la potestas. L'heredium, c'est la maison du maître. Je signale seulement cette idée sans insister et sans en prendre la responsabilité, n'ayant pas eu le temps nécessaire cette année pour faire des recherches personnelles à ce sujet.

Mommsen s'était heurté à ces objections et proposait deux suggestions: Droit public 6.I.p.25. Puisque, dit-il, le langage et le fond des choses semblent exclure absolument les immeubles de la propriété individuelle, ce fut le régime primitif (c'est-à-dire que les meubles étaient seuls objets de propriété) et la propriété foncière qui est réduite à l'heredium nous présente peut-être une seconde phase. Pour-

tant il se peut que les esclaves et le bétail aient eu plus d'importance pour les gens fortunés que leur petit enclos, et que celui-ci n'ait été négligé qu'à cause de cela dans les formules.

Nous préciserons à notre tour ce point de vue. Si les formules ont négligé l'enclos pour ne s'appliquer qu'aux objets mobiliers, ce n'était point à cause de son peu d'importance, mais c'est parce que les formules ont été créées en vue des actes de disposition, et que de l'enclos il n'était ni nécessaire ni possible de disposer. C'est pourquoi il n'était pas encore à l'époque gentilice un objet de propriété. L'est-il devenu avant la terre elle-même ? Il est possible, et pour les mêmes raisons, qu'il le soit devenu dans une seconde phase, comme ces terres, et d'ailleurs avant la loi des XII Tables.

Chapitre IX.

LA SUCCESSION AB INTESTAT DANS L'ANCIEN

DROIT CIVIL.

Texte fonda-
mental, XII Ta-
bles V, 4.

Le texte fondamental et unique pour la succession ab intestat dans l'ancien droit est le texte des XII Tables, que nous avons déjà souvent cité. 5.4. "Si intestato moritur, cui heres suus nec escit, agnatus proximus familiam habeto, si agnatus nec escit, gentiles familiam habento". X Si quelqu'un meurt intestat, sans héritier, que l'agnat le plus proche ait la familia, s'il n'y a pas d'agnat, que les gentiles aient la familia. X Nous aurons l'occasion de faire remarquer les conditions particulières dans lesquelles se présente ce texte. Nous voyons que la succession testamentaire et la succession ab intestat de l'heres suus, ne sont pas formellement consacrées par la loi des XII Tables. Elles sont supposées existantes. La disposition légale porte sur l'agnat et sur les gentiles. C'est que la loi des XII Tables n'est pas un statut général de la succession. Les législateurs des XII Tables n'ont pas, comme les législateurs modernes, le sens de l'abstraction, le sens du général. Ils ne prennent pas en son entier l'institution pour en poser les principes et les règles générales. Ce sont les détails qui les frappent, soit la règle nouvelle qu'il s'agit d'introduire, soit la règle contestée ou peu sûre qu'il paraît utile de préciser par

ce qu'un long usage ne l'a pas encore consacrée et qu'elle est relativement nouvelle. La loi des XII Tables laisse de côté les règles certaines ou les suppose comme allant de soi.

Les 3 ordres de successeurs ab intestat.

Le texte nous indique trois ordres de successeurs ab intestat, qui recueillent les biens du défunt. Chaque ordre exclut par sa présence et par son acceptation l'ordre inférieur. Le premier est l'ordre des descendants, les heredes sui. S'il n'y a pas de descendant, c'est l'agnat le plus proche qui aura la familia, et s'il n'y a pas d'agnat, la familia reviendra aux gentiles, à la gens. Examinons successivement chacun de ces trois ordres.

§ I- Les heredes sui.

La première question, à laquelle il faut répondre, est de distinguer à quel moment s'ouvre la vocation héréditaire de l'heres suus?

I°- Vocation héréditaire de l'heres suus.

Interprétation courante du texte des XII Tables comme prouvant la prééminence de la succession testamentaire.

La loi des XII Tables présente cette vocation d'une façon assez singulière. "Si intestato moritur, cui heres suus nec escit". Pour la plupart des auteurs, ces paroles confirment la prééminence de la succession testamentaire. La première supposition de la loi est s'il n'y a pas de testament, la deuxième supposition, c'est s'il n'y a pas d'heres suus. Alors dans ce cas, la disposition légale, la mesure prise par la loi, c'est que l'agnat le plus proche ait la familia. D'où l'ordre suivant dans les successions.

- a) l'héritier testamentaire.
- b) Les heredes sui.
- c) les agnats.

Variabilité de la date à laquelle s'ouvre la succession ab intestat.

Cet ordre est la règle certaine du droit classique. La succession ab intestat en effet en droit classique ne s'ouvre que s'il est certain qu'il n'y a pas de succession testamentaire. La conséquence importante de cette règle, c'est que la date à laquelle s'ouvre cette succession ab intestat, n'est pas uniforme: ce peut être la mort du de cuius, s'il n'y a pas de testament, ou encore si le testament est injustum, c'est-à-dire s'il n'a pas été fait suivant les règles, ou si le testament est ruptum, par survivance d'héritier sien ou par révocation, ou enfin si le testament est irritum, par la capitis deminutio du testateur. Mais cette date d'ouverture de la succession ab intestat peut être aussi une date postérieure. S'il y a un testament et que l'héritier répudie la succession, la succession ab intestat ne s'ouvrira qu'à

la date de la répudiation. S'il y a une institution conditionnelle, la succession ab intestat ne s'ouvrira qu'à la date, qui peut être très éloignée de la mort, où la condition fait défaut.

Dans ces différentes hypothèses, c'est à la date d'ouverture de la succession qu'il faut se placer pour apprécier ceux qui seront les héritiers ab intestat. Ce sont ceux qui sont vivants et capables d'être héritiers, non pas à la mort du de cuius, mais à la date d'ouverture de la succession. Institutes 3.1.7.: "Cum autem quaeritur, an quis suus heres existere potest, eo tempore quaerandum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse, quod accidit et testamento destituto". Pour savoir si quelqu'un peut être héritier sien, on doit se reporter à l'époque où il est certain que le défunt est mort sans testament, ce qui est vrai aussi pour le testament abandonné. Le testament destitutum ou desertum, c'est celui qui existe, mais qu'aucun héritier n'a voulu ou pu accepter.

Cette règle, que nous venons d'examiner, est une règle singulière, tout à fait différente de celle du droit français et qui montre mieux que tout le caractère subordonné de la succession ab intestat.

Autre interprétation d'après laquelle les XII Tables prouveraient que celui qui a un héritier sien ne peut faire de testament.

Mais la formule employée par les XII Tables a donné lieu à une interprétation plus subtile. Cette interprétation a été soutenue par ceux qui pensent que la prééminence de la succession testamentaire n'est pas primitive. Dans cette interprétation ils voient dans la loi des XII Tables une confirmation à leur conception. "Si intestato moritur, cui heres suus non escit" est ainsi traduit par eux : Si celui qui n'a pas d'héritier sien meurt ab intestat, la phrase incidente détermine pour eux la qualité du sujet de la phrase principale, et ils concluent que, seul, peut faire un testament celui qui n'a pas d'héritier sien, par une espèce de renversement assez audacieux du sens et des paroles mêmes de la loi. Bien entendu les auteurs ne tirent pas de cette phrase la preuve de leur sens, mais étant donné la certitude où ils sont que le droit primitif ne peut comporter la liberté testamentaire en présence d'héritier sien, la loi des XII Tables n'est pas pour eux un obstacle et peut s'interpréter en leur sens. Ce sens donnerait alors l'ordre suivant :

- a) l'héritier ab intestat.
- b) L'héritier testamentaire.
- c) Les agnats.

Nous dirons simplement que cette interprétation n'est pas naturelle et peu vraisemblable. Elle ne respecte pas l'ordre des propositions, qui est aus-

si l'ordre du sens. Si quelqu'un meurt ab intestat, quelqu'un qui n'a pas d'héritier sien. C'est le sens le plus naturel, et c'est aussi l'interprétation traditionnelle. Ulpien, Digeste. 38.6.I. Principium. "Postea quam praetor locutus est de bonorum possessione ejus, qui testatus est, transitum fecit ad intestatos eum ordinem secutus est, quem est lex duodecim Tabularum secuta est". Le préteur, après avoir parlé de la bonorum possessio (c'est-à-dire de la succession prétorienne), de ceux qui ont fait un testament, passe à ceux qui sont morts intestats, en quoi il suit l'ordre qu'a suivi la loi des XII Tables.

La façon dont la loi est formulée suggère une explication beaucoup plus naturelle et très suggestive. Les decemvirs n'ont eu pour but ni de créer ni de confirmer la succession testamentaire et la succession des heredes sui. Ces deux successions existaient certainement et ne présentaient pas de difficulté. Aussi supposent-ils le droit et n'indiquent-ils leur vocation héréditaire qu'indirectement. La décision législative c'est la disposition qui donne la familia à l'agnat et après lui aux gentiles : familiam habeto, familiam habento. Et cette attribution de la familia à l'agnat, qui a besoin de la confirmation légale, il se peut que ce fût une nouveauté, non pas précisément une nouveauté complète, créée par les decemvirs mais un usage commençant, qu'il a paru nécessaire de confirmer et de consacrer dans la loi fondamentale, qui vient d'être émise. Il se peut que cet usage ait été, comme nous le verrons, en rapport avec l'évolution de la propriété et une conséquence de la création de la propriété individuelle ou familiale des immeubles.

2°- Les heredes sui et le caractère de leur vocation héréditaire.

Détermination
des heredes
sui.

Les héritiers siens sont les personnes qui étaient sous la puissance du défunt, et qui deviennent sui juris par sa mort. Ce sont donc d'abord ses enfants nés d'un mariage légitime, les fils, les filles non mariées cum manu. A ces enfants s'ajoutent les enfants adoptifs; s'ajoute aussi la femme du défunt. Si elle était mariée avec lui par un mariage cum manu, elle est loco filiae. Mais ne sont plus heredes sui du père de famille, parce qu'ils ne sont plus sous sa puissance, les filles mariées cum manu dans une autre famille, le fils émancipé ou donné en adoption à une autre famille. Parmi les petits enfants, ne sont heredes sui du paterfamilias, que ceux que sa mort rend sui juris, et par conséquent ce ne sont que les petits enfants dont le père est mort. Les autres, dont

le père est vivant, tomberont sous sa potestas à la mort du grand-père, et ne devenant pas sui juris, ils ne sont pas héritiers.

Tous les heredes sui viennent à la succession. Ceux du premier degré par parts égales - nous avons dit qu'il n'y a ni privilège pour l'aîné ni privilège pour les hommes - les héritiers des degrés inférieurs viennent aussi à la succession, mais pour la part de leur père seulement. C'est cette part qu'ils se partagent à leur tour en parts égales. C'est ce que l'on appelle le partage par souche. Ulpien, Regulae, 26.2. "Aequum est enim in patris sui in locum succedere et eam partem habere, quam pater eorum, si viveret, habiturus esset" X Il est équitable en effet que les petits-fils succèdent à la place de leur père et aient la part que leur père aurait eue, s'il avait vécu. X Nous avons dit qu'en droit classique les filles non mariées cum manu, par conséquent passées dans une autre famille, avaient leur part dans le patrimoine du père. Elles ont une part égale à celle de leur frère. La seule différence d'avec les hommes, c'est que si la femme peut être héritière, elle ne peut pas avoir d'héritier sien, car elle n'a pas de puissance, elle n'a donc pas de descendant sous sa puissance. Gaius 3.51: "Unquam enim feminae heredem suum habere possunt". Jamais les femmes ne peuvent avoir d'héritier sien.

Les femmes peuvent-elles être héritières?

Ont-elles toujours pu être héritières ? Est-ce notamment le droit de l'époque des XII Tables ? Nous voyons que les XII Tables parlent de l'heres suus, comme elles parlent de l'agnatus proximus, mais il n'est pas question de l'héritière et de l'agnate. Pour l'heres, l'interprétation étend le sens à la femme, à l'heres sua. Mais quelques indices nous restent que le sens primitif pouvait être plus rigoureux. Nous verrons la question avec celle de l'agnat, à laquelle elle est liée, et c'est d'ailleurs une simple hypothèse.

Fondement du droit successoral des heredes sui. Pourquoi sont-ils qualifiés de sui?

Beaucoup plus remarquable est la façon dont succèdent les heredes sui, et le fondement qui est donné à leur droit par les jurisconsultes classiques.

Nous ferons d'abord remarquer que le descendant n'est pas appelé purement et simplement héritier, heres, mais il est appelé par les textes "heres suus", et plus souvent encore simplement "suus". Cette désignation spécifique porte plutôt, comme importance, sur le second terme, suus, que sur le premier, heres.

Pourquoi cette appellation ? Parce qu'il est considéré comme continuant une propriété préexis-

tante, plutôt que comme succédant à des biens nouveaux à des biens n'étant pas à lui. Il est héritier de son même, il est heres suus, et il tire son droit de lui-même, et il est non pas héritier d'un tiers, heres ejus, tirant son droit du tiers qui le lui aurait transmis.

L'idée de copropriété de droit appartenant en propre à l'héritier sien dans les textes classiques.

Cette opinion est celle qui subsiste dans le droit classique, après des siècles de propriété individuelle. Elle est expressément indiquée par les jurisconsultes. Gaius 2.157. "Sed sui quidem heredes, ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et vivo quodque pater quodammodo domini existimantur". Les héritiers siens sont ainsi appelés parce que ce sont les héritiers de famille (domestiques), et que déjà du vivant de leur père ils sont considérés en quelque sorte comme propriétaires. Paul. 28.2.II. "In suis heredibus, evidentius apparet continuationem domini eorum perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo pater quodammodo domini existimantur.... Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem. Hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt : nec obstat quod licet eos exheredare, quod et occidere licebat". En ce qui concerne les héritiers siens, il apparaît clairement que la continuation de la propriété est poussée à ce point qu'il semble ne pas y avoir d'hérédité, comme si ces enfants avaient été autrefois propriétaires, et qui du vivant de leur père sont considérés en quelque sorte comme propriétaires. C'est pourquoi, à la mort du père, s'ils ne sont pas institués héritiers, ils sont propriétaires. On ne peut objecter que le père a le droit de les exhériter, car il avait le droit de les tuer. Le nom de l'héritier est nettement rattaché par les juriconsultes à l'idée de copropriété, à l'idée par conséquent d'un droit préexistant, d'un droit appartenant en propre à l'héritier sien. Qui ne voit que cette conception ne correspond pas à la définition de l'hereditas, donnée par les juriconsultes classiques, et souvent citée par nous ? Digeste 50.17.62. "hereditas nihil aliud est quam successio in jus quod defunctus habuit", l'hérédité n'est pas autre chose que la succession dans le droit qu'avait le défunt. Dans la notion de copropriété, il n'entre pas la notion d'une succession, d'une acquisition nouvelle, et il n'entre pas la notion d'une succession à un droit appartenant à une autre personne, quod defunctus habuit. La propriété continue, et ce qu'il y a de nouveau à la mort du père, c'est le droit au partage. Le père

n'étant plus là pour maintenir par son autorité l'unité du patrimoine, les fils peuvent demander que ce patrimoine soit partagé, et chacun d'eux continue à être propriétaire, mais de la part qui lui revient à lui seul. C'est bien expressément ce que dit Paul : en ce qui concerne les héritiers siens il apparaît clairement la continuation de la propriété.... A la mort du père il acquiert plutôt la libre administration des biens, - et le jurisconsulte va jusqu'au bout de sa pensée - il dit : "Ut nulla videatur hereditas fuisse", de sorte qu'il semble ne pas y avoir d'hérédité. "Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur", c'est pourquoi à la mort du père ils ne sont pas censés recueillir l'hérédité.

Je pense que ces paroles valent mieux que le sort qui leur est fait par les auteurs modernes. On les cite toujours, on s'en sert, ce sont les textes fondamentaux pour ceux qui soutiennent que la propriété familiale est la base de la succession, mais en même temps on les traite comme s'il ne s'agissait que d'amplification, sans signification réelle, d'une pensée vide de sens, car on n'en prend qu'une partie, l'affirmation de la copropriété, et on ne tient aucun compte de la seconde partie, l'affirmation de cette copropriété exclut la notion d'hereditas.

Appui fourni
par ces textes
à la conjecture
du domaine dis-
tinct de la suc-
cession testa-
mentaire à des
successions ab
intestat primi-
tives.

Pour nous, en essayant de leur donner tout leur sens, ils nous paraissent un appui très précieux pour la conjecture, que nous avons développée dans ce cours, à savoir que la succession testamentaire est aussi ancienne que la succession ab intestat, mais que leur domaine n'était pas primitivement le même, et que quand les deux domaines ont fusionné par l'unification de la propriété, la succession testamentaire a conservé la première place, elle a fourni ses cadres et son vocabulaire à la succession ab intestat. Mais le vrai et primitif héritier, c'est l'héritier testamentaire, c'est l'héritier institué. La plupart du temps dans le droit issu de la fusion des deux successions, l'héritier institué dans le testament est en même temps le suus, le descendant. C'est cette confusion constante qui a fait que le descendant est le premier des successeurs ab intestat à prendre le nom d'héritier, quoique, s'il s'est pas institué, son droit provienne, non de l'hereditas, mais de la propriété, "hac ex causa licet non sint heredes instituti, domini sunt", pour cette raison, quoiqu'ils ne soient pas institués héritiers, ils sont propriétaires.

S'il en est ainsi, à l'époque des XII Tables, si le descendant est appelé héritier ou plutôt héritier sien, il n'en est pas de même pour les autres successeurs ab intestat. Nous verrons que ni l'agnat ni

les gentiles ne sont encore appelés héritiers, et qu'ils ne sont pas encore héritiers. Je tiens à vous avertir que déjà un certain nombre d'auteurs ont soutenu que l'agnat des XII Tables n'est pas encore qualifié héritier. C'est donc une idée, qui a pour elle une certaine autorité. Au contraire, personne n'a encore osé soutenir que l'héritier sien a pu à une époque antérieure aux XII Tables ne pas être le véritable héritier, quand il partage avec ses frères les biens mobiliers du père. Au contraire, l'unanimité des auteurs le considèrent comme étant par excellence l'héritier type, l'héritier originaire, celui qui est le modèle et la première image de tous les autres.

Il nous a semblé qu'un essai de conciliation entre la succession testamentaire et la succession ab intestat amenait à d'autres vues, et que ces vues trouvaient une confirmation dans ces passages formels des jurisconsultes classiques, mais ces vues ont besoin d'être vérifiées et prouvées par des recherches plus approfondies dans d'autres domaines du droit successoral. Elles ont besoin avant de pouvoir être utilisées de se voir confirmer par l'autorité de l'imprimé. Je vous conseillerais donc, si dans les hasards d'un exposé ou d'une leçon ou même d'un travail plus important vous êtes tentés de vous en servir, de ne le faire qu'avec infiniment de prudence et de réserve, et surtout de ne pas en partir comme d'un axiome pour en tirer des déductions aventureuses.

L'antiquum
consortium.

Nous avons dit que la notion essentielle qui crée la propriété individuelle, c'est avec le droit de disposition de propriété le droit au partage des cohéritiers. Ce droit au partage est assuré par l'action *familiae erciscundae*, connue des XII Tables. Par cette action se fait le partage des biens corporels faisant partie de la *familia*. Nous n'aurons malheureusement pas le temps d'étudier cette action cette année.

Mais le partage peut être différé. Si les cohéritiers ne le demandent pas, ils continuent à vivre dans l'indivision, la copropriété familiale subsiste entre eux sous la forme d'une société. Cette société, c'est "l'antiquum consortium".

La société des cohéritiers a été remise à l'ordre du jour par les découvertes des passages du Gaius inédits du papyrus du Caire. Vous pouvez consulter la publication de Raymond Monier "Les nouveaux fragments des Institutes de Gaius et leur importance pour le droit romain", 1938. Cette société, ce consortium, était connue, mais le papyrus nous apporte sur elle des détails nouveaux et importants. Malgré que ce ne

soit pas strictement notre sujet, nous devons ici en dire quelques mots.

Gaius, dans son livre III, § 148 et suivants, parle du contrats consensuel de société, après avoir étudié les autres contrats consensuels de vente et de louage. Le manuscrit de Vérone en termine avec la société au § 154, avant de passer au mandat, par ces mots : "Sed haec quoque societas, de qua loquimur, id est quae consensu contrahitur nudo juris gentium est, itaque inter omnes homines naturali ratione consistit". Cette société, dont nous parlons, c'est-à-dire celle qui se contracte par simple consentement, est du droit des gens. C'est pourquoi elle existe entre tous les hommes, d'après le droit naturel, mais le papyrus du Caire donne une suite qui a été omise par le copiste de Vérone, qui est la suivante : "Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum. Olim enim mortuo patre familias inter suos heredes, quaedam legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur erctum, non citum, id est dominium non divisum: Erctum enim dominium est, unde erus dominus dicitur Ciere, autem dividere et unde caedere et secare et dividere dicimus. Alii quoque qui volebant eandem habere societatem poterant id consequi apud praetorem capta legis actione,. In hac autem societate fratrum ceterorumve, qui ad exemplum fratrum suorum societatem coierant, illud proprium erat quod vel unus ex sociis communem servum manu mittendo liberum faciebat, et omnibus libertum adquirebat; item unus rem communem mancipando.

La société
dans le vieux
droit romain
d'après les
nouveaux frag-
ments de Gaius.

Il est un autre genre de société particulière aux citoyens Romains. Autrefois, en effet, à la mort du père de famille, il était formé une certaine société entre ses héritiers, à la fois légitimes et naturels, qui était appelée "erctum non citum", c'est-à-dire propriété non divisée. Erctum est en effet la propriété, d'où le nom de "erus" donné au propriétaire. "Ciere" veut dire diviser. Nous disons aussi pour diviser "caedere" et "secare" (c'est-à-dire couper). Les autres aussi qui voulaient contracter une semblable société pouvaient le faire devant le prêteur en se servant de l'action de la loi. Dans cette société des frères et des autres qui se mettent en société à l'exemple des frères, il y a ceci de particulier, que même l'un des associés en affranchissant l'esclave commun le rendait libre et procurait l'affranchissement à tous. Il en est de même pour l'un d'entre eux mancipant une chose commune.

On connaissait l'existence de ce consortium entre les heredes sui, tant qu'ils n'avaient pas demandé le partage. Il avait déjà été étudié. Ce qui est

nouveau, c'est l'affirmation de Gaius que cette société pouvait être formée entre étrangers par un accord de volonté, dont la forme comportait l'utilisation de la *legis actio* devant le prêteur, c'est-à-dire vraisemblablement par une *in jure cessio*.

Quelle action de la loi était employée ? Moenier pense à l'utilisation de l'action *familiae eriscundae*, et d'une société fondée sur une fiction de fraternité entre amis.

Sans vouloir insister sur ces formes, qui seraient à étudier, deux résultats généraux très importants sont donnés par ce texte. Le premier est qu'il existe dans le très ancien droit une société, c'est-à-dire un contrat faisant naître des obligations réciproques entre les parties, ce qui écarte l'idée soutenue par beaucoup de romanistes de la génération précédente, que les plus anciennes obligations connues sont nées de délits et non de contrats. C'est une idée très importante pour l'origine de l'obligation.

Un deuxième résultat général, c'est que, à côté de la société du droit des gens, formation assez tardive du droit de bonne foi, n'existant pas avant le VI^e siècle ou VII^e siècle, il y a une société beaucoup plus ancienne venant du vieux droit civil, et qui a fusionné avec le nouveau contrat. L'année dernière, et l'année précédente, à propos de l'action *rei uxoriae*, j'ai émis l'idée dans ce cours de doctorat de droit romain approfondi, que parmi les obligations *ex fide bona* à côté des créations nouvelles du *jus gentium* il y avait tout un groupe d'actions plus archaïques venant du vieux droit civil et qui se sont fondues avec le droit plus moderne de la bonne foi, parce qu'elles avaient un caractère semblable. A propos de l'action *rei uxoriae*, j'ai essayé d'indiquer l'origine de ces anomalies dans des coutumes familiales, qui ont passé ensuite dans le droit civil. J'ai utilisé des textes de Cicéron pour l'action *rei uxoriae* pour l'action de fiducie et l'action de gestion d'affaire. Nous trouvons une confirmation très précieuse de ces idées dans la dualité des origines de la société, qui est prouvée ici par le nouveau fragment de Gaius.

Une autre nouveauté, qui est ici indiquée, c'est le pouvoir des co-associés. Entre les co-associés, la division est d'une nature spéciale, et elle permet, comme on le voit, à chacun des co-associés de disposer de la totalité du droit et de faire produire à cet acte de disposition des effets qui s'étendent à tous les co-associés.

Enfin, un autre intérêt de ce texte est de montrer l'importance ancienne, plus grande peut-être qu'on ne pouvait le penser jusqu'ici, de l'*antiqum consortium*, qui prolonge l'indivision, c'est-à-dire la copropriété entre frères, entre les descendants du défunt.

§ 2 - L'*agnatus proximus*.

Vocation de
l'*agnatus pro-*
ximus.

A défaut d'*heres suus*, la loi des XII Tables décide que la succession *ab intestat* est offerte en ligne collatérale à l'*agnat* le plus proche : "*si intestato moritur, cui heres suus nec escit, agnatus proximus familiam habeto*". Nous aurons à étudier :

1°- La signification et l'importance de la formule : *familiam habere*.

2°- Le caractère de la mesure législative prise par les XII Tables.

3°- Nous aurons à déterminer qui est l'*agnat* le plus proche, qui a le droit de recueillir la *familia*.

1°- Jus familiae habendae.

Pourquoi la
la loi des
XII Tables
ne lui donne
t-elle pas
le titre d'*he-*
res.

Tandis que la loi des XII Tables appelle le descendant, qui recueille la succession *ab intestat*, *heres suus*, elle dit seulement pour l'*agnat*, *familiam habeto*, et elle ne le traite pas d'héritier. Cette différence d'appellation a amené beaucoup d'auteurs modernes à conclure que si la loi des XII Tables n'appelle pas l'*agnat* héritier, c'était volontairement, c'était parce qu'il n'était pas considéré comme héritier. C'est une opinion qui tend à devenir l'opinion générale. Elle a été acceptée notamment par Cuq, Manuel, p. 718 par Appleton, le testament romain, p. 127 dans une note 3 Kniep, Gai *Institutiones*, 3.1. p. 151 Arangio Ruiz, *les gentes et la citta*, p. 62. *Istituzioni*, 2ème édition, p. 471. Perozzi, *Institutiones*, 2ème édition, 2. P. 457, Siber, *Romisches Privatrecht*, p. 330, Manigk, *hereditarium jus*... Pauly, *Wissowa* p. 630, Bonfante, *Scritti giuridici* I.P. 480, Scialuzzi, *droit héréditaire*, I.p. 50, Lenel, *Position juridique de l'agnat le plus proche et les gentiles dans l'ancien droit héréditaire romain*, Savigny Stiftung, 37, 1916, p. 129, Wlassak, *Studien*, p. 15.

Nous voyons réunis ici les auteurs, dont les conceptions sont les plus opposées, depuis Bonfante et ceux qui soutiennent ses conceptions sur le testament, jusqu'à ceux qui en sont le plus éloignés, com-

me Cuq, ou dernièrement Wlassak. C'est dire qu'ils ne sont pas d'accord sur les conclusions à tirer de ce texte. Au vrai, ils n'en tirent guère et ils se bornent à dire que le seul véritable héritier primitif, c'est l'heres suus, et que le collatéral prend la familia, non par droit d'héritage, mais par occupation, jus habendi, sans avoir au début le titre d'héritier. Bonfante dit que le mobile qui a fait qu'on ne l'appelle pas héritier est assurément une chose qui reste toujours obscure. Il trouve cependant plausible la conjecture que le concept d'hérédité conservé au temps des XII Tables soit un vestige de son caractère souverain. Il était contraire à ce qu'on appelle héritiers des gens étrangers à la famille, comme les agnats et les gentils, qui entrent en jeu justement quand les descendants directs font défaut, et qui ne succèdent à aucun pouvoir personnel. La remarque de Bonfante nous paraît juste. Le fait que l'agnat n'est pas qualifié héritier par les XII Tables est en rapport avec l'ancien caractère souverain de l'hérédité. Mais il semble que cette idée peut être précisée. Je pense que le fait que les XII Tables n'appellent pas encore l'agnat héritier, est un appui très précieux à notre essai de distinguer les deux domaines originaires différents de la succession testamentaire et de la succession ab intestat. Pour nous, je le répète encore une fois, le testament est aussi ancien dans son domaine que la dévolution légale. Son domaine primitif, c'est la désignation du nouveau chef du groupe par l'ancien, désignation qui a pour conséquence de lui donner l'autorité sur la terre, sur la propriété collective du groupe. Le successeur est l'héritier, comme l'indique la formule fatidique qui le désigne : heres esto, et l'hereditas primitive, c'est l'hérédité testamentaire. Au contraire, les objets mobiliers, la familia et la pecunia, après la mort du père, s'il n'en a pas disposé par une mancipatio familiae, sont partagés entre ses descendants. Ce partage dans la période gentilice n'est pas encore une hérédité, parce qu'il n'y a pas successio in jus, mais c'est un partage de copropriétaires. Une communauté ne peut plus subsister. De cet état primitif, avons-nous vu, un souvenir très net subsiste jusque dans le droit classique. Lorsque la propriété immobilière devient propriété privée par le partage des terres entre les différentes familles de la gens, les deux espèces de dévolution à cause de mort se rapprochent. Le paterfamilias acquiert le droit de faire un testament, et en même temps la familia recueillie et partagée par les descendants de

vient une hereditas, parce que les héritiers testamentaires et les successeurs ab intestat sont normalement les mêmes, c'est-à-dire les descendants, qu'il y ait eu testament ou dévolution ab intestat. Le descendant devient alors l'heres suus, et il est considéré comme l'héritier par excellence.

Il n'en est pas de même de l'agnat. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il est héritier testamentaire. Aussi, quand à défaut de descendant, la loi lui donne la familia, ce n'est que beaucoup plus tard qu'il sera considéré comme héritier, lorsque le souvenir se sera atténué de la diversité d'origine des deux successions et qu'il se sera produit une fusion complète dans les deux institutions et dans leurs règles. En droit classique la règle : agnatus familiam habeto, est interprétée par tous les jurisconsultes comme ouvrant une hereditas, mais à l'époque des XII Tables, il n'en est pas ainsi, et il s'agit d'une institution commençante et d'une règle nouvelle.

2° - Caractère de la mesure législative prise par les XII Tables.

Caractère im-
pératif de
la disposition
des XII Tables
attribuant la
familia à l'a-
gnat le plus
proche.

Le deuxième point qu'il faut préciser, d'après la formule des XII Tables, est le caractère de cette mesure. Nous avons déjà indiqué l'opposition existante entre les deux parties de la loi. En ce qui concerne l'héritier testamentaire et l'heres suus, la loi suppose une règle existante déjà connue et consacrée : si intestato moritur, cui heres suus nec escit. Nul doute que la familia n'appartienne à l'un ou à l'autre. Pas n'est besoin de leur donner. Au contraire, en ce qui concerne l'agnatus proximus et les gentiles, la loi édicte une règle impérative : agnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento. C'est donc qu'il s'agit d'une règle qui n'est peut-être pas absolument nouvelle, que l'usage a déjà tendu à établir, mais qu'il est nécessaire de consacrer, et de confirmer formellement dans la loi, parce qu'il s'agit d'un droit relativement nouveau. Notre hypothèse, et sur la gens, et sur la propriété immobilière, rend compte admirablement de la transformation qui s'est produite vers l'époque des XII Tables. Sous le régime gentilice, quand la familia ne comprenait que des objets mobiliers, instruments de travail et produits du travail, quand un père de famille mourait sans laisser de descendant et sans avoir disposé de son bien par une mancipatio familiae, il ne s'agissait d'ailleurs que d'une situation tout à fait exceptionnelle et anormale.

Il y avait un groupe d'objets, qui ne présen-

taient plus d'utilité, puisque la famille à laquelle ils servaient était disparue avec son dernier et unique représentant. Arangio Ruiz, *Institutes* II. p. 507, n'hésite pas à conjecturer que ces objets devenaient *res nullius*, ne pouvaient être acquis par *usucapio* par le premier occupant. C'est une *usucapio improba*, parce qu'elle ne demande ni juste titre, ni bonne foi. Néanmoins, elle est moins anormale, moins choquante qu'elle ne l'est devenue à l'époque classique, car elle se produit par hypothèse, ne l'oublions pas, dans un groupe fermé et étroitement solidaire, dans l'intérieur d'une gens et au centre d'un village où tout le monde connaît le mort et ses biens. Si donc un membre du groupe s'empare du bien en déshérence et en acquiert la propriété par une possession d'un an, c'est au vu et au su de ses voisins, c'est on peut le dire avec l'assentiment du groupe. Donc plutôt que l'*usucapio* du droit classique, cette *usucapio pro herede* primitive doit être rapprochée de l'acquisition de la *manus* par l'*usus*. Rien ne s'oppose d'ailleurs à ce que ce soit d'habitude le plus proche parent du mort, l'*agnatus proximus*, qui s'empare de son bien, du consentement du groupe, et en devienne légitimement propriétaire par l'occupation d'un an. Par cette *usucapio*, il n'acquiert pas seulement des objets corporels mais il est mis à la place du mort : il prend la charge de ses dettes et de ses sacra.

L'*usucapio*
pro herede
et son expli-
cation primi-
tive.

Cette conjecture est l'une des explications les plus plausibles d'une institution tout à fait singulière, dont le droit classique a conservé le souvenir, qui est l'*usucapio pro herede*. L'*usucapio pro herede*, dit Bonfante, *Corso*, 6, p. 222 et suiv., est l'institution la plus mystérieuse, la ruine la plus informe du passé, qui survit à l'époque historique du droit romain. Elle est indiquée sommairement, et incidemment par Gaius II. 52 à 55, à propos de l'*usucapio*. Après avoir parlé de la nécessité de la bonne foi, pour fonder l'*usucapio* classique, Gaius ajoute que quelquefois, au contraire, on peut *usucaper*, même sachant que l'on possède la chose d'autrui. C'est le cas, dit-il, de celui qui est en possession d'un bien héréditaire, dont l'héritier n'a pas encore pris possession. Cette *usucapio* s'appelle "*usucapio pro herede*". Elle a lieu par un an, même si le bien héréditaire possédé est immobilier. D'après la Loi des XII Tables, il faudrait dans ce cas, une *usucapio* de deux ans, mais l'*usucapio* d'un an suffit parce que ce qui est acquis par cette *usucapio*, ce n'est pas le bien particulier mais l'*hereditas* tout entière, le titre d'héritier.

D'où vient cette institution ? Gaius nous en

donne une raison. Gaius 11.55 "Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est, quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, et ut creditores haberent a quo suum consequerentur". × La raison pour laquelle une possession et une usucapion de toute façon impropre a été accordée, c'est que nos anciens ont voulu que les hérédités fussent acceptées plus vite, afin qu'il y ait quelqu'un pour accomplir les sacra qui, à cette époque, étaient très strictement observés, et pour que les créanciers trouvent quelqu'un à qui ils puissent réclamer ce qui leur est dû. × Ainsi, cette usucapio pro herede, d'après les veteres (c'est-à-dire, suivant la terminologie de Gaius, les jurisconsultes de la fin de la République) auraient eu pour but d'inciter à se déclarer l'héritier qui tarde à accepter la succession. S'il ne se décide pas à en prendre possession, un autre prendra sa place et usucapera le titre. Lehning, qui fut le premier auteur à étudier cette institution, l'appelle la "souricière de l'hérédité". C'est en quelque sorte comme un piège à rat par lequel l'ancien droit attirait l'héritier et le forçait à se décider. Il est bien évident qu'une explication de cette espèce n'a pu être donnée qu'à une époque où l'institution avait perdu son sens primitif. On l'a donnée pour expliquer une anomalie, qu'on ne comprenait plus, mais pour laquelle on cherchait une raison, même une raison spécieuse. Mais il est impossible de croire que telle a pu être la raison primitive de la création de cette institution. Ce serait une manière bien singulière de forcer l'héritier à prendre parti que de le dépouiller de son titre. Depuis Lehning, l'usucapio pro herede a été souvent étudiée, sans qu'on ait pu, en somme, réussir à éclaircir son mystère. L'explication, que nous en donnons ici, est peut-être la plus satisfaisante, mais elle a contre elle, entre autre objection, son nom même d'usucapio pro herede, puisque dans notre hypothèse à l'époque gentilice, qui est le moment supposé où l'institution avait sa pleine signification, celui qu'elle tend à remplacer, l'agnatus proximus, ou même le descendant, n'avait pas encore le titre d'héritier.

Parallélisme
entre la man-
cipatio fami-
liae et l'u-
sucapio pro
herede.

Vous remarquerez dans notre système le parallélisme entre la mancipatio familiae primitive et l'usucapio pro herede. Dans les deux cas, la familia du défunt est acquise à un tiers, soit par un acte d'aliénation émanant du défunt, soit, à défaut de cet acte, par usucapion. Ce parallélisme est celui qui existe dans les modes d'acquisition entre vifs, dont les

deux principales sont à cette époque la mancipation et l'usucapion. Mais dans la mancipation primitive, il ne s'agit pas d'hereditas, l'acquéreur n'est pas traité d'héritier, il est appelé "emptor familiae". C'est par une évolution postérieure que la mancipatio familiae est transformée en un testament per aes et libram et donne au véritable acquéreur le titre d'héritier. Il se pourrait qu'une évolution analogue se soit produite pour l'usucapio, et pour la même raison, par la confusion entre l'hérédité testamentaire et la dévolution ab intestat, entre l'hereditas et la familia. C'est alors seulement que les veteres de la fin de la République ont appelé cette usucapio familiae l'usucapio pro herede. Mais nous n'avons aucun appui de texte pour soutenir cette conjecture.

Différence de
fondement entre
le droit de
l'agnat et ce-
lui des here-
des sui.

Quoi qu'il en soit, s'il est possible de concevoir pour la période gentilice que la familia laissée par un père de famille décédé sans descendant devienne res nullius, cette situation devient impossible avec la transformation de la propriété immobilière. Le patrimoine privé du père s'augmente considérablement avec la terre, et il devient impossible de laisser l'ensemble de ce patrimoine en déshérence car, d'autre part, la solidarité de la gens disparaissant, la vie du groupe se séparant, l'usucapio pro herede change de caractère et pourrait être ouverte à tout membre de la cité et non pas seulement à un gentilice. Aussi, la loi décide de déférer à l'agnat le plus proche et à la gens la familia. C'est une mesure législative nouvelle qui peut-être d'ailleurs ne fait que suivre l'ancien usage permettant à l'agnat de prendre possession de la familia et de l'usucaper. La loi consacre cet usage et donne à l'agnat un droit d'occupation privilégié, dont l'effet est immédiat. Il se peut aussi que cette mesure ait été inspirée par l'idée encore proche de la propriété gentilice de la terre et de son retour à la gens. Michon, Nouvelle Revue Historique de Droit Français, 45, p. 115, pense que c'est à l'époque des XII Tables que l'agnat est venu s'intercaler entre les heredes sui et les gentiles, comme ayant droit aux biens du défunt. Il n'apporte que des appuis très faibles à sa conjecture, par ailleurs assez ingénieuse. Elle peut être rapprochée de la nôtre, tout en ne se plaçant pas aux mêmes points de vue. Cependant, devons-nous dire, ce droit de l'agnat et de la familia ne peut être considéré comme fondé sur l'idée de co-propriété, comme l'est le droit des heredes sui. Les auteurs ne parlent jamais de cette co-propriété, et elle manque d'appui dans les

institutions elles-mêmes. En effet, dans le droit classique, la différence essentielle qui subsiste entre les heredes sui et les autres héritiers, parmi lesquels les agnats sont les héritiers légitimes, fait que l'héritier sien acquiert l'hérédité de plein droit, dès l'instant où elle est ouverte, il l'acquiert même à son insu, s'il est incapable de vouloir. Cette règle est interprétée à bon droit, comme étant la conséquence et la preuve tangible de la co-propriété, de ce qu'il succède à des biens qui lui appartiennent déjà. Au contraire, l'héritier légitime et l'héritier testamentaire ne sont pas héritiers par le fait seul que la succession leur est déferée, il faut encore qu'ils l'acceptent, qu'ils fassent adition d'hérédité, dans les formes que la loi met à leur disposition pour manifester leur volonté. Ils acquièrent donc quelque chose de nouveau. Ils succèdent, et ce droit n'est pas basé sur une co-propriété. Ce droit est basé sur la loi.

3°- Détermination de l'agnatus proximus.

Les collatéraux.

Quels sont les agnats les plus proches à qui la loi des XII Tables donne le droit privilégié d'occuper la familia ? Ce sont, d'après le droit classique, les collatéraux, à défaut des descendants. Remarquons toutefois que c'est toujours la notion de potestas qui survit à son existence réelle et qui crée ici le lien. Sont agnats, en effet, tous ceux qui seraient soumis au paterfamilias si celui-ci existait encore. Ce sont donc les descendants d'un auteur commun, qui seraient placés sous son autorité, s'il était encore vivant. Ce qui exclut le parent par les femmes, les descendants des émancipés et des adoptés qui ne sont plus rattachés à la famille originaire de leur père.

Détermination de l'agnat le plus proche.

a) En déférant la familia à l'agnat le plus proche, la loi des XII Tables règle l'ordre dans lequel les collatéraux peuvent l'occuper. D'après le droit classique, il faudra donc calculer le degré, et seront appelés d'abord, s'ils existent, les frères ; si les frères n'existent plus, les neveux, puis enfin les cousins germains. M. Giffard, dans une communication à la Société d'Histoire du Droit, 14 Avril 1932, sur le sens du mot agnat le plus proche, soutient la conjecture que seuls les consanguins, c'est-à-dire les frères et les soeurs, sont appelés à recueillir la familia et que ce sont les seuls qui sont ainsi désignés par la loi des XII Tables comme étant l'agnatus proximus. Ce ne sont pas les agnats à tous les degrés. Un compte-rendu de cette communication a été donné par la Nouvelle Revue Historique, 1932, p. 386. Il s'appuie sur la règle que nous indiquerons plus loin, donnée par Gaius,

III, 23 et qui restreint, lorsqu'il s'agit de la femme, à la soeur seulement ce droit de recueillir la familia. Il pense que c'est avec la disparition de la gens que les degrés d'agnation ont été ainsi appelés les uns à défaut des autres. Cette conjecture, quoique n'ayant pas d'appui dans les textes, est assez séduisante et rentre très bien dans le cadre de nos explications.

Mais pour le droit classique, tous les degrés sont appelés les uns à défaut de l'existence du degré supérieur. S'il y a plusieurs agnats dans chaque degré, le partage se fait par tête, in capita, par tête de ceux qui existent au moment où la succession est ouverte.

Absence de représentation.

Le droit des XII Tables est un droit primitif, qui ne donne pas ici de véritable règle de succession et il en est résulté deux conséquences, qui subsistent jusque dans le droit classique.

b) Ce droit de l'agnat ne comporte pas de représentation. C'est purement et simplement ceux qui existent à l'époque de l'ouverture de la succession dans le degré. Par exemple, si le défunt avait eu deux frères et que l'un soit mort avant le défunt, laissant des enfants, qui sont les neveux du de cujus, le frère vivant prend toute la familia et il exclut les neveux qui ne prendront rien.

Pas de dévolution de degré à degré.

c) Il en résulte une règle encore plus brutale : la présence d'un agnat du degré supérieur exclut définitivement le degré inférieur. La succession n'est ouverte qu'une fois, sans dévolution de degré en degré. Que l'agnat accepte ou refuse, sa présence exclut les autres degrés. Gaius III. 11. "Non tamen omnibus simul agnatis dat lex duodecim tabularum hereditatem, sed his qui tum, cum certum est, aliquem intestatum decessisse, proximo gradu sunt". 12. "Nec in eo jure successio est, ideoque si agnatus proximus hereditatem omiserit vel antequam adierit decesserit, sequentibus nihil juris ex lege competit". X Ce n'est pas à tous les agnats ensemble que la loi donne l'hérédité, mais à ceux qui sont du plus proche degré, au moins au moment où il est certain que quelqu'un est mort intestat. Il n'y a pas de succession dans ce droit. C'est pourquoi si l'agnat le plus proche n'accepte pas l'hérédité, ou meurt avant d'avoir fait adoption, aucun droit ne revient aux suivants. X

Nature du droit de l'agnat.

Ces deux règles montrent que nous ne nous trouvons pas en face d'une hérédité organisée, d'une succession offerte à l'ensemble de la parenté, mais d'un droit d'occupation de la familia, qui est accor-

dé à l'agnatus proximus. Ces deux règles rendent vraisemblable l'hypothèse de M. Giffard, d'après laquelle primitivement il faut interpréter strictement la loi des XII Tables et ne voir dans l'agnatus proximus que réellement celui qui est le parent le plus proche, c'est-à-dire le frère.

d) droit des femmes agnates.

L'agnate peut-elle succéder dans les XII Tables ?

Cette interprétation si restrictive de la loi peut-elle encore continuer pour la détermination des personnes appelées à prendre la familia ? En parlant de l'agnatus proximus au masculin faut-il toujours, suivant strictement cette interprétation, exclure maintenant les femmes ? Le même problème se présente pour l'heres suus. Ce masculin excluait-il primitivement la fille ? A l'époque classique, on ne fait aucune distinction, il n'y a pas de privilège de masculinité. En était-il de même à l'époque ancienne ? Une raison assez convaincante de décider dans le sens de l'exclusion des filles, c'est que la règle est générale dans toutes les législations patriarcales. Que ce soit le droit chinois, le droit grec ou le droit germanique, et parmi les droits plus modernes, le droit kabyle, les filles sont en général exclues plus ou moins complètement de l'héritage paternel et de la succession collatérale. Notre notion de l'hereditas souveraine l'exclut aussi du titre d'héritier, quand ce titre avait sa valeur originaire, et même certains auteurs, comme M. Fliniaux dans son cours, voient dans le fait que la femme peut être héritière à Rome une objection décisive contre la théorie de Bonfante. La séparation que nous avons voulu établir entre l'hérédité testamentaire primitive et la succession ab intestat rend cette objection beaucoup moins décisive. Un assez grand nombre d'auteurs se fondant surtout sur la constatation du droit comparé nie le droit héréditaire des femmes dans le droit romain primitif. Par exemple, Stoianov, *Bulletino del Istituto di Diritto Romano*, 23, 81, Kooimann, *Fragmenta juris Quiritium*, p. 273, Siber *Haftung für Nachlass-Schulden*, p. 991, Westrup *la Succession Primitive*, p. 28, note 4, la Pira, *la Succesione Ereditaria*, p. 172, Segré, *Recherches sur le droit héréditaire*, p. 19. Un auteur de langue allemande, Brassloff, *Studien Zum Römischen Geschichte*, I, p. 35 à 129, après avoir passé en revue les raisons données pour et contre cette opinion, conclut que les deux opinions sont douteuses. C'est que nous n'avons pas de texte formel pour contredire le droit classique. Cependant, si l'examen des XII Tables, ou du moins de ce qu'il en reste, n'apporte pas de preuve décisive, nous y trouvons des indices qui sont plutôt en faveur

Quelques vraisemblances en faveur de leur exclusion.

de l'exclusion des femmes, et il semble assez vraisemblable que l'admission de celles-ci à l'hérédité a été une interprétation extensive du masculin donnée volontairement par la Loi des XII Tables.

Comparons, en effet, trois expressions de cette loi. Nous en trouvons deux dans le texte, que nous connaissons déjà. 5.4. Il est dit : "Cui heres suus nec escit". Le même texte dit encore : "Agnatus proximus familiam habeto". Dans un deuxième texte, nous trouvons une troisième expression au masculin 4.2. : "Si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto". Si le père vend trois fois son fils, le fils sera libéré de son père. Voilà donc trois désignations masculines dans la loi des XII Tables. Comment ont-elles été interprétées ?

Pour la première, pour l'heres suus, on l'interprète sans distinction, comme désignant aussi bien la fille que le fils, et le droit classique a entièrement perdu le souvenir qu'il y ait eu une distinction à faire.

Pour l'agnatus proximus, il comprend aussi la femme agnate, pour le droit classique, mais pas toutes les agnates. Une restriction, à première vue, assez arbitraire, mais très importante, est ici imposée. Gaius 3.14 "Quod ad feminas tamen attinet in hoc jure aliud in ipsarum hereditatibus capiendis placuit, aliud in ceterorum ab is capiendis: Nam feminarum hereditates perinde ad nos agnationis jure redeunt, atque masculorum; nostrae vero hereditates ad feminas ultra consanguineorum gradum non pertinent". En ce qui concerne les femmes, la règle est différente, quand il s'agit des hérédités venant d'elles et des hérédités qu'elles doivent recueillir, car les hérédités des femmes nous reviennent par le droit de l'agnation, de la même façon que celles des hommes, mais nos hérédités ne parviennent aux femmes que jusqu'au degré de frère et de soeur. Le jurisconsulte ajoute comme exemple : la soeur est héritière légitime du frère et de la soeur. Mais la tante et la fille du frère ne peuvent être héritières légitimes. Ainsi la désignation des XII Tables de l'agnatus proximus est bien étendue aux femmes, mais avec une limitation considérable, puisque seul le collatéral le plus proche, la soeur, est atteint. Gaius attribue cette règle à la Loi des XII Tables.

Il conclut, en effet, dans son exposé des successions en disant quelques paragraphes plus loin, § 18, que jusqu'ici les hérédités ab intestat, qu'il vient d'examiner, ont été réglées par la loi des XII

Tables. D'autre part, 3.23, il dit : "Item feminae agnatae quaecumque consanguineorum gradum nihil juris ex lege habent". De même les femmes agnates qui dépassent le degré de soeur n'ont aucun droit, d'après la loi. X

D'après le contexte, il paraît évident que cette loi ainsi désignée, c'est la loi des XII Tables. Cependant, Paul, Sentences, 4.8.20. a donné aux auteurs l'occasion de soutenir une autre opinion, car il dit que cette restriction a été admise par le droit civil pour la même raison que la loi Voconia, *ratione Voconiana*, et les auteurs admettent ordinairement que cette restriction de la vocation héréditaire des femmes serait donc postérieure à la loi Voconia, et amenée par elle. Il faut remarquer pourtant que le même Paul ne nous dit pas que cette loi Voconia, mais qu'elle vient du droit civil pour une raison semblable à celle de la loi Voconia, et Savigny, avec raison, indique que ce n'est pas une preuve pour permettre de soutenir que la mesure soit postérieure à la loi Voconia, elle peut être antérieure. Appleton, *Revue historique du droit*, 1929, p. 235, explique de la façon suivante cette restriction de la vocation héréditaire des femmes, qu'il attribue, lui aussi, à la loi des XII Tables. Il dit qu'entre frères et soeurs, entre consanguins, l'usage est de maintenir la copropriété familiale par l'*antiquum consortium*, par la société d'indivision, que le nouveau fragment de Gaius a remis à l'ordre du jour. Or, si l'un de ses co-associés meurt, les autres restent purement et simplement en possession de ses biens et, par conséquent, c'est encore par la copropriété familiale que leur droit est acquis. Ce ne serait donc qu'à défaut de consanguins que la loi des XII Tables désignerait l'agnat le plus proche pour recueillir la familia. Alors, cette loi devrait être en effet interprétée comme ne désignant exclusivement que des hommes. L'objection à cette explication est que le droit des consanguins, s'il était fondé sur l'*antiquum consortium*, comme le dit Appleton, serait un droit de copropriété, et les frères et soeurs, devraient être traités comme les *heredes sui*, sans avoir besoin de faire addition. Tandis qu'au contraire, le droit marque une différence radicale entre les *heredes sui*, c'est-à-dire les descendants d'une part, et tous les autres héritiers, qui sont obligés d'accepter la succession, de faire un acte de volonté pour l'acquérir, ce qui, par conséquent, ne suppose pas la co-propriété antérieure, ce qui même l'exclut.

Enfin, la troisième énonciation, en ce qui con-

cerne le fils vendu trois fois par le père, a été interprétée comme désignant le fils exclusivement et non pas la fille. Pour la fille, on suit une autre règle : une seule vente suffit pour qu'elle soit libérée.

Ainsi, trois énonciations où la loi emploie le masculin, comportent trois interprétations différentes. Dans la première, l'*heres suus* est étendu à toutes les femmes, dans la seconde, l'*agnatus proximus* ne désigne que la soeur, dans la troisième le *filius* ne désigne que le fils et non pas la fille. Il est donc vraisemblable que dans tous ces cas, le sens original était le sens strict, le masculin et l'extension du sens résulte de l'interprétation. Cela est d'autant plus vraisemblable que le silence de la loi des XII Tables contraste avec la manière plus précise de désigner, que nous trouvons dans les lois postérieures, par exemple dans la loi *Aquilia*, de *damno*, de 467. : "*Si quis servum servamve alienum alienamve injuria occiderit....*" Si quelqu'un a tué un esclave mâle appartenant à autrui ou une esclave femelle appartenant à autrui..., dans la loi *Cincia*, de *donationibus*, de l'an 550 "*Si quis cognatus cognata inter se..* Si quelque cognat, quelque cognate entre eux.. La même désignation précise est employée dans plusieurs *sénatusconsultes*, notamment le *sénatusconsulte Bachanal* : "*Neque vir neque mulier*". Le préteur, lui aussi, a soin d'indiquer *Patronus patronave, servus servave, etc...*". Ce mode général de parler dans les lois postérieures rend vraisemblable le fait que si la Loi des XII Tables n'emploie que le masculin, c'est volontairement.

e) Succession de l'affranchi.

Nous avons vu que la femme n'a pas d'héritier sien, parce qu'elle n'a pas de puissance. Pour elle, le premier rang de la parenté, c'est donc l'agnat. En effet, son propre fils, si elle est mariée *cum manu*, sera au point de vue de la parenté, au même rang que ses frères, puisqu'elle même est *loco filiae* pour son mari. Au contraire, l'affranchi n'a pas d'agnat. Il est le premier de sa famille. Son père naturel n'a pas sur lui de *potestas*, puisque par hypothèse, il est né en captivité. C'est son maître qui a cette *potestas*. Aussi, s'il meurt sans laisser d'héritier sien, ses biens reviennent à son patron, c'est-à-dire à celui de qui il a tiré sa liberté, son existence juridique. C'est la loi des XII Tables qui a posé cette règle, d'après Ulpien, *Regulae* 29.I. : "*Civis Romanis liberti hereditatem lex Duodecim Tabularum pa-*

L'affranchi n'a pas d'agnat. Attribution de ses biens à son patron, faute d'héritier sien.

trono defert, si intestato sine suo herede libertus decesserit". La loi des XII Tables défère l'hérédité du citoyen Romain affranchi à son patron si l'affranchi meurt intestat et sans héritier sien. La loi ne nomme que le patron. L'interprétation a étendu cette désignation à la "patrona" et aux descendants du patron.

§ 3 - Les Gentiles.

Rapport entre la vocation des gentiles et l'ancienne propriété gentilice de la terre.

La loi des XII Tables établit enfin un troisième ordre de successeurs, qui sont les gentiles : "si agnatus nec escit, gentiles familiam habento". Il est très probable que cette disposition a eu pour précédent et pour modèle l'ancienne propriété gentilice de la terre. A défaut d'autres successeurs privilégiés, la familia fait retour à la gens. Pas plus que l'agnat, la loi des XII Tables ne nomme les gentiles héritiers. C'est le droit postérieur qui parle d'hereditas. Nous sommes très peu renseignés sur cette succession. Gaius III. 17. : "Si nullus agnatus sit, eadem lege duodecim Tabularum gentiles ad hereditatem vocat, qui sunt autem gentiles ? primo commentario retulimus, et cum illic admonuerimus totum gentilitium jus in desuetudinem abiisse, supervacuum est hoc quoque loco de eadem re curiosius tractare". S'il n'y a pas d'agnat, la loi des XII Tables appelle les gentiles à l'hérédité. Qui sont ces gentiles ? Nous l'avons dit dans le premier livre, et comme nous avons fait observer à cet endroit que tout le droit gentilice est tombé en désuétude, il est superflu de traiter ici de la question de façon trop scrupuleuse. Nous serions nous, au contraire, curiosissimi de traiter cette question qui est loin de nous paraître superflue, mais nous n'avons aucune donnée pour le faire.

L'hérédité leur revient-elle en bloc ou séparément ?

On discute sur la question de savoir si l'hérédité revenait en bloc à la gens ou séparément à chaque gentilis. Tant que la gens a eu une individualité juridique, il est très probable que c'est à la gens elle-même que le patrimoine retourne. Mais quand, sous la République, elle a perdu son existence juridique, on ne voit pas comment elle pourrait être titulaire de ce patrimoine. Suétone, Vie de César, I, dit que Sylla dépouilla César de son sacerdoce, de la dot de sa femme et de ses héritages gentilices. Il semble résulter de cette indication que l'hérédité allait individuellement aux gentiles à la fin de la République. Nous ne savons ni dans quel ordre ni de

quelle manière, et il nous est impossible de nous le figurer. Cette institution est encore en vigueur à la fin de la République et au début de l'Empire. Cicéron nous parle d'un héritage gentilice dans les Verrines 1.45.115. Il nous dit qu'un certain Minucius est mort avant ce préteur (Vérres), que son testament était nul et de par la loi, l'hérédité revenait à la gens Minucia. Catulle enfin, 68.119.124, parle de "l'impia gentilis gaudia", de la joie impie d'une gens à cause d'une hérédité qui, d'après la loi, était attendue par elle. Mais sous Gaius, comme nous venons de le voir, la désuétude de l'institution est complète.

Chapitre V.

SUCCESSION PRETORIENNE.

LES BONORUM POSSESSIONES ET LES DIFFERENTS ORDRES D'HERITIERS.

L'insuffisance du régime successoral ab intestat du droit ancien.

Avec ce chapitre, nous disons un adieu définitif aux origines, à leur obscurité, mais aussi à leur intérêt, et nous retournons au droit relativement moderne, je veux dire au droit historique et classique, beaucoup mieux connu que le droit primitif. Nous avons pu remarquer que dans le droit primitif, la succession testamentaire était une institution beaucoup plus développée que la succession ab intestat, qu'elle avait des règles plus précises, plus générales, mieux adaptées à leur but et susceptibles de développement. Au contraire, la succession ab intestat est encore un droit barbare et insuffisant. En somme, il conserve tous les caractères d'un droit accessoire, ne fonctionnant qu'à défaut d'un autre plus fort. Son insuffisance se manifeste en ligne collatérale par la désignation d'un seul ayant-droit, l'agnat le plus proche, qui exclut tous les autres, et dont le refus non prévu laisse la succession en déshérence. Cette insuffisance se manifeste encore aussi bien en ligne directe qu'en ligne collatérale dans le principe même de la désignation des ayants-droit. Ils sont désignés par le lien artificiel de la puissance, qui ne coïncide pas avec les liens du sang, puisqu'il laisse de côté des parents très proches, au sens na-

Les réformes
prétoriennes
et leur origi-
ne procédura-
le.

turel du mot et unis à leur auteur à la fois par les liens du sang et par des liens d'affection, qui sont les deux principes sur lesquels en définitive repose la succession moderne. Ces liens, tout le développement du droit classique, tend à en faire reconnaître l'importance et l'autorité, malgré les principes différents de l'ancien droit patriarcal. Leur importance croît et va même jusqu'à imposer de nombreuses et sérieuses restrictions à la liberté testamentaire primitive. Or, les modifications nécessaires à apporter au droit ancien ne le sont pas par le droit civil, mais dans le droit nouveau, elles sont l'oeuvre du préteur. Ces réformes s'opèrent dans les formes spéciales à ce droit, par des moyens de procédure, puisque le préteur tout en n'ayant pas l'autorité d'abolir et de réformer le droit civil, a en main l'organisation de la justice, l'organisation des procès, et il trouve dans son pouvoir judiciaire la possibilité de tourner le droit civil en ayant l'air de le respecter et de consacrer des réformes entièrement nouvelles.

Cette origine procédurale du droit de succession prétorien lui donne une physionomie tout à fait caractéristique et qui est d'une façon générale, celle du droit prétorien. Les réformes de droit sont obtenues par des expédients de procédure, par des mesures de circonstance, qui laissent théoriquement subsister des principes anciens, tout en les annihilant pratiquement par des mesures de détail qui sont prises dans un ordre non logique. L'importance des réformes ne s'aperçoit que quand la réforme est faite par l'accumulation de ces moyens de fortune, mais cette réforme est finalement bien faite et d'une façon définitive, parce que ces mesures de fortune sont en réalité des mesures pratiques et de justice, qui ont été imposées par l'expérience et qui ont été consacrées par le magistrat. Ainsi peu à peu s'est élaborée par l'oeuvre de préteurs successifs, toute une hérédité de droit nouveau qui vient se superposer à l'hereditas civile et la remplacer sans en prendre le nom. Ce sont les bonorum possessiones. Elles établissent un système nouveau plus équitable que l'ancien et qui conduit à notre droit moderne. Nous étudierons successivement:

1°- L'origine des bonorum possessiones, la date de leur apparition.

2°- Les différentes catégories de bonorum possessiones.

3°- Les effets des Bonorum possessiones.

§ I - Origine et création des bonorum possessiones.

La théorie des bonorum possessiones trouve son origine dans les pouvoirs du préteur, et spécialement dans son imperium, c'est-à-dire dans son pouvoir de donner des ordres. Par la jurisdictio le préteur a le droit d'organiser le procès et de délivrer les formules. Dans l'exercice normal de son activité il donne dans la formule des instructions au juge pour fixer le point de droit et lui dire de quelle façon il remplira son office de juge. Mais le préteur est, comme le consul, le magistrat qui essentiellement a l'imperium, c'est-à-dire le pouvoir de donner des ordres et de les faire respecter par les moyens qu'il a en son pouvoir, par délivrance de formules d'action et d'interdits. Appliqué à l'administration de la justice, cet imperium est mis en action par quatre moyens principaux : d'abord au moyen des stipulations prétorienes. Avant de délivrer une action, le préteur force les parties à faire certaines promesses pour atteindre un but que le droit civil ne permet pas d'atteindre, et pour forcer les parties dans leur volonté, pour leur faire faire ces promesses par voie de stipulation, le préteur déclare qu'il ne délivrera pas l'action, tant que les promesses ne sont pas faites. L'exemple le plus remarquable de ces stipulations prétorienes, c'est la sponsio et restipulatio tertii partis, la promesse et la contre-promesse du tiers du principal, qui est faite au moment d'un procès par la voie de la condictio certae pecuniae. De par les principes du droit strict, il est impossible de réclamer à l'aide de la condictio une somme supérieure à celle qui est strictement due, et par conséquent dans le système de la condictio n'entrent pas des dommages et intérêts. Le préteur qui les a créés dans son droit de bonne foi les introduit dans les actions de droit strict, au moyen de cette stipulation permettant de réclamer à celui qui perd, non seulement la somme principale, mais un tiers de cette somme, à titre de dommages et intérêts. Si le défendeur perd le procès, il aura par la sponsio à payer un tiers du principal, à titre de dommages et intérêts, pour avoir introduit un procès non justifié.

2°- Les interdits.

Le deuxième moyen, ce sont les interdits. Par les interdits, le préteur défend de faire quelque chose. Les plus importants de ces interdits sont les interdits possessoires par lesquels le préteur défend de

troubler une possession. La procédure des interdits sanctionne ses ordres.

° - Les restitutions in integrum.

Le troisième moyen, ce sont les restitutions in integrum. Ici, le pouvoir du prêteur va à l'encontre du droit civil. Il déclare dans son édit qu'il examinera le cas qui lui est soumis et cognita causa, qu'il décidera ce ne pas tenir compte d'un état de droit, qu'il estime injuste, il fera comme si cet état n'avait pas été créé et comme si l'état antérieur subsistait toujours. Un exemple de restitution in integrum est celle qui est accordée au mineur de 25 ans, dans les cas où il aura été lésé par un acte juridique. Le prêteur décide qu'après avoir examiné cet acte, ayant constaté la lésion, il n'en tiendra pas compte.

° - Les missions in possessionem.

Enfin, quatrième moyen, ce sont les missions in possessionem, dans lesquelles entrent les bonorum possessiones à propos des successions, dont nous avons à parler. Toutes ces mesures sont promises dans l'édit du prêteur. Dans cet édit, il détermine les cas où il les prendra et les règles qu'il suivra dans leur exercice. Par la missio in possessionem, le prêteur autorise certaines personnes à s'emparer de biens, qui ne leur appartiennent pas, parce qu'il veut obtenir un certain résultat : ou bien pour attendre une question débattue, par exemple pour attendre que la question de la propriété soit tranchée, il remet provisoirement les biens à quelqu'un. Lorsqu'il s'agit de la possession d'un bien en particulier, ce sera la missio in rem ; lorsqu'il s'agit d'un ensemble de biens, d'un patrimoine, ce sera la missio in bona. En principe, cette possession est provisoire, en attendant le règlement définitif. Exemple en cas de damnum infectum ; lorsqu'une maison menace ruine, et peut, en tombant, causer préjudice aux voisins, le voisin d'après le droit civil n'a pas le droit de réclamer, tant que la maison n'est pas tombée, tant qu'il n'a pas subi de préjudice. D'autre part, le propriétaire est en droit de ne pas réparer sa maison. Pour porter remède à cette situation sans issue dans le droit civil, le prêteur envoie le voisin en possession du bien du propriétaire pour forcer celui-ci à réparer l'objet qui menace de causer un dommage, et il restera en possession et touchera les revenus, tant que cette maison ne sera pas réparée. De même, le prêteur envoie en possession des biens du débiteur insolvable ; les créanciers constatant cette insolvabilité demandent au prêteur une missio in bona pour organiser la vente de ces biens. Ils restent en possession tant que cette venditio bonorum n'a pas eu lieu. Par la vente aux enchères, la situa-

La protection
de la posses-
sion.

tion est réglée d'une façon définitive.

Mais l'exemple le plus proche, et très probablement né des mêmes besoins, c'est le système de la possession protégée par les interdits possessoires à côté de la propriété protégée par la revendication.

On sait que la propriété était protégée sous la procédure des actions de la loi par la revendication exercée sous la forme de sacramentum. Le sacramentum est une procédure double. Chacune des parties prétend être propriétaire et, en principe, doit faire la preuve de sa propriété. Avant que le procès soit tranché, l'objet en litige est remis dans la possession provisoire de l'une des deux parties, au choix du prêteur, moyennant la promesse de restituer garantie par les "praedes litis et venditiarum". Dans les débuts, le prêteur pouvait accorder la possession intérimaire à qui il voulait, par exemple, à celle des deux parties qui lui promettait de fournir des praedes. Mais il n'a pas été long à reconnaître l'avantage incontestable qu'il y a à être possesseur, car dans un procès la seule preuve utile, en fait de propriété, est la preuve apportée par celui qui n'est pas le possesseur car elle lui est nécessaire pour reprendre l'objet, tandis que le possesseur n'a qu'à attendre et garder l'objet, tant que cette preuve n'est pas faite. Aussi, le prêteur organise-t-il la possession, suivant certaines règles, qu'il s'engage à suivre. Et ces règles et cette possession ainsi réglées, sont consacrées par les interdits possessoires. Sous la procédure formulaire, il y aura donc normalement deux instances à l'occasion d'un procès de propriété ; une première instance préliminaire, tendant à déterminer la situation du possesseur à l'aide des interdits possessoires, et l'instance définitive par la formule pétitoire de l'action en revendication.

Origine probable de la bonorum possessio comme moyen de régler provisoirement le sort des biens héréditaires à propos d'une pétition d'hérédité.

Il est très probable que la bonorum possessio, en matière de succession, est née des mêmes besoins et à l'occasion d'un procès sur une hérédité contestée. Ce système a été soutenu pour la première fois par Fabricius, Ursprung Und Entweckelung der bonorum possessiones Berlin, 1837. Ce système est généralement admis aujourd'hui, notamment par Dernburg dans ses Pandectes, en Allemagne, par Girard dans son Manuel, 8ème édition, p. 844 en France, et par les auteurs italiens, notamment Bonfante, Corso, 6, p. 420. En matière de pétition d'hérédité, comme en matière de revendication, par conséquent, à l'occasion d'un procès, le prêteur décida d'accorder la possession des biens héréditaires à celui qui, à première vue, lui paraissait avoir le meilleur titre. Il accorde la possession des biens d'abord par un décret rendu par lui. Cette pos-

session est protégée par un interdit, l'interdit quorum bonorum. En principe, c'est une possession provisoire, jusqu'à ce que l'on soit fixé sur le titre d'héritier au moyen de l'action civile de pétition d'hérédité. Telle est l'origine la plus courante et la plus probable de la bonorum possessio.

Les B.P. dans
l'Edit.

Mais elle prend ensuite un développement et une importance au point de vue de son caractère définitif, beaucoup plus grands que la possession en matière de propriété. Cette bonorum possessio, le préteur la promet dans son édit dans toute une série de chapitres. De ces édits, nous n'avons plus grand chose, Justinien ayant profondément modifié les règles des successions. Il ne nous reste que quelques mots de la bonorum possessio unde legitimi, c'est-à-dire accordée aux héritiers légitimes, Digeste 38.7.1. Julien, livre 27 de ses Digestes : "Haec verba edicti : Tum quem ei heredem esse oporteret, si intestatus mortuus esset", ces paroles de l'édit : celui que le défunt aurait dû avoir comme héritier s'il était mort intestat. Mais par un certain nombre de textes de Cicéron, nous connaissons l'existence pour son époque des bonorum possessiones, et nous pouvons en conjecturer l'origine. Dans la seconde action contre Verrès, livre I, chapitre 45, Cicéron parle de 3 édits rendus par Verrès sur la matière des bonorum possessiones : deux quand il était préteur à Rome, en 684, le troisième comme préteur en Sicile.

Il en cite les termes. Les trois édits commencent tous ainsi : "Si de hereditate ambigitur...." si une succession est en litige et pour le second, Cicéron dit qu'il est translatiue, c'est-à-dire qu'il figure dans la partie que chaque préteur transmettait de préteur à préteur, qui s'oppose à la pars nova, qui est dans chaque édit de chacun des préteurs la partie contenant les dispositions nouvelles prises par lui. Par conséquent, ce second édit venait des prédécesseurs de Verrès et n'était pas nouveau. Enfin, pour le troisième, c'est l'édit que Verrès rendit en Sicile, à l'imitation des édits des préteurs urbains de Rome, in Sicilia de hereditatum possessionibus dandis edixit idem, quod omnes Romae, praeter istum. Ex edicto siciliensi : si de hereditate ambigitur...." En Sicile, Verrès publia par la suite sur la possession des hérédités, un édit semblable à ce que tous les préteurs à Rome ont publié excepté lui. Extrait de l'Edit de Sicile, si une hérédité est contestée... X D'après les termes mêmes de ces édits, qui sont les plus anciens connus, la première hypothèse prévue par le préteur, c'est qu'il y avait un procès sur l'hérédité.

La bonorum possessio originale ne préjuge donc

pas en principe du droit de l'héritier, qui sera reconnu par la *petitio hereditatis* comme la propriété est reconnue par la revendication, mais elle accorde une possession provisoire à celui que le préteur considère comme ayant le plus de chance d'être l'héritier véritable, et il lui accorde aussi un avantage supplémentaire important, il lui donne une situation favorisée. La plus ancienne des *bonorum possessiones* est ainsi créée *juris civilis confirmandi gratia*, pour confirmer le droit civil. *Institutes* 3,9,1. "*Aliquando tamen neque emendandi neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia colligitur bonorum possessionem*". Quelquefois cependant, le préteur accorde la *bonorum possessionem*, non pas pour parfaire le droit civil ou pour le combattre, mais pour le confirmer. La *bonorum possessio* qui répond à cette définition, et qui est aussi celle qui apparaît la première, c'est la *bonorum possessio unde legitimi* accordée aux héritiers civils, tels qu'ils sont définis par le droit civil. Elle est donnée donc "*juris civilis confirmandi gratia*". En 684, l'année de la préture de Verrès, cette *bonorum possessio* est connue depuis déjà longtemps. Cela résulte du deuxième discours contre Verrès, chapitre 44: *Posteaquam jus praetorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus : si tabulae testamenti non proferrentur, uti proximum quemque potissimum heredem esse oporteret, ita secundum eum possessio daretur... hoc vetus edictum translatitiumque esse.*" Depuis que le droit prétorien a été constitué, ce droit a toujours été observé par nous. Si les tablettes du testament ne sont pas reproduites, alors dans l'ordre de préférence, où le plus proche parent devait être héritier, la possession lui est donnée. Et cet ancien édit est translatif.

Cette possession n'empêchait pas l'héritier testamentaire, s'il y en avait un, de produire son titre et de réclamer l'hérédité par la pétition d'hérédité. Mais elle était fort utile à celui que le préteur appelait et lui donnait un moyen plus simple que la pétition d'hérédité de se mettre en possession des choses héréditaires. Et d'ailleurs, si l'héritier testamentaire ne réclamait pas, au bout d'un an, le possesseur avait une situation rendue définitive par l'*usucapio pro herede*.

Cependant, si le préteur s'en était tenu là, la *bonorum possessio* n'aurait pas eu plus d'importance que la possession, par rapport à la propriété, mais l'instrument était créé. Comme le droit civil apparaissait insuffisant, et même contraire à l'équité, le préteur n'eut qu'à employer cet instrument créé par lui pour compléter le droit civil, puis pour le réformer.

Constitution
progressive
du système des
B.P. confir-
mandi, sup-
plendi, corri-
gendi J.G. si-
ne re d'abord
puis cum re.

La loi civile parut insuffisante en ce qu'elle n'appelle à la succession que les agnats, les parents civils unis par un lien d'autorité avec le de cujus. Le droit civil ignore les cognats, parents par le sang, les parents naturels. Le préteur crée la bonorum possessio unde cognati, pour parfaire le droit civil ou pour le suppléer : la bonorum possessio emendandi ou supplendi juris civilis gratia. Par conséquent, les cognats ne sont appelés par le préteur qu'à défaut d'agnats ou si aucun agnat n'a demandé à être mis en possession de l'hérédité. Cette bonorum possessio unde cognati est connue de Cicéron. Il en signale une application en 688, *pro Cluentio* 60-165 : "Intestatum dico esse mortuum, possessionemque ejus bonorum praetoris edicto ipsius sororis filio data." ~~X~~ Je dis qu'il est mort intestat et que la possession de ses biens a été donnée par l'édit du préteur à ce fils de sa soeur, donc à un agnat. ~~X~~ Mais il semble que l'édit visé n'est pas encore l'édit définitif unde cognati, car dans les *Partitiones oratoires*, *partitiones oratoriae*, 29.98, Cicéron parlant des moyens oratoires propres au genre judiciaire nous dit : "Le genre judiciaire a pour but l'équité, non pas toujours l'équité en soi, l'équité absolue, mais parfois l'équité relative... Telles sont les causes où l'on demande une possession d'hérédité, qui n'est basée ni sur la loi ni sur le testament. Dans ces cas, on considère ce qui est le plus juste ou ce qui est juste au suprême degré". D'après ce texte, il semblerait que deux bonorum possessiones seules sont formellement reconnues et promises par l'édit du préteur : la bonorum possessio ex testamento, la bonorum possessio ex lege ou unde legitimi. Déjà, dans la deuxième action contre Verrès, Cicéron ne parlait que de la bonorum possessio secundum Tabulas et de la bonorum possessio unde legitimi, qui, toutes deux, sont confirmandi juris civilis gratia.

Comment concilier ce passage avec celui du *pro Cluentio*, où la possession a été donnée à un cognat ? On peut dire, comme le fait Girard, p. 898, numéro 3, qu'à côté des deux bonorum possessiones formellement promises par le préteur, il y avait une clause intermédiaire plus vague dans l'Edit où le préteur réservait le droit de donner la bonorum possessio à celui qui lui paraîtrait le plus digne. En vertu de cette clause, il a pu la donner au fils d'une soeur, à un cognat. Les préteurs postérieurs précisent et ils créent la bonorum possessio unde cognati.

Reste enfin le cas le plus grave : corriger le droit civil. Sur un point au moins l'ancien droit civil paraît injuste. Parmi les enfants, les émancipés et

leurs fils sont écartés de la succession paternelle ; le lien d'autorité étant rompu, le lien d'agnation est rompu avec lui. Les rappeler à la succession, ce n'est pas compléter le droit civil, c'est le combattre. Et nous nous trouvons ici en face d'une bonorum possessio impugnandi juris civilis gratia. Le préteur crée dans ce cas, la bonorum possessio unde liberi, qu'il accorde à tous les enfants, non pas seulement à ceux que la loi appelle comme héritiers, mais aux enfants émancipés et à leurs descendants. Cette bonorum possessio n'est pas connue à l'époque de Cicéron. Celui-ci n'en parle pas. Et les textes que nous venons de citer montrent qu'il y avait deux bonorum possessiones, ex testamento, et unde legitimi, qui sont connues. Par conséquent, ni la bonorum possessio unde liberi, ni la bonorum possessio unde vir et uxor, ne sont connues à cette époque. Mais elles sont déjà créées au moins à l'époque de Labéon, c'est-à-dire au début de l'Empire, car Labéon connaît la bonorum possessio donnée aux enfants contre le testament. Digeste 37,4,8. A plus forte raison, puisqu'il appelle les liberi même contre un testament, sans distinguer les fils émancipés des autres, appellera-t-il les liberi émancipés en concours avec les heredes sui, lorsqu'il n'y a pas de testament. L'activité créatrice du préteur s'arrête à cette époque, et le droit nouveau est créé dorénavant par l'empereur, par des sénatusconsultes ou des constitutions impériales. Puisque la bonorum possessio unde liberi et la bonorum possessio unde vir et uxor existent dans l'édit qui devient translatif tout entier avec l'Empire, c'est qu'elles avaient déjà été créées auparavant.

Quoi qu'il en soit, le préteur entre avec la bonorum possessio unde liberi en conflit avec le droit civil. Ce n'était pas le cas dans la bonorum possessio unde legitimi, où il ne faisait que le renforcer. Ce n'était pas non plus le cas dans la bonorum possessio unde cognati, où il n'appelait les parents civils qu'à défaut des agnats, mais dans la bonorum possessio unde liberi, il met les enfants émancipés en conflit avec les sui restés sous l'autorité du père, et aussi avec les agnats.

Comment règle-t-il ce conflit ? Incontestablement, le dernier mot lui est resté. En ce sens, dans le dernier état du droit prétorien, le préteur impose les émancipés, et aux sui et aux agnats, et s'il les fait concourir avec les sui, il les préfère aux agnats. Mais il semble d'après ce qui s'est passé dans un domaine voisin, dans le domaine du testament, que ce triomphe n'a pas été obtenu d'emblée. Suivant une méthode prudente, le préteur procède par étapes. C'est

ce que nous indique l'exemple de la bonorum possessio secundum tabulas. Nous avons vu que le prêteur donne une bonorum possessio à l'héritier testamentaire qui lui présente les tablettes signées de sept témoins, sans s'occuper si toutes les formalités du testament civil, du testament per aes et libram ont été accomplies sans s'occuper non plus s'il n'y a pas eu d'autres testaments faits postérieurement et matériellement détruits, ou bien faits simplement oralement, nuncupatifs.

J.P. d'abord
sine re puis
cum re.

Ces tablettes avec les sept témoins, c'est ce qu'on appelle le testament prétorien. Mais cette bonorum possessio était donnée d'abord sine re, s'il ne se présente aucun héritier civil préférable. Elle réserve donc la petitio hereditatis de l'héritier civil, qui peut faire déclarer le testament nul au point de vue civil, ou elle réserve aussi la préférence qui doit être donnée à un héritier testamentaire civil, si son testament nuncupatif est postérieur à celui qui a été présenté au prêteur.

Puis, faisant un pas de plus, le prêteur donne la bonorum possessio cum re. Ces tablettes reconnues par lui, il leur accorde une préférence absolue au point de vue du droit prétorien. Il repoussera la pétition d'hérédité par une exception insérée dans son édit. Une évolution analogue a dû être celle de la bonorum possessio unde liberi. Il l'a donnée d'abord sine re. Par conséquent, l'émancipé conservera les biens, s'il n'y a pas de sui et d'agnats, ou si ceux-ci ne réclament pas. S'ils intentent la pétition d'hérédité, l'émancipé succombera. Puis le prêteur la donne cum re, c'est-à-dire qu'il promet une exception à l'émancipé contre les sui et les agnats, qui prétendraient par la pétition d'hérédité se réclamer du droit civil pour écarter l'émancipé.

A quelle date cela se produisit-il ? D'après Girard, au milieu du I^{er} siècle après J.C. Car à cette époque, le droit romain connaît une institution qui suppose le concours entre les sui et les émancipés : c'est la collatio bonorum. Par la collatio bonorum, pour participer à l'hérédité, les enfants émancipés doivent rapporter à la succession les biens qui leur ont été donnés ou qu'ils ont acquis depuis l'émancipation et qui leur sont restés propres. C'est une règle d'équité, car les biens qui ont été donnés aux sui ou qui ont été gagnés par eux pendant cette période, sont tombés dans le patrimoine familial, puisque ceux-ci sont sous l'autorité du père. Il faut donc, pour accorder un droit de succession aux émancipés, commencer par leur faire rapporter les biens, qui

auraient été biens familiaux, s'ils étaient restés dans la famille. Mais cette règle démontre le concours entre les *liberi* et les *sui*. En somme, au début de l'Empire, le droit prétorien des *bonorum possessiones* est entièrement constitué et ne progresse plus.

§ 2 - Différentes catégories de *bonorum possessiones*.

Au moment où le système est complet, où toutes les *bonorum possessiones* sont créées, c'est-à-dire au premier siècle de l'Empire, nous nous trouvons devant un véritable système de succession, système beaucoup plus complet que le droit civil. La *bonorum possessio* est offerte par le préteur à différentes catégories d'appelés et dans un certain ordre de préférence. Et chacun de ces ordres est appelé à défaut de l'autre. L'édit est appelé "*edictum successorium*". Les premiers appelés sont d'abord les descendants.

1° - *Bonorum possessio unde liberi*.

Descendants
légitimes ap-
pelés par cet-
te B.P.
heredes sui.

Les descendants qui sont visés ici sont seulement les descendants légitimes, c'est-à-dire nés dans le mariage. Ce sont d'abord les *heredes sui*, comme pour le droit civil, c'est-à-dire les descendants nés dans le mariage et en même temps les adoptés et les adrogés. Mais le préteur rattache à la succession de leur père les enfants écartés de la famille par une *capitis deminutio minima*, à condition que ces enfants soient à la fois naturels et civils, et qu'ils ne fassent pas partie d'une famille nouvelle. Cette règle ramène à la succession du père, d'abord les émancipés, ceux qui ont rompu les liens d'agnation avec leur famille par l'émancipation, et les enfants ayant été adoptés dans une autre famille, puis émancipés par elle. L'adoption, en effet, crée un lien purement civil dans la famille nouvelle. L'enfant adoptif, qui a été rattaché à une autre famille par l'adoption, puis détaché de cette famille, à laquelle ne l'unissait qu'un lien purement civil, par une émancipation, aura la *bonorum possessio unde liberi* dans sa famille naturelle, parce que le lien naturel avec sa famille originaire a reparu.

émancipés.
Enfants donnés
en adoption
et émancipés.

Ordre dans le-
quel sont ap-
pelés les dif-
férents *liberi*.

Tous ces *liberi* sont appelés, suivant les règles du droit civil, c'est-à-dire par tête et par souche. Le premier degré est appelé par tête et le partage de la succession se fait en part égale entre tous les héritiers du premier degré. Les autres degrés sont appelés par souche. Dans chaque degré, les héritiers par-

tagent également la part qui leur revient de leur souche. Exemple : le père meurt laissant trois enfants. La succession se partage également entre les trois fils. Les trois fils vivants excluent les autres degrés, excluent les petits-fils qui n'héritent pas. Mais si l'un des fils est mort laissant trois enfants, ces enfants à leur tour, se partagent également entre eux la part qui serait revenue à leur père, c'est-à-dire le tiers qu'aurait reçu leur père, et il en est ainsi de suite dans tous les degrés.

Il y a cependant un cas spécial, que ne connaissait pas le droit civil, c'est un cas de concours dans la souche. Un père a été émancipé. Ce sont ses fils qui sont héritiers civils du grand-père. D'après une mesure qui a été ajoutée à l'édit par Julien au moment de la codification, la part qui doit leur revenir est partagée en deux. La moitié est remise au père émancipé, et les fils se partagent entre eux l'autre moitié de cette part.

2°- Bonorum possessio unde legitimi.

parents qui
bénéficient.

S'il n'y a pas de descendants, ou s'ils ne se déclinent pas à accepter la succession et à réclamer la possession, le préteur offre la bonorum possessio à tous les parents civils, à qui le droit civil accorde le droit de succession. Ces parents sont d'abord normalement les sui, et ils reprennent leur place théoriquement dans cette catégorie. L'explication de ce double emploi est que la bonorum possessio unde liberi a été créée la première. La bonorum unde liberi spécialise quelques-uns de ces legitimi, les heredes sui et les liberi. Après les sui, viennent les agnats, c'est-à-dire d'après le droit civil, l'agnat le plus proche, et suivant la règle du droit civil, la bonorum possessio est offerte au seul degré le plus proche. La présence d'un seul héritier dans le degré, même s'il refuse la succession, écarte définitivement tous les agnats du degré inférieur. Le droit civil ne connaît pas la dévolution de degré en degré qui est une innovation du préteur.

En ce qui concerne la succession de l'affranchi, l'affranchi qui n'a pas de descendant, ne peut pas avoir d'agnat, car il est le premier de sa famille. Ceux qui remplacent l'agnat, au point de vue du droit de succession, sont le patron et ses descendants. De même, dans la succession de l'émancipé, celui-ci aussi ne peut pas avoir d'agnat ; comme l'affranchi, il est le premier de sa famille. Celui qui remplacera les agnats sera donc le manumissor, considéré comme étant son patron, ainsi que ses descendants. En général, c'est son propre père qui s'est réservé l'affranchissement

qui suit les trois mancipationes. C'est le manumissor parens. Il aura droit à la succession légitime comme patron et non pas comme père. Si par hasard, c'est un tiers qui avait l'affranchissement, ce tiers devrait passer avant tous les autres parents : il s'appelle "manumissor extraneus". Mais ce serait contraire aux règles du droit prétorien qui veut reconnaître la parenté naturelle. Le préteur crée une bonorum possessio qui est appelée dans ce cas la bonorum possessio unde decem personae, parce qu'elle est offerte aux 10 personnes plus proches parents du défunt, et elle leur est offerte successivement suivant leur degré, au père et à la mère, au grand-père et à la grand-mère paternels et maternels, au fils et à la fille, au petit-fils et à la petite fille d'un fils ou d'une fille.

3°- Bonorum unde cognati.

Innovation
réalisée par
cette B.P.

Cette création est une innovation considérable. C'est elle qui crée le droit nouveau et la dévolution de degrés en degrés du droit moderne. La bonorum possessio unde liberi contient bien, en effet, une innovation contraire au droit civil. Elle appelle l'enfant émancipé au même titre que ceux qui restent dans la famille. Mais ni la bonorum possessio unde liberi, ni la bonorum possessio unde legitimi ne dérogent aux règles du droit civil, d'après lesquelles il n'y a pas de dévolution de degré à degré. En effet, si le fils refuse la succession du père, il n'y a pas de dévolution de succession à son fils, tant que le père est encore vivant. Celui-ci ne peut pas réclamer la succession du grand-père, car la mort du grand-père ne le faisait pas sui juris, et s'il acceptait la succession, elle ferait retour à son père, d'après les règles du droit civil. De même, en ligne collatérale, l'héritier est l'agnat le plus proche. Suivant les hasards des choses, l'agnatus proximus peut être d'un degré très proche, un frère, ou peut-être d'un degré très éloigné, petit cousin ou arrière petit-cousin, s'il n'existe plus personne dans les degrés plus rapprochés. Mais la présence et l'acceptation de cet agnat dans le degré le plus rapproché, quel qu'il soit, empêche la bonorum possessio unde cognati de s'ouvrir, car elle est offerte aux cognats à défaut d'agnats. Mais s'ils refusaient, ce refus n'ouvre pas de droit au degré inférieur des agnats. Après ce refus, il n'y a plus d'hérédité civile, et c'est alors que s'ouvrira la bonorum possessio unde cognati. Donc, le refus d'une succession par le frère, par exemple, malgré la présence de neveux ou de cousins, ouvre la bonorum possessio unde cognati. Dans cette bonorum possessio, on ne tient

Parents qui
peuvent la de-
mander.

compte que des liens du sang. Elle rattache donc à la famille cognatique tous les parents par le sang, ce qui permettra de demander la bonorum possessio unde cognati : d'abord aux agnats ; d'après la règle du droit civil, tous les agnats sont en même temps cognats. Donc les heredes sui et les legitimi étant aussi cognats pourront à leur rang réclamer la bonorum possessio unde cognati, s'ils ont laissé passer la date d'acceptation de leur bonorum possessio unde liberi ou unde legitimi. De même, l'agnat le plus proche sera rappelé comme cognat, mais il peut se trouver exposé à partager avec d'autres cognats du même rang que lui. Sont aussi appelés comme cognates les agnates non consanguines, au delà du degré de soeur. Nous rappelons que les XII Tables les excluaient de la succession civile.

Deuxièmement : sont aussi appelés à la succession les parents par les femmes. Ceux-ci ne sont que cognats et non pas agnats. Cette règle rattache à la famille par un droit de succession tout un groupe de parents qu'ignorait le droit civil.

Troisièmement : les descendants d'émancipés sont aussi appelés à la succession à titre de cognats. Voici encore toute une série de parents rattachés par des liens cognatiques après la disparition du lien civil.

Quatrièmement : les adoptés qui, étant dans une autre famille, n'ont plus le lien civil avec leur famille originaire restent cognats de leurs parents de la première famille, eux et leurs enfants. Le préteur, en créant la bonorum possessio unde cognati, n'a pas pensé qu'à ceux qui n'étaient que cognats. La base de cette parenté cognatique se trouve d'ailleurs toujours comme pour la parenté agnatique, dans les liens du mariage. Ce sont les descendants légitimes seuls qui sont appelés à en profiter.

Cinquièmement : la parenté naturelle pour les enfants hors mariage ne permettra que le rattachement de l'enfant à sa mère et des frères par la mère qui seront cognats, et qui auront donc droit à la bonorum possessio unde cognati. En ce qui concerne le père, il n'y a pas de filiation reconnue hors mariage.

Comment les
cognats sont-ils
appelés ?

Les cognats sont appelés par degré, et les parents du même degré excluent ceux du degré inférieur. Dans chaque degré, le partage se fait par tête. Si, dans un degré supérieur tous sont morts, ou si tous refusent la succession, elle est offerte au degré inférieur. Le calcul de ces parents dans chaque degré ne tient pas compte de la différence entre la ligne maternelle et la ligne paternelle. Les degrés n'ont une limitation que lorsque le préteur considère

que les liens du sang sont tellement atténués par l'éloignement qu'ils n'existent plus, pas plus que les liens d'affection. Le préteur appelle tous les cognats jusqu'à la sixième génération et au 7-me degré, les cousins et cousins issus de germains. Les Institutes 3,6, nous donnent la liste de tous les parents figurant à chacun de ces six degrés. Nous avons encore une liste plus complète au Digeste, 38,10, de gradibus cognatorum et nominibus eorum. Cette hérédité par rang finit par devenir très nombreuse et compliquée, car il faut compter à chaque degré trois lignes, la ligne ascendante, la ligne descendante et la ligne collatérale. Dans la ligne ascendante, il y a au premier degré les père et mère, pater et mater, au deuxième degré, l'aïeul, avus, le bisaïeul, proavus, le trisaïeul, abavus, le père du trisaïeul, atavus, et le grand père du trisaïeul, tritavus. En ligne descendante, chaque degré est constitué par le fils, filius, le petit-fils, nepos, l'arrière petit-fils, pronepos, le fils de l'arrière petit-fils, abnepos, le petit-fils de l'arrière petit-fils, adnepos, et l'arrière petit-fils de l'arrière petit-fils. En ligne collatérale, au second degré, ce sont les frères et soeurs, au troisième degré, les fils et filles des frères et soeurs, et oncles et tantes. Le frère du père s'appelle patruus, le frère de la mère avunculus, la soeur de la mère, matertera, la soeur du père amita. Au quatrième degré, nous trouvons le petit-fils et la petite-fille du frère et de la soeur, les grands oncles et les grandes tantes, etc... ainsi de suite jusqu'au 6ème degré. Les descendants de frères et soeurs sont appelés consobrini et consobrinae. Plus les générations s'éloignent et plus il y a de difficulté de réglemant entre les parentés. Le droit prétorien est resté incertain sur quelques points, sur lesquels nous ne pouvons donner de détails.

4°- La dernière des bonorum possessiones est la bonorum possessio unde vir et uxor.

Elle est accordée entre époux, à défaut d'agnats et de cognats, au conjoint survivant, dans un mariage sine manu. Les conjoints, dans ce mariage, ne sont pas parents, n'ont pas de droit d'hérédité. Au contraire, dans un mariage cum manu, la femme est loco filiae, elle aura donc une part d'enfant.

§ 3 - Effets des bonorum possessiones.

Différence
entre B.P. et
Hereditas.

La bonorum possessio forme un véritable système de succession, sans en avoir le nom. Cette succession n'est pas, en effet, une hereditas, et ceux qui y sont appelés par le prêteur ne sont pas appelés héritiers. Institutes 3,9,2. "Praetor heredem facere non potest, sed cum eis praetor dat bonorum possessionem loco heredum constituuntur et vocantur bonorum possessores". Le prêteur ne peut faire un héritier, et quand il leur donne la possessio des biens, ils sont mis à la place des héritiers et sont appelés possesseurs de biens. Les règles de la bonorum possessio aboutissent à les protéger aussi bien que les héritiers. Le prêteur, par un artifice de procédure, leur permet d'exercer tous les droits et tous les avantages des héritiers, et par des règles spéciales à la bonorum possessio, il leur donne des avantages supplémentaires. La bonorum possessio doit être formellement demandée au prêteur par l'intéressé. Il introduit une demande en termes sacramentels indiquant le droit qu'il a de la réclamer, c'est-à-dire qu'il fait partie de l'une des catégories visées. Le délai pour l'obtenir est un délai en principe de cent jours à partir du moment où la succession est déferée. Ce moment n'est pas toujours la mort du de cuius, car la bonorum possessio leur est offerte dans l'ordre de préférence. Elle est offerte d'abord à ceux qui ont un testament, bonorum possessiones secundum tabulas, puis aux enfants, après à l'agnat, et enfin aux cognats. Si celui à qui le prêteur donne la bonorum possessio laisse passer le délai, il est supposé y avoir renoncé et l'on passe au degré suivant. S'il est sûr qu'il y renonce dans un délai plus court, le degré inférieur peut déjà voir son délai commencer à courir. Ceci est une question de fait jugée par le prêteur. Le prêteur accorde la bonorum possessio, qui lui est demandée, sans vérifier le titre, car s'il y a contestation, il y aura un procès. Aussitôt qu'elle est accordée, la bonorum possessio protège l'intéressé par l'interdit quorum bonorum, qui est accordé contre toute personne qui voudrait le troubler en tant que bonorum possessor.

Situation du
B. Possessor
Actions ficti-
ces qui lui
sont accordées.

Nous avons dit que c'est une situation provisoire qui peut être modifiée par un procès sur le fond. L'héritier civil, en effet, n'a pas de délai pour accepter ou pour refuser la succession. S'il existe un véritable héritier civil ou testamentaire ou ab intestat, qui

s'est laissé distancer, qui est resté ou inconnu ou inactif pendant les cent jours, où il aurait pu demander sa bonorum possessio, il n'en peut pas moins revendiquer le titre d'héritier par une pétition d'hérédité. D'ailleurs, l'usucapio pro herede au bout d'un an vient rendre définitif le titre du bonorum possessor. Sauf ce caractère provisoire, le bonorum possessor a la même situation que l'héritier qui continue la personne du défunt. Il acquiert les biens, il est bénéficiaire de ses créances, et il est tenu de ses dettes. Pour lui permettre d'exercer tous les droits qu'aurait exercés le véritable héritier, le préteur a trouvé une solution très simple et ingénieuse dans un artifice de procédure. Toutes les actions, actions réelles et actions personnelles du défunt, qu'aurait pu exercer l'héritier, sont données au bonorum possessor avec la fiction qu'il est héritier. Le préteur appliquera donc purement et simplement son système d'actions fictives. La fiction ici sera : si heres esset, s'il était héritier, et il délivrera au bonorum possessor toutes les actions qui, d'après le droit civil, auraient été accordées à l'héritier, toutes les actions appartenant au défunt ; et pour éviter que le juge ne puisse écarter l'action, refuser de juger en disant que le bonorum possessor n'est pas héritier civil, le préteur lui ordonne dans la formule, de juger comme s'il l'était et de dire le droit. Par cette supposition, le préteur transpose dans un cas nouveau tout le droit civil ancien et, par conséquent, fait profiter sa création nouvelle de toute l'expérience et de toutes les mesures que le droit civil avait peu à peu créées pour l'héritier civil.

Chapitre XI

LES SUCCESSIONS AB INTESTAT DANS LE DROIT

IMPERIAL.

Avec l'Empire, s'arrête l'activité réformatrice du préteur, sans que son pouvoir soit officiellement transformé, mais avec le nouveau régime, il perd son indépendance et son esprit d'initiative. Les préteurs postérieurs à Auguste n'ont fait presque aucune création nouvelle. Quand ils en font une, ils le font sur l'invitation des autorités supérieures du prince ou du sénat. Dans l'édit la pars nova est nulle, la pars translata devient tout l'édit, que les préteurs se

Les réformes
du préteur

sont peu importantes pendant cette période.

contentent de reproduire de leur prédécesseur. Cet état de fait se change en état de droit sous le règne d'Hadrien 117-138. L'empereur charge un jurisconsulte, Julien, de codifier de façon définitive l'édit prétorien. Cet édit prétorien ainsi sans sa rédaction définitive devient un code, qui doit être affiché sans changement par le préteur à son entrée en charge. Aussi des modifications moins nombreuses et moins importantes que dans la période précédente se font d'une autre façon, par ses sénatusconsultes ou des constitutions impériales. Les réformes se font d'ailleurs dans la voie déjà tracée par le préteur et consacrent de plus en plus la reconnaissance du lien du sang. Ces réformes consistent surtout à prendre certains cognats privilégiés pour leur donner un rang supérieur, à des parents civils, à des agnats, en particulier, l'enfant est rattaché à sa mère et à sa famille maternelle.

§ I - Succession entre la mère et l'enfant

Sénatusconsulte Tertullien et Orfitien.

La mère héritière légitime de son fils.

Dans le système du droit civil, l'enfant né d'une femme mariée cum manu vient sur la succession de sa mère en concours avec les frères de la mère, car il a rang de frère de sa mère, puisqu'elle est loco filiae pour son mari. La femme mariée sine manu n'a aucun lien civil avec ses propres enfants, par conséquent, il n'y a pas de droit de succession entre eux. Dans le droit prétorien, l'enfant et la mère sont cognats, et le préteur leur accorde la bonorum possessio unde cognati, mais ils sont primés ici par tous les agnats. La présence d'un seul agnat, même du rang le plus éloigné, et qui accepte la succession, prive la mère de la succession de son fils et inversement. Le sénatusconsulte Tertullien rendu sous Hadrien donne à la mère un meilleur rang et en fait une héritière légitime à condition qu'elle ait le jus trium liberorum, ce privilège qui est accordé à la femme qui a eu trois enfants et aux femmes qui lui sont assimilées.

Concours de la mère avec la soeur consanguine.

A quel rang la mère viendra-t-elle dans la succession de son fils ? Nous trouvons avant elle les enfants, les liberi, puis le manumissor, qui a affranchi l'enfant, enfin le frère consanguin et la mère vient en concours avec la soeur consanguine, et elle passera avant tous les autres agnats. Elle a, en définitive, une situation un peu inférieure à la mère mariée cum manu puisque celle-ci vient en concours avec les frères

S.C. Orfitien
Les enfants
succèdent à
leur mère a-
vant tous les
autres agnats.

au lieu d'être primée comme elle l'est dans la succession du sénatusconsulte Tertullien. Le sénatusconsulte Orfitien rendu en 178 par Marc-Aurèle opère la réforme inverse. Il appelle les enfants à la succession de la mère, mais ici, il leur donne le premier rang avant tous les autres agnats. Le droit civil reconnaît ici, d'une manière complète, le lien naturel du sang, car il le reconnaît sans tenir compte du lien du mariage. Ceux qui sont appelés sont les enfants de la mère, quelle que soit leur naissance, qu'ils soient par conséquent issus ou non de mariage légitime. C'est donc une brèche très importante au droit civil ancien. D'autre part, ce sénatusconsulte crée héritier civil un cognat et fait passer par conséquent les liens de cognation avant les liens civils.

Cette réforme a eu un effet très important sur la capacité civile des *alieni juris*. En effet, l'enfant est déclaré héritier civil de sa mère, qu'il soit *sui juris* ou *alieni juris*, mais s'il est *alieni juris*, c'est-à-dire s'il est placé sous l'autorité de son père, d'après le principe du droit civil, il ne peut pas conserver le bénéfice de cette hérédité. L'hérédité qu'il reçoit de sa mère passe dans le patrimoine du père, où elle se confond avec les autres biens. Il n'est même pas sûr que ses biens reviendront à la mort du père au fils car, indépendamment de la liberté qu'il a de les donner par testament à un tiers, ce fils de la mère sera en partage avec tous ses autres frères sur l'ensemble de la succession, par conséquent aussi bien sur les biens qui lui viennent de sa mère. Cette situation anormale dura longtemps. Constantin fut le premier à décider par une constitution de 319 que les enfants, même *alieni juris*, garderaient en propre les biens maternels. Code 6,60,1. Cette constitution accorde la nue propriété des enfants, et la jouissance et l'administration des biens au père. Elle crée la théorie des *bona adventicia*, qui a été déjà préparée par les théories voisines du *pécule castrens* et du *pécule quasi-castrens*. Ainsi, les principes les mieux établis du droit patriarcal sont peu à peu détruits par les idées nouvelles. Grâce à cette théorie des *bona adventicia*, la conception primitive de l'unité du patrimoine familial était définitivement rompue.

Le mouvement continue dans les constitutions impériales. D'abord, ce qui est fait pour la mère et l'enfant est étendu pendant l'Empire aux autres parents en ligne maternelle. Valentinien, Théodose et Arcadius, dans une constitution de 329, qui est au Code Théodosien 5,1,4, étendent le droit de succession entre la mère et les enfants aux autres ascendants de

La théorie
des *bona ad-
venticia*.

Extension du
droit de suc-

cession des
enfants par
rapport à
leurs ascen-
dants en li-
gne féminine.

Réformes du
Code de Jus-
tinien.

la ligne maternelle. L'empereur Anastase, Code 6,58, 14,6. appelle les frères et soeurs émancipés à concourir avec les frères et soeurs restés agnats dans la succession de leur frère. Justinien, dans une constitution du Code, continue dans cette voie de réformes de détail. Il donne le même droit de concours au frère et à la soeur utérins, c'est-à-dire nés de la même mère, qui n'étaient que cognats avec frère et soeur nés de père différent. Il étend ce droit aux fils de frères et soeurs émancipés et utérins sur la succession de leur oncle. Il supprime le *jus trium liberorum*, et il accorde à toutes les femmes les mêmes privilèges. Il supprime enfin les restrictions de la loi Voconia qui, d'ailleurs, en pratique, était depuis très longtemps en désuétude. Mais toutes ces réformes de détail n'empêchent pas l'ancien droit de subsister. Sauf ces cas privilégiés, où les cognats sont appelés à la succession civile, c'est toujours les règles anciennes du droit civil et du droit prétorien qui sont en vigueur. Nous trouvons donc d'abord les *sui*, puis l'*agnatus proximus* et en l'absence d'agnats seulement, sont appelés les cognats.

D'autre part, des exceptions prévues par les constitutions et les sénatusconsultes compliquent singulièrement l'ordre des successibles. Ces ordres se mélangent, se confondent, se chevauchent les uns les autres, et il en résulte une confusion et même parfois des contradictions qui ne sont pas résolues. En définitive, le principe nouveau basé sur les liens du sang est en passe de triompher partout. Il est seulement nécessaire d'unifier et de simplifier par sa reconnaissance complète le droit ancien. Ce fut l'oeuvre de Justinien de faire cette simplification dans la Novelle 118 et dans la Novelle 123.

§ 2 - Système de la Novelle 118.

Les Nouvelles sont ces constitutions rendues par Justinien après la publication du Code et du Digeste. Elles ont été réunies en collection, dont la plus importante est la collection grecque des 168 Nouvelles. La Novelle 118 dans cette collection a été publiée par Justinien en 543, "*De heredibus ab intestato venientibus et de agnatorum jure sublato*", des héritiers appelés *ab intestat* et du droit des agnats supprimé. Cette Novelle a été complétée par la Novelle 127 de 548 au sujet des frères succédant avec les ascendants. Ces deux Nouvelles font table rase de l'ancien

système d'agnation, et en même temps simplifient les degrés d'héritiers.

Les 4 classes
d'héritiers.
Les descen-
dants.

Elles créent 4 classes de parents. Dans la première classe, sont tous les descendants. Les règles d'après lesquelles sont appelés les descendants sont assez simples. Tous les descendants, fils et filles, petits-fils et petites-filles, etc.. sont appelés sans limite de degré, à condition qu'ils soient nés dans le mariage. Mais ils sont également appelés qu'ils soient ou non in potestate, qu'ils soient descendants de fils ou de filles. Dans le premier degré, le partage est égal entre tous les enfants existant à la mort de leur père. Puis la division se fait par souche. Dans chaque souche, le plus proche degré existant exclut le plus éloigné.

Les ascen-
dants et les
collatéraux
privilégiés.

Dans la seconde classe se trouvent les ascendants et les collatéraux privilégiés, qui sont les frères et soeurs germains, c'est-à-dire nés du même père et de la même mère. La Nouvelle 118 consacre le privilège du double lien créé par la Nouvelle 84. S'ajoutent encore à eux comme représentants de leur père, les enfants de frères et soeurs germains, et ainsi le groupe complet de cette classe comporte les ascendants, les frères germains et les neveux. S'il n'y a que des ascendants, la succession est attribuée au plus proche en degré, sans distinction de ligne. S'il ne reste donc qu'un des père et mère, toute la succession va à lui. Par exemple, la présence de la mère exclut les grands parents. S'ils sont plusieurs du même degré, le partage se fait par ligne et dans chaque ligne par tête. Par exemple, le père et la mère ont chacun la moitié de la succession. Si le père et la mère sont tous les deux morts, il peut exister théoriquement les deux grands-pères et les deux grands-mères. La succession se partage par moitié entre les deux lignes, et dans chaque ligne il y a partage égal, suivant le nombre des ascendants dans le degré. Par exemple, s'il ne subsiste qu'un grand-père paternel, le grand-père et la grand-mère maternels, le grand-père paternel touchera la moitié de la succession, le grand-père et la grand-mère maternels se partageront l'autre moitié, c'est-à-dire qu'ils auront chacun un quart. Dans une deuxième hypothèse, le défunt ne laisse que des frères et soeurs. Le partage se fait par tête. Mais les enfants des frères et des soeurs germains prennent la part de leur auteur. Ils comptent par conséquent comme souche. Si enfin le défunt laisse à la fois des ascendants et des frères et soeurs, le partage se fait par tête entre eux tous, suivant les règles de priorité des degrés pour les ascendants.

Ordre de suc-
cession des
ascendants.

Partage par
ligne et par
tête.

et avec la représentation dans la souche des enfants des frères et soeurs.

Les frères
et soeurs
consanguins
ou utérins.

Une troisième classe d'héritiers est formée par les frères et soeurs consanguins, c'est-à-dire nés du même père, frères et soeurs utérins nés de la même mère. Ceux-ci ne viennent à la succession qu'après les frères germains et ascendants qui les excluent. Ils viennent par tête et on ne compte pas par souche.

Les collaté-
raux ordinai-
res.

Enfin, la quatrième classe est la classe des collatéraux. Il faut calculer le degré, et dans chaque degré, la succession se partage par tête.

Influence
du système
romain sur
le droit mo-
derne.

Ce droit de la Nouvelle 118 est passé dans nos pays de droit écrit, c'est-à-dire dans les pays de droit romain. Dans les pays coutumiers, la succession est réglée d'une manière beaucoup plus compliquée, car il faut distinguer la succession des propres et la succession des meubles et des acquêts. C'est suivant la nature des biens que la dévolution varie. Les meubles et les acquêts sont les biens acquis par le défunt pendant sa vie et ne lui provenant pas de ses pères. Les propres, au contraire, sont les biens qui lui sont venus de son père ou de sa mère. La succession aux propres distingue les biens paternels et les biens maternels, pour remettre suivant le calcul des degrés de parenté ces biens à la ligne maternelle et à la ligne paternelle. Le code civil simplifie ces règles et reprend la Nouvelle 118, c'est-à-dire qu'il pose le principe du droit romain de l'unité de patrimoine sans distinction de propres et d'acquêts.

Notre système de droit civil comprend d'une façon générale quatre ordres d'héritiers :

1°- les descendants avec représentation à l'infini.

Le système
du code civil
français.

2°- les frères et soeurs en concours avec les père et mère seulement, et non pas avec les grands-parents, comme le droit romain. Le partage se fait par tête, et les descendants de frères et soeurs représentent leur auteur, et d'une façon illimitée.

A partir du 3ème ordre, on va distinguer les deux lignes, paternelle et maternelle. Mais au lieu de rechercher l'origine des biens, on suppose que la moitié revient à chaque ligne. C'est le système de la fente, de la création de deux masses fictives de biens, chaque masse revenant à chacune des lignes. C'est la conciliation que le droit civil a trouvée entre le droit romain qui, vis-à-vis des collatéraux ne distinguait que le degré sans distinguer les lignes, et notre droit ancien qui, au contraire, distinguait non seulement les lignes, mais l'origine des biens.

3°- Ce sont les ascendants, autres que les père

et mère. Pour ceux-ci la succession est partagée par moitié et donnée dans chaque ligne. Le père et la mère touchent chacun la moitié de la succession, s'ils ne sont pas en concours avec les frères et soeurs. Si le père subsiste, la mère étant morte, la moitié de la succession revient au père, l'autre moitié revient aux grands-parents maternels. Mais, dans ce cas, le père ou la mère survivant ont l'usufruit du tiers des biens qui sont donnés à l'autre ligne en propriété.

4°- Les collatéraux. Ici encore, la succession est divisée en deux lignes, et dans chaque ligne le collatéral le plus proche est appelé à la succession. Ce sont les règles du code civil de 1804. Les collatéraux sont rattachés à la succession jusqu'au 12ème degré inclus. On sait qu'il existe actuellement une tendance à restreindre et même à supprimer l'héritage en ligne collatérale. La loi de 1917 ne maintient l'héritage ab intestat que jusqu'au 6ème degré, et il y a une proposition de loi qui a été faite devant le Parlement et qui, théoriquement, est encore en instance. C'est la proposition Palmade, du nom de son auteur, qui supprime la ligne collatérale pour la remplacer par l'Etat héritier, et d'ailleurs, si l'Etat n'est pas encore actuellement héritier en ligne collatérale, il se charge, par les droits de succession élevés qu'il perçoit, de devenir le principal bénéficiaire de ces successions.

L'Etat héritier.

Chapitre XII

LA SUCCESSION CONTRE LE TESTAMENT.

En étudiant la succession ab intestat, nous avons vu l'évolution constante du droit romain, qui tend à donner de plus en plus d'importance à cette succession. Nous avons vu, en effet, que cette tendance est très ancienne, puisque dès l'époque des XII Tables, elle a pour résultat de faire donner aux descendants qui se partagent les biens de leur père, à titre de copropriétaires, le titre d'héritiers, d'héredes sui. Par l'interprétation postérieure aux XII Tables, cette qualification est donnée aux autres successeurs ab intestat.

De plus, le droit appelle à la succession des personnes de plus en plus nombreuses. Ce sont toutes celles qui sont unies par des liens du sang, même s'il n'y a pas ou s'il n'y a plus de lien civil entre elles et le défunt. Parmi ces héritiers, il en est qui

Restrictions
à la liberté
testamentaire
primitive.

méritent une situation privilégiée : ce sont les descendants, les heredes sui du droit civil, puis, d'une façon générale, tous les liberi. Etant donné la nature de leur droit, les liens qui les unissent avec le père, le droit a une tendance à consacrer leur succession, même à l'encontre du testament, et c'est ainsi que s'établissent les restrictions de plus en plus effectives à la liberté testamentaire primitive. Ces restrictions ont fait l'objet de deux théories principales : la plus ancienne est une restriction de forme imposée au testateur. S'il veut enlever son hérité à son héritier naturel, il doit formellement exprimer sa volonté. Il doit écrire dans son testament une exhérédation formelle. Les pandectistes allemands ont appelé cet héritier, qui doit être formellement exhérédé pour être écarté, l'héritier imposé formel. Cette première restriction à la liberté testamentaire, a été créée par le droit civil et étendue par le préteur à l'exemple du droit civil.

Mais le droit civil va plus loin : une théorie née de la pratique des tribunaux finit par assurer aux descendants et à quelques ascendants privilégiés, leur part dans l'héritage paternel, même contre la volonté formellement exprimée par le testateur. C'est la "querela testamenti inofficiosi". Les pandectistes allemands ont appelé ces derniers héritiers des héritiers imposés matériels.

§ I - L'exhérédation dans le droit civil.

Le droit civil pose la règle. Ulpien 22,44. "Sui heredes instituendi sunt vel exheredandi", les héritiers siens doivent être ou institués ou exhérédés.

1°- Origine et date de la règle.

A quelle époque a été posée cette règle et d'où vient-elle ?

Nous n'avons pas de texte précis qui permette de répondre formellement à cette question. Aussi la réponse dépend de considérations générales et elle sera différente suivant la position qui est prise dans le problème des origines, que nous avons examiné cette année. La première opinion, dont vous trouverez l'exposé dans Girard, p. 904 et suivantes, est celle des auteurs qui veulent voir l'origine de toute succession dans la copropriété familiale. Ils en concluent, vous vous le rappelez, que le testament est une anomalie, qui n'est pas primitive dans le droit héréditaire des Romains. Certains auteurs même disent que le premier office du testament est de disposer du patrimoine lorsqu'il n'y a pas d'heredes sui. A ces auteurs, l'exhé-

1°- La nécessité d'exhérer, conséquence directe du droit de copropriété des sui.

dation apparaît comme une restriction aussi ancienne que l'époque où la liberté testamentaire a été établie, et par conséquent, si la liberté testamentaire date de la loi des XII Tables, l'exhérédation est aussi ancienne. La nécessité d'exhérer les sui est dans cette théorie une conséquence directe de leur droit de copropriété.

Pour les autres auteurs, au contraire, qui ont une conception différente, que nous avons suivie, de l'origine du testament et de la succession, l'exhérédation est une institution plus nouvelle. En effet, le testament *calatis comitiis*, tel que nous l'avons compris, ne comporte pas primitivement d'exhérédation, puisqu'il est la désignation du successeur, qui est faite librement par le chef de la gens, entre tous les autres membres de sa gens, et en ce qui concerne la *familia* et la *pecunia* qui est, nous l'avons dit, la propriété privée du *paterfamilias*, la *mancipatio familiae* qui lui permet d'en disposer ne comporte pas d'exhérédation, car c'est l'application pure et simple de ce droit de disposer entre vifs, qu'a le père de famille, qu'il applique pour le cas de mort par un pacte de fiducie. Ce droit de disposer entre vifs n'a jamais connu de restriction.

2°- L'exhérédation, institution créée par le tribunal des centumvirs.

Cette position que nous avons prise sur le problème des origines, nous conduit à adopter de préférence la deuxième opinion, soutenue par Karlowa R.R. G. 2. p. 895. Pour lui, l'exhérédation est une institution du droit postérieur, qui a été créée par la pratique du tribunal compétent en matière de succession, qui est le tribunal des centumvirs. C'est le même d'ailleurs qui a créé la théorie de la *quere la testamenti inofficiosi*. Les seuls textes que nous puissions citer, sont plutôt en faveur de cette opinion, s'ils ne sont pas assez précis pour être décisifs. Digeste 50,16,120. "*Verbis XII Tabularum latissima potestas tributa videtur heredis instituendi. Sed id interpretatione coangustatum est, vel legum, vel auctoritate jura constituentium*", par les paroles des XII Tables, le pouvoir le plus étendu paraît avoir été donné d'instituer un héritier. Mais ce pouvoir a été réduit par l'interprétation ou bien par l'autorité des lois ou bien de ceux qui fixent le droit.

Deux passages de Cicéron, de Oratore, 1,38,175 et 57,2,145 parlent d'un procès plaidé dans l'enfance de Cicéron sur le testament d'un père qui, croyant son fils mort à la guerre, avait institué un autre héritier. Le fils en fait, n'ayant pas été tué et étant de retour à Rome se trouvait déshérité, et il intenta une pétition d'hérédité pour réclamer l'hérédité.

dité paternelle. La cause est portée devant le tribunal des centumvirs : "Nempe in ea causa quaesitum est de jure civili. Posset pater bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim. Assurément dans ce cas, c'est une question de droit civil qui est posée. Un fils peut-il être exhéredé des biens paternels, quand le père ne l'a ni écrit héritier ni nominativement exhéredé. Et au chapitre 57, Cicéron se demande comment Crassus aurait plaidé la question dans la cause du soldat : "Chargé de la cause de l'héritier testamentaire, vous auriez montré que la lui faire perdre, ce serait renverser, fouler au pied toute la législation du testament. Au contraire pour le soldat (c'est-à-dire pour le fils), vous auriez fait revivre le père mort. Il eût paru aux yeux de l'assemblée embrassant son fils et le recommandant avec des larmes à la justice des centumvirs. Et cette fameuse règle "uti lingua nuncupassit" n'eût plus paru écrite dans les XII Tables, que vous mettez au-dessus de tous les livres du monde, mais dans les commentaires de quelques vieux jurisconsultes". Ainsi, d'après Cicéron, la question de l'exhéredation ne paraît pas encore fixée à l'époque de Crassus. C'est une question de droit civil et l'argumentation montre comment se pose cette question : faire annuler le testament et décider contre l'héritier institué. C'est renverser le droit civil, c'est mépriser la loi des XII Tables et la règle uti lingua nuncupassit, comme si elles n'étaient pas l'oeuvre de la loi elle-même, mais de quelque vieux jurisconsulte. Et pour donner raison au fils par cette annulation, l'avocat, d'après Cicéron, est réduit à des arguments sentimentaux. Il en appelle à l'équité du tribunal, il évoque le père et sa volonté que le retour du fils aurait pu changer, mais qui n'en est pas moins exprimée en sens inverse dans un testament valable. C'est donc demander au tribunal d'entrer dans une voie nouvelle, contraire au droit ancien, c'est dire que la question dépendait de son interprétation et non pas du droit. En fait, en effet, nous savons que la nécessité d'exhéredé "nominatim" le fils de famille a été introduite comme une nouveauté par le tribunal des centumvirs. La première pratique observée permettait l'exhéredation générale inter ceteros. Code, 6,28,4,2. "Scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scriberi esse concessum, cum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt." Nous savons, en effet, qu'il a été admis avant que les fils et tous les autres pouvaient être exhéredés inter ceteros, et que ce sont les centum-

Exhéredation
"inter ceteros" et exhé-
redation "no-
minatim".

virs qui ont introduit une autre distinction.

A l'appui qui est donné par ces textes à la nouveauté de l'exhérédation, les adversaires de cette opinion répondent en disant que la difficulté posée par Cicéron n'est pas l'exhérédation en soi du fils, mais la nécessité d'une exhérédation "nominatim". C'est cette question qui était nouvelle et incertaine, tandis que l'exhérédation inter ceteros peut dater de plus loin. Il semble cependant que si la question avait été posée de cette façon, ce n'aurait pas été une argumentation purement sentimentale et générale qui aurait été celle de l'avocat.

2°- Exhérédation des héritiers siens.

Nécessité
pour le testa-
teur d'exhé-
réder les hé-
ritiers siens
s'il ne veut
pas les ins-
tituer.

Quoi qu'il en soit, il est nécessaire, en présence d'héritiers siens, soit de les instituer, soit de les exhéredier. L'exhérédation se fait dans le testament et en termes sacramentels : exheres esto. Le tribunal des centumvirs établit une distinction entre l'exhérédation du fils et l'exhérédation de la fille et des petits-fils. Les premiers, les fils, doivent être exhéredés nominativement : Titius exheres esto. Les seconds, il suffit pour eux d'une exhérédation générale : ceteri exheredes sunt. Cette exigence de forme étant satisfaite, la liberté du testateur reste entièrement sans réserve. Le défaut d'exhérédation a pour sanction, lorsqu'il s'agit du fils qui a été omis ou exhéredé entièrement, la nullité du testament, même si le fils est mort avant l'ouverture de la succession. Cette nullité peut être invoquée par tous, et non pas seulement par le fils omis, mais par tous ceux qui y ont intérêt. Au contraire, l'omission d'une fille ou d'un petit-fils est moins grave. L'omis reprendra sa place dans l'hérédité, à côté des autres héritiers testamentaires. Le testament subsistera donc, mais l'héritier omis accroîtra le nombre des héritiers : c'est le "jus accrescendi" et il recevra la moitié de la succession, s'il est en concours avec des étrangers ; s'il est en concours avec des sui, il recevra sa part, la part qui devait lui revenir ab intestat.

Le jus accres-
cendi.

3°- Survenance d'héritiers siens.

Nullité du
testament pour
cause de sur-

Le testament peut être valablement fait, l'exhérédation régulière, que se produira-t-il si, depuis la confection du testament, il survient des héritiers siens nouveaux qui, ceux-là, n'ont été ni exhéredés ni institués ? Ces héritiers siens peuvent survenir d'une façon normale et régulière par la naissance d'un enfant, mais aussi par le fait d'une adoption ou d'un mariage cum manu. Cela peut arriver même en dehors, en quelque sorte de la volonté du testateur, par la mort d'un de ses fils. Ce fils étant mort, ce sont

venance d'héritiers siens.

les enfants de ce fils qui deviennent les heredes sui. Le résultat de cette survenance d'héritiers siens est la nullité du testament, quel que soit le sexe ou le degré de l'héritier survenant. Cette nullité est absolue. Et ceci est une conséquence extrême de la règle. Il est impossible d'éviter cette nullité, car la nécessité d'exhérer doit être combinée avec la règle, d'après laquelle pour qu'un héritier soit institué ou exhéredé, il faut qu'il soit une persona certa. Il est donc impossible d'exhéredé au moment où l'on fait le testament ceux qui ne sont pas encore nés, car n'étant pas nés, ce sont des personae incertae, qui ne peuvent être ni exhéredées ni instituées. Plus largement, l'héritier ne peut pas être exhéredé avant d'être heres suus, par conséquent avant la mort de son père, le petit-fils ne peut pas être exhéredé. Il est donc nécessaire, à la survenance d'un héritier sien, de refaire son testament. La condition est particulièrement rigoureuse et choquante, lorsqu'il y a des posthumes. Les posthumes sont ceux qui naissent après la mort du testateur. C'est l'enfant conçu par la femme du testateur avant sa mort et né seulement après sa mort. Dans ce cas, le testament est nul sans aucun remède possible.

Les posthumes aquiliens.

Aussi, à la fin de la République, un mouvement de jurisprudence se produit pour atténuer ces inconvénients. C'est d'abord la doctrine qui commence et qui crée la théorie des postumi legitimi, des postumi aquiliani. Le postume aquilien, c'est le petit-fils qui est né après la mort du testateur et qui est héritier sien à cause du prédécès de son père. Aquilius Gallius, préteur en 698, fit admettre la validité de son exhéredation ou de son institution. C'est ensuite la théorie des postumi Velleiani, créés par la loi Julia Velleiana, 26 ap. J.C. Il s'agit de descendants posthumes, c'est-à-dire nés après la mort du testateur. Il peut les prévoir et les exhérer ou les instituer. C'est enfin la théorie des posthumes quasi-Velléiens, c'est-à-dire ceux qui sont nés après la confection du testament, mais avant la mort du testateur. Plutôt que de le forcer à refaire un testament nouveau, on lui permet de prévoir et d'exhéredé ou d'instituer ses posthumes. La théorie des posthumes a été complétée par Julien. Il en résulte que tous les posthumes, c'est-à-dire tous ceux qui sont nés après la confection du testament ou après la mort du testateur, ou qui sont devenus heredes sui depuis la confection du testament, peuvent être exhéredés valablement, à condition d'être nominativement exhéredés. L'exhéredation nominative veut dire ici exhéredation expresse. Mais il reste toujours en

Les posthumes Velléiens et quasi-Velléiens.

dehors de ces posthumes, les fils adoptifs ou les femmes tombées in manu après la confection du testament. Pour ceux-ci, la survenance d'un héritier sien fait tomber tout le testament et oblige à en faire un second.

Vous voyez, d'une façon générale, toutes ces théories sur l'exhérédation portent la marque d'un développement qui provient assurément de l'interprétation et de la doctrine, par conséquent sont plutôt en faveur d'une création postérieure de l'exhérédation elle-même, création postérieure, oeuvre du tribunal et portant en elle toute la suite des incertitudes de cette interprétation.

§ 2 - Bonorum possessio contra Tabulas.

On se rappelle que le préteur étend par la bonorum possessio unde liberi la vocation héréditaire des descendants à ceux qui sont sortis de la puissance paternelle, c'est-à-dire aux émancipés et aux enfants ayant été adoptés puis émancipés dans une autre famille, et qui sont rattachés par conséquent, par l'émancipation à leurs liens naturels avec leur famille d'origine. Pour ceux-là, le préteur impose la nécessité de l'exhérédation, et il leur donne la bonorum possessio contra tabulas, s'ils ne sont pas exhérédés régulièrement. Il donne cette bonorum possessio contra tabulas à tous ceux qui auraient, dans le droit ab intestat, la bonorum possessio unde liberi. Cette bonorum possessio a des règles propres un peu différentes des règles du droit civil sur l'exhérédation. Notamment, le préteur impose l'exhérédation nominative des fils et de tous les descendants de sexe masculin tandis que le droit civil l'impose pour le fils seul. Le préteur ne conserve la règle du droit civil que pour les filles, qui peuvent être exhérédées inter ceteros. Le préteur donne le droit de réclamer la bonorum possessio à tout liber qui n'est pas régulièrement exhérédé. Cette bonorum possessio est créée entre Cicéron et Labéon, et elle est connue dès le premier siècle de l'Empire où elle est devenue à ce moment-là cum re. Son effet est assez semblable à l'effet d'une nullité relative de notre droit moderne. Ce n'est pas la nullité comme l'exhérédation civile, d'après laquelle tout le testament tombe et s'ouvre la succession ab intestat. L'effet de la bonorum possessio contra tabulas est, au contraire, simplement de rappeler à la succession

La b.p. contra tabulas accordée aux bonorum possessorum unde liberi.

Effet de la b.p. contra tabulas.

Personnes
auxquelles
est accordée
la b.p. con-
tra tabulas.

tous les sui, qui ont été omis et de leur faire rendre leur part. Il en résulte que le fait seul qu'il y a un testament valable permet d'accorder au liber la bonorum possessio contra tabulas. Elle sera accordée à tous les liberi institués ou omis, qu'ils soient heredes sui, ou émancipés. Mais on n'accordera pas cette bonorum possessio aux liberi qui ont été régulièrement exhéredés. Ceux-ci sont mis hors de cause par le testament. La bonorum possessio contra tabulas est accordée aux enfants institués ou omis avant la bonorum possession secundum tabulas. Celle-ci ne sera accordée qu'après le délai de cent jours pendant lequel le prêteur offre la bonorum possessio contra tabulas. Si les enfants omis ou institués ont laissé passer ce délai sans réclamer la bonorum possessio, le prêteur offrira la bonorum possessio secundum tabulas, qui sera accordée à tous ceux qui sont institués, que ce soit des descendants ou des étrangers.

B.p. secundum
tabulas.

L'effet de cette bonorum possessio contra tabulas, n'est pas de faire tomber tout le testament, mais de rendre au liber omis sa part. Par conséquent, toutes les dispositions qui ne lui préjudiciaient pas restent valables. Les autres exhéredations régulièrement faites, les substitutions pupillaires, les nominations de tuteur, les affranchissements, etc.. restent valables comme le testament, et même les legs et les fidéicommiss adressés à la femme et à certains parents, qui devront être exécutés jusqu'à concurrence d'une somme égale à la part que recevra le liber.

Justinien simplifie ces règles. Il ne laisse subsister qu'une exhéredation, l'exhéredation nominative. Il supprime le jus accrescendi, mais il laisse subsister les deux effets de l'exhéredation civile et prétorienne : la nullité relative et la nullité absolue.

" Les Cours de Droit "

3. PLACE DE LA SORBONNE. 8

Répétitions Ecrites et Orales

T

Chapitre XIII

QUERELA TESTAMENTI INOFFICIOSI.

L'exhérédation oppose une barrière à la liberté testamentaire absolue du défunt, mais c'est une barrière de pure forme car on peut passer outre par l'expression formelle de la volonté d'exhérer son héritier.

L'effet principal, qui est d'ailleurs un effet sérieux, est de mettre le testateur en demeure de prendre parti. On veut le forcer à réfléchir, et en cas de survenance d'héritier sien, l'obliger à réviser cette volonté. Il lui sera nécessaire de l'exprimer de nouveau s'il persiste, et de la changer au contraire, si cette volonté est modifiée. Mais l'exhérédation ne consacre pas le droit de l'héritier sien à recueillir l'héritage paternel en tout ou en partie, même contre la volonté du père, même contre le testament.

Ce dernier résultat fut acquis à la fin de la République et au début de l'Empire par une pratique judiciaire qui s'est constituée sous la poussée de l'opinion publique. Dans l'opinion publique, et peut-être sous l'influence de la rhétorique grecque, se répandent des idées nouvelles, contraires au caractère absolu et unilatéral de la puissance paternelle.

On considère que cette puissance n'a pas seulement des droits, mais aussi des devoirs. L'*officium pietatis*, c'est d'abord le devoir de piété filiale pour le fils envers son père, mais c'est aussi le devoir d'amour paternel du père à l'égard du fils. Il est contraire à l'*officium pietatis* de dépouiller sans raison le fils de l'héritage, de la fortune à laquelle il pouvait légitimement s'attendre après la mort du père. Il est normal, en effet, qu'il puisse conserver la vie et la situation sociale qui étaient celles de sa famille pendant la vie du père. Le testament qui ne respecte pas ce sentiment est inofficieux et le fils peut se plaindre, intenter contre lui une querela testamenti inofficiosi.

L'*officium pietatis* en matière testamentaire.

§ I - Origine et développement historique de la querela testamenti inofficiosi.

La querela
vient du tri-
bunal des
centumvirs.

Les romanistes modernes admettent en général, que cette action est née de la pratique judiciaire. Elle ne vient par conséquent ni du droit prétorien, ni du droit civil, ni même d'une théorie de jurisconsulte, mais de la pratique du tribunal des centumvirs.

A la différence du "judex unus", qui est un juré choisi sur une liste de citoyens, dressée à l'avance, pour juger une affaire déterminée, certains procès sont organisés par le préteur pour être jugés par un corps de juges permanents, qui sont au nombre de cent : ce sont les centumvirs. Ce tribunal des centumvirs, divisé en plusieurs chambres, a une compétence pour certaines affaires, parmi lesquelles sont les questions d'hérédité. Ils sont juges de la pétition d'hérédité, qui se fait devant eux sous la forme du sacramentum. Etant un corps de juges permanents, les centumvirs sont plus aptes que le judex unus à établir une jurisprudence au sens moderne du mot, c'est-à-dire une pratique faisant autorité, dont on peut compter qu'elle sera reprise dans des cas analogues. Cette pratique en se répétant devient une règle.

La querela
est, à l'ori-
gine, un in-
cident de la
procédure in
judicio.

La querela testamenti inofficiosi se présente à l'origine comme un incident de la procédure de la pétition d'hérédité devant le juge. Elle est in judicio et non pas in jure. Le tribunal établit comme règle que si la pétition d'hérédité est intentée par certains héritiers ab intestat contre l'héritier testamentaire, il donnera raison à ces héritiers ab intestat, injustement dépouillés. Le tribunal considérera le testament comme nul d'après le droit civil nul jure civili. Et pour arriver à ce résultat, il le considérera fait par un individu en état de démence. La démence est la raison ou le prétexte invoqué pour justifier cette nullité et la colorer d'une raison de droit civil. Le fou est, en effet, incapable de faire un testament, comme d'ailleurs tout autre acte juridique. Mais ce n'est qu'un prétexte qui ne trompe personne. Il est nécessaire pour aboutir à la conclusion voulue, pour faire rendre l'hérédité à l'héritier injustement dépouillé.

Le testament
inofficieux
considéré com-
me l'acte
d'un dément.

Cette explication est celle qui rend le mieux

compte de certaines règles de la querela et du langage des jurisconsultes.

Digeste 5,2,5. Marcellus libro tertio Digestorum "Resque illo colore defenditur apud judicem, ut videatur ille quasi non sanae mentis fuisse, cum testamentum inique ordinaret : l'affaire est portée devant le juge, sous ce prétexte, de sorte que le testateur est considéré comme n'ayant pas été sain d'esprit lorsqu'il a pris dans son testament des dispositions injustes. Les auteurs sont d'accord pour expliquer ainsi l'origine de la querela. La conséquence, tant qu'on reste prisonnier du motif invoqué, c'est la nullité jure civili du testament.

La querela,
action en réduction du
testament à
l'époque classique.

Mais, dans le droit classique, dans les trois premiers siècles de l'ère chrétienne, la querela prend un développement qui la fait s'écarter de cette origine. Elle s'étend à des cas hors du droit civil, par conséquent hors de la pétition d'hérédité. Elle s'affranchit du prétexte invoqué, elle l'écarte dans ses conséquences gênantes, et tend à devenir plutôt une action en réduction de testament qu'une action en nullité. Le prétexte n'apparaît plus à la fin du droit que comme un pur prétexte. Digeste 5,2,3, Marcellus libro tertio Digestorum : "Hoc colore, inofficioso testamento agitur quasi non sanae mentis fuerunt, ut testamentum ordinarent, et hoc dicitur non quasi vere furiosus vel demens testatus sit, sed recte quidem fecit testamentum, sed non ex officio pietatis, nam si vere furiosus esset vel demens nullum est testamentum". On met en avant, au sujet du testament inofficieux, le prétexte que les testateurs n'étaient pas sains d'esprit, lorsqu'ils ont fait leur testament, et on dit cela, non comme si le testateur était vraiment furieux ou dément, mais en ce qu'il a fait valablement son testament, mais non pas d'après son devoir de père, car s'il était vraiment furieux ou dément, son testament est nul. Ce texte porte d'ailleurs des traces évidentes d'interpolation. Le terme "hoc dicitur" est familier à la langue de Justinien. La phrase avec sa répétition de "sed" dans le même élément de phrase est incorrecte. Enfin la fin du texte, incorrecte elle-même, est en contradiction avec le début. Ce texte montre l'opinion des jurisconsultes ou de Justinien dans le dernier état de la question, et au moment où, malgré les conclusions du droit classique, on tend à écarter la nullité absolue du testament, même inofficieux.

Ces différences d'effet font naître une discussion parmi les auteurs modernes sur ce qu'est devenue la querela testamenti inofficiosi dans le droit classique. Certains auteurs : Jobbé Duval, Nouvelle Revue

Les discussions sur la nature de la querela à l'époque classique.

Théorie d'Eisele.

Historique, 1907, p. 755 et ss. *Mélanges Fitting*, I, 1907, 463. *Mélanges*, Gérardin, 1907, p. 755 et ss. Chabrun, *Essai sur la querela testamenti inofficiosi*, 1906, continuent à la considérer comme une pétition d'hérédité et s'efforcent d'expliquer dans l'intérieur de la procédure du sacramentum les changements qui furent apportés. Les autres, au contraire, y voient une action indépendante de la pétition d'hérédité, soit une action d'injures, soit une action en annulation, précédant la pétition d'hérédité, soit une pétition d'hérédité de nature particulière. Un auteur allemand, Eisele, présente un système, plus généralement adopté et qui rend compte des discordances qui existent entre la pétition d'hérédité régulière et la querela, *Savigny-Stiftung*, 1894. Pour Eisele, à l'époque classique, il y a deux sortes de querela : l'une, la plus ancienne, peut être toujours considérée comme un incident de la pétition d'hérédité ; l'autre, plus nouvelle, est une action indépendante et suit des règles différentes de la pétition d'hérédité civile, qui est toujours exercée devant le tribunal des centumvirs et suit les règles du jus civile. L'autre, au contraire, qui est applicable, non seulement aux héritiers civils, mais aux héritiers prétoriens, qui est suivie à Rome, et dans les provinces, a été l'objet d'une création indépendante du droit et forme une querela nouvelle, une action autonome, qui est intentée devant un autre tribunal que celui des centumvirs. Il se peut qu'elle ait été l'objet d'une loi du début de l'Empire, la loi *Glitia*, citée par *Gaius* 5,2,4. *Gaius*, *libro singulari*, *ad legem Glitiam*. Cette action est intentée devant le tribunal administratif, c'est-à-dire en suivant la procédure administrative, la *cognitio extraordinaria judiciorum privatorum*. C'est un des premiers exemples de cette procédure extraordinaire qui va, avec la fin du Haut-Empire, remplacer la procédure formulaire. La nouvelle action étendue aux héritiers prétoriens et aux provinces à ses règles propres, différentes des règles de la première et elle devient une action en annulation. Avec la disparition de la procédure formulaire et du tribunal des centumvirs, ces deux actions fusionnent et mélangent leurs règles, et il ne reste plus qu'une action unique d'un caractère hybride, qui est l'action de Justinien présentée dans le *Digeste*, avec certains caractères contradictoires.

§ 2 - Condition d'existence de la querela.

Pour avoir droit à l'exercice de la querela testamenti inofficiosi, il faut remplir trois conditions :

1°- Etre parmi les légitimaires, ceux à qui par les liens naturels d'affection qui les unissent le testateur aurait dû laisser son héritage, à moins d'avoir des motifs sérieux de s'en plaindre.

2°- Il faut avoir été dépourvu injustement par le testament de la totalité ou de la presque totalité de sa part d'héritage.

3°- Il faut ne pas être écarté par certaines fins de non recevoir.

1°- Les légitimaires.

Enumération
des héritiers
légitimaires.

La querela a été créée pour certains héritiers ab intestat, particulièrement intéressants. C'est le tribunal des centumvirs qui détermine d'abord quels sont ces héritiers. Ce sont d'abord les héritiers civils ; puis les réformes de l'Empire ont étendu aux cognats, parents proches, la faculté d'exercer la querela, de sorte que le cercle de la parenté des légitimaires est délimité définitivement sous l'Empire. Il comprend les descendants, les ascendants, et parmi les collatéraux, les frères et sœurs, et encore avec cette condition spéciale qu'ils doivent avoir été dépourvus au profit d'une "persona turpis", c'est-à-dire d'une personne d'une condition honteuse. A partir des réformes qui élargissent l'action pour les descendants et les ascendants, il importe peu qu'ils soient agnats ou cognats, qu'ils soient héritiers civils ou prétoriens, qu'ils soient appelés seuls ou en concours avec d'autres. Donc, le fils émancipé a la querela comme le fils in potestate ; le fils adoptif a la querela sur la succession de son père adoptif, et s'il est par la suite émancipé par lui, il la retrouve sur la succession de son père naturel. Les descendants par les femmes, à défaut de sui, ont aussi la querela, car l'Empire ne les connaît que comme cognats. Il faut, en outre pour pouvoir intenter la querela, être celui à qui reviendrait la succession à défaut du testament, il faut être réellement l'appelé.

2°- Cause de la querela.

Pour que la querela puisse être exercée, il faut être injustement privé de sa légitime, c'est-à-dire ne pas avoir une part suffisante de la succession du père et en être privé injustement.

Les 14 cas
d'ingratitude
permettant au
testateur
d'exhérer
ses enfants.

Les cas d'exhérédation injustes sont d'abord laissés à l'appréciation des tribunaux. C'est une question d'équité qui dépend du tribunal. Justinien régleme[n]te ces cas dans sa Nouvelle 115, chapitre 3 de 542. Il y a pour lui 14 cas d'ingratitude des enfants contre les parents, dont l'énumération présente un certain intérêt pour l'histoire des mœurs.

- 1°- Sévices graves contre les parents.
- 2°- Injure grave.
- 3°- Accusation criminelle contre les parents par l'enfant, sauf le cas d'accusation de haute trahison.
- 4°- Si les enfants ont des relations suivies avec des gens faisant métier d'empoisonneur
- 5°- S'ils ont tenté eux-mêmes d'empoisonner les parents ou fait une autre tentative contre leur vie.
- 6°- Si le fils entretient des relations coupables avec sa belle-mère ou avec la concubine de son père.
- 7°- Si le fils a calomnié son père ou a fait contre lui un acte de délation.
- 8°- Si le fils n'a pas voulu être fidéjusseur de son père enfermé pour dette.
- 9°- Si l'enfant a voulu empêcher son père de faire un testament.
- 10°- Le fils qui, malgré ses parents, s'est fait gladiateur ou mime.
- 11°- Si la fille a voulu mener une vie déshonnête malgré ses parents, qui lui offraient une dot pour la marier honorablement.
- 12°- Si le père a été fou et que les fils ne l'ont pas convenablement soigné pendant sa maladie.
- 13°- Lorsque les parents captifs n'ont pas été rachetés par leurs enfants.
- 14°- Lorsque le fils est hérétique de parents orthodoxes.

Les huit cas
d'exhéréda-
tion des des-
cendants.

Contre les ascendants, les descendants connais-
sent huit causes d'ingratitude légitime.

- 1°- Les parents qui ont été causé de mort de leur enfant, sauf au cas de crime de lèse-majesté.
- 2°- Les parents ayant dressé des embûches contre la vie des enfants, par poison ou par maléfice.
- 3°- le père qui a entretenu des relations coupables avec sa belle-fille ou avec la concubine de son fils.
- 4°- le père qui empêche le fils de faire son testament.

5°) Le père qui a donné du poison à son épouse pour la tuer ou la rendre folle.

6°) Les parents ayant négligé de soigner un de leurs enfants aliénés.

7°) Les parents qui ne se sont pas préoccupés du rachat de leurs enfants captifs.

8°) Les parents hérétiques.

2) La querela est intentée si la part laissée au légittimaire n'était pas suffisante. Elle peut lui être laissée de n'importe quelle manière, soit par une institution partielle d'héritier, soit par legs ou par donation à cause de mort. Cette appréciation de la part laissée au fils a fait naître la notion de légittime, de "debita portio".

La quotité de la légittime a plusieurs fois changé. Dans les débuts, elle est laissée à l'appréciation du juge, qui détermine en équité s'il considère que le père a laissé au légittimaire une part suffisante ou non. C'est d'ailleurs une cause d'incertitude grave pour la validité du testament, et il est nécessaire d'établir une règle plus fixe. La jurisprudence emprunte les chiffres de la loi Falcidia. La lex Falcidia de 714 est un plébiscite qui défend aux testateurs de faire des legs supérieurs aux $\frac{3}{4}$ de la fortune qu'il laisse. Tous les legs qui dépassent cette proportion doivent être réduits. La jurisprudence décide, à l'exemple de la loi Falcidia, que l'héritier légittimaire doit recevoir dans le testament, qui l'exhère ou qui l'institue, le $\frac{1}{4}$ au moins de ce qu'il aurait eu comme héritier ab intestat. C'est la quarte légittime ou quarte Falcidie, qui est devenue si célèbre dans le droit postérieur. Pour apprécier s'il a ou non son quart, on fait entrer tout ce qu'il a reçu à cause de mort, par institution, par legs, par fidéicommiss, par donation à cause de mort, etc.,... On ne fait pas entrer dans le calcul les donations reçues entre vifs. Justinien change ces proportions. Dans la Novelle 18 il décide que la légittime du descendant sera de $\frac{1}{3}$ de sa part ab intestat, lorsqu'il y a de un à quatre enfants, sera de moitié pour plus de quatre enfants. Pour établir la légittimité de la part, il faut donc faire le calcul de la fortune du défunt, le calcul de la part qui reviendrait à chaque légittimaire étant donné leur nombre, et la détermination du quart de cette part en faisant entrer toutes les libéralités reçues à cause de mort. Une fois le chiffre de cette quarte fixé, elle ne varie pas, même si l'un des héritiers réservataires renonce en fait à la succession. La quarte est une mesure individuelle.

3°) Règles restrictives: les deux premières conditions, que nous venons de voir, sont des conséquences

La "debita portio".

La quarte légittime.

Calcul de la quarte.

La légittime sous Justinien.

La querela,
action sub-
sidaire.

Délai de
prescription.

Nullité du
testament
inofficieux.

ces des règles de la pétition d'hérédité. La jurisprudence précise les conséquences du principe pour déterminer les causes d'exclusion, pour déterminer les légitimaires et le montant de la légitime. Les règles restrictives, qu'il nous reste à voir, sont au contraire tirées non pas de la pétition d'hérédité, mais de la querela nouvelle, après la réforme du droit impérial, la querela considérée comme une action indépendante, comme une action de la procédure extraordinaire. Cette querela est une action injurieuse contre le testateur, aussi décide-t-on qu'elle ne pourra être intentée que s'il n'y a pas d'autres manières de porter secours aux légitimaires contre le testament. C'est un ultimum subsidium. Par exemple, si l'héritier légitimaire a été, non pas exhéredé, mais omis, si c'est un suus ou un liber, il a la pétition d'hérédité ordinaire, s'il est héritier civil, il a la bonorum possessio secundum Tabulas, s'il est héritier prétorien, il n'aura pas droit à la querela. Comme c'est une action distincte, destinée à réparer l'injure faite à l'héritier, elle s'éteindra par sa mort ou par sa renonciation.

Enfin, pour ne pas faire durer trop longtemps le péril de nullité, qui frappe les testaments, elle ne pourra être exercée que pendant une période de deux à cinq ans, qui est la période de prescription spéciale à la querela.

§ 3 - Effets de la querela testamenti

inofficiosi.

Si la querela réussit, le légitimaire fait reconnaître par le tribunal que le testament est inofficieux, contraire à l'officium pietatis. Le résultat est la nullité du testament. Cette nullité est la conséquence de la fiction sur laquelle est bâti le système tout entier de la querela. C'est une conséquence de la fiction de folie. Le fou est, en effet, incapable de tester, il n'a pas la testamenti factio. La règle est appliquée d'une manière complète, quand on se trouve en face d'un seul héritier institué, qui est attaqué par un seul légitimaire. Si le légitimaire attaque et triomphe, le testament est détruit, l'institution d'héritier disparaît, et avec elle toutes les dispositions du testament: les nominations de tutelle, les affranchissements et les legs. L'héritier légitimaire est mis à la place de l'institué, et la succession ab intestat s'ouvre.

Ces principes du droit civil aboutissent donc à une conséquence radicale et même excessive. Elles vont plus loin que l'on n'aurait voulu aller, puisque par l'effet de la querela l'héritier n'a pas seulement sa

légitime, mais il récupère tout le patrimoine tout entier.

Annulation
partielle du
testament
par la quere-
la au Di-
geste.

Mais par la suite, lorsque la querela se développe, on oublie ce principe rigoureux et l'on finit par admettre que la querela pouvait faire tomber le testament pour partie et le laisser valable pour l'autre partie. Le résultat est contraire à la logique pure, mais il a été amené par le fait que la querela est une institution toute procédurale, et ce sont les règles de procédure elles-mêmes qui ont conduit à cette situation illogique. En effet, cette relativité des règles de procédure apparaît dans un premier cas, lorsqu'il y a pluralité d'institués; quand le légitimaire a un frère, la querela pour réussir doit être intentée contre une persona turpis. L'un des institués est persona turpis, l'autre au contraire est une personne honorable. La querela ne pourra donc être intentée que contre la première et non contre la seconde. Le résultat qui découle nécessairement de la procédure, c'est que le testament est valable pour un institué, le second, et nul pour le premier. Il est donc valable pour partie, nul pour partie, contrairement à la règle "nemo partim intestatus, partim testatus decedere potest", Digeste. 5,2,24 Ulpien, "Circa inofficiosi querelam evenire plerumque solet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur. Quid enim si, fratre agente heredes scripti diversi juris fuerunt? Quod si fuerit, pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videtur", au sujet de la plainte contre le testament inofficieux, il arrive souvent que dans une même cause des jugements différents sont prononcés. Qu'arrive-t-il si sur la demande émanant d'un frère des héritiers institués sont jugés de façon différente? S'il en a été ainsi, le de cujus est décédé en partie intestat, en partie ayant fait un testament.

Le même résultat est atteint, d'après un autre texte. Digeste 5,2,15,2. Contre les deux héritiers institués, l'affaire a été jugée par deux chambres différentes du tribunal des decenvirs. Dans une des chambres, l'héritier a gagné, dans l'autre il a perdu: "Credimus eum legitimum heredem pro parte esse factum, et ideo pars hereditatis in testamento remansit nec absurdum videtur pro parte intestatum videre". Nous croyons qu'il est fait héritier légitime pour partie, et par suite une partie de l'hérédité est restée dans le testament. Il n'est pas absurde de considérer qu'il paraît pour partie mort intestat. La même situation peut encore se produire au cas de pluralité de légitimaires. La querela peut être admise au profit de l'un et repoussée au profit de l'autre, soit pour des raisons de procédure, soit même parce que l'exhérédation est injuste pour l'un

et juste pour l'autre.

Toutes ces conséquences illogiques, d'après le principe, mais conformes aux règles de procédure de l'effet relatif de la chose jugée, conduisent à un résultat contraire au point de départ et finissent par établir la notion d'une nullité relative, nullité pour l'un, validité pour l'autre.

Cette situation hybride est plus conforme à l'équité que la situation ancienne de la nullité absolue, et les conséquences de cette nouvelle notion sont tirées d'autant plus facilement dans la querela nouvelle qu'il s'agit de la procédure extraordinaire. Ces notions transforment la querela les derniers temps de l'empire en une véritable action en complément.

§ 4 - Action en complément du droit de

Justinien.

Malgré les atténuations, que nous venons d'indiquer, la querela n'en est pas moins une action fort dangereuse pour les dispositions de dernière volonté du testateur, soumises ainsi à discussion. Le testateur prendra sans doute grand soin de laisser à chaque légataire son dû, mais il peut se tromper dans le calcul de la légitime, ou même s'il ne se trompe pas quand il fait un testament, sa situation peut être changée, car pour calculer la quarte légitime, c'est au moment de l'ouverture de la succession que l'on se place et non pas au moment où le testament a été fait. Dans l'intervalle, la fortune du testateur a pu augmenter, par conséquent la quarte a changé aussi, et les legs ou les donations qu'il a faits aux légataires peuvent devenir insuffisants. Dans ce cas le testament est nul, car il est inofficieux, aussi bien si le légataire est complètement écarté que si, étant partiellement écarté, il n'a pas toute sa part. Dans une constitution de 361, code Théodosien 2,19,4, l'empereur Constance donne au testateur le moyen d'éviter dans ce cas la nullité du testament. Le testateur qui a écarté son héritier tout en lui léguant une certaine somme, et craignant que cette somme soit inférieure à la quarte légitime, qu'il doit à son descendant, peut insérer formellement dans son testament une clause, d'après laquelle il prescrit que la libéralité faite soit complétée, s'il en est besoin, sur les biens de l'héritier, sur la pecunia de l'héritier testamentaire, arbitratu boni viri, par l'arbitrage d'un homme de bien. Dans ce cas, décide la constitution, il n'y aura pas lieu à la querela. La querela est écartée. En vertu du testament, le légataire réclamera le complément de sa

Origine de
l'action en
complément.

Le système
de la Novel-
le 115.

quarte légitime, s'il y a lieu. La constitution a consacré très probablement un usage de la pratique. Justinien en fait une règle légale dans sa Nouvelle 115 de 542. La désignation d'un arbitre sera considérée comme sous entendue. Il ne sera donc pas besoin de l'exprimer formellement dans le testament. Toutes les fois que le légitimaire reçoit quelque chose dans le testament, la querela est donc écartée. Le légitimaire ne pourra plus l'exercer. Il a seulement droit à l'action en complément de légitime, et l'expert décidera, s'il y a lieu à ce complément. Donc à l'époque de Justinien, dans le dernier état du droit, deux hypothèses sont à envisager: le testateur peut avoir exhéredé entièrement le légitimaire; s'il l'a fait pour l'une des 14 causes énumérées dans la même Nouvelle, son testament est valable, si au contraire, cette exhéredation est injuste, elle donne ouverture à la querela de l'ancien système, dont l'effet est l'annulation du testament, avec cependant cette restriction importante, qui modifie complètement le caractère de cette ancienne querela. Dans la Nouvelle 115 Justinien a décidé que l'héritier institué sera écarté, le légitimaire mis à sa place, mais celui-ci devra exécuter le testament dans tout ce qui ne lui enlève pas sa part légitime. Il devra donc faire, suivant les termes du testament, les legs, les affranchissements et les fideicommiss, qui ne menacent pas sa quarte légitime.

1) La querela.

2) L'action
en complément.

Dans une deuxième hypothèse, le testateur laisse quelque chose au légitimaire, à quelque titre que ce soit, légataire ou donataire à cause de mort ou fideicommiss, mais la part qu'il lui a laissée est insuffisante. Le légitimaire aura alors une action en complément légitime contre l'héritier testamentaire. Ces deux actions sont profondément différentes et ne suivent pas les mêmes règles.

Différences
entre la que-
rela et l'ac-
tion en
complément.

1°) La querela est une action réelle, puisque c'est la pétition d'hérédité. Elle permet donc de réclamer les biens de la succession entre toutes les mains, quelles qu'elles soient, qui les détiennent. La pétition d'hérédité donne le droit de suite. L'action en complément, au contraire, est une action personnelle contre l'héritier, en paiement d'une somme d'argent.

2°) L'action en complément n'est pas soumise aux fins de non recevoir de la querela, et elle sera de plano intentée contre l'héritier testamentaire.

3°) L'action en complément ne fait pas tomber le testament et ne donne pas au légitimaire le titre d'héritier. Il reçoit un complément de part, la part qui lui a été donnée déjà comme légataire ou comme donataire.

§ 5 - Le droit français.

Nous terminerons par une comparaison rapide avec le système définitif de notre code civil, en ce qui concerne la réserve et la quotité disponible.

Le système romain de la légitime, qui comporte la querela et l'action en complément, a été suivi dans les pays de droit écrit. Dans les pays de coutume, il y a une institution différente, qui porte le nom de réserve coutumière. Cette réserve est d'origine germanique. Elle est basée sur l'idée de conservation des biens dans la famille, et elle a pour origine la copropriété familiale qui a laissé des traces beaucoup plus profondes dans la famille germanique que dans la famille romaine où elle a été obscurcie par le droit absolu du père de famille.

Ces règles sont très différentes de celles de la légitime du droit romain. 1°) La réserve est accordée à tous les parents, même aux collatéraux.

2°) Elle ne porte que sur les propres, c'est-à-dire les biens reçus par le défunt dans la succession de ses parents.

3°) Par contre elle est beaucoup plus élevée sur ces biens que la légitime. Elle sera des $\frac{4}{5}$. C'est la réserve des quatre quints.

4°) La réserve est accordée à l'héritier seulement. Il est donc nécessaire de se porter héritier pour réclamer la réserve. La réserve est une pars hereditatis, et non pas une pars bonorum, comme l'action en complément.

Le Code civil, comme dans beaucoup d'autres cas, est un compromis entre la légitime romaine et la réserve coutumière. Il a opéré une fusion des deux éléments de droit écrit et de droit coutumier.

1°) Le code civil refuse la réserve aux collatéraux, il supprime même la légitime des frères et sœurs en face d'une persona turpis. Seuls sont réservataires les descendants et les ascendants. La réserve des descendants est calculée par l'article 913 pour les enfants légitimes. Lorsque le défunt laisse un enfant, la réserve est de moitié, lorsque il laisse deux enfants, la réserve est de $\frac{2}{3}$, et enfin lorsqu'il laisse trois enfants ou plus, la réserve est des $\frac{3}{4}$. Ce qui revient à dire que la quotité disponible est, suivant ces cas, de moitié, de $\frac{1}{3}$ ou de $\frac{1}{4}$. Le code civil a suivi le principe de variation de Justinien, mais mieux équilibré que ne l'avait fait l'Empereur.

La réserve des ascendants est de $\frac{1}{4}$ pour chaque ligne, donc $\frac{1}{4}$ s'il ne reste qu'une ligne et la moitié

s'il reste des ascendants dans les deux lignes, maternelle et paternelle.

On remarquera l'anomalie qui subsiste dans le Code civil. Les père et mère concourent avec les frères et soeurs, qui ne sont pas réservataires. Au contraire, le grand-père et la grand-mère sont primés par les frères et soeurs, mais s'ils sont appelés à la succession, ils sont réservataires, tandis que les frères et soeurs ne le sont pas.

2°) La réserve porte sur l'ensemble du patrimoine. Le code civil, à juste raison, ne distingue plus comme notre ancien droit les propres et les acquêts. Il est revenu à la notion plus simple de l'unité du patrimoine, qui est la règle de la légitime romaine.

3°) Mais la réserve dans notre code civil est considérée comme une pars hereditatis. Il est donc nécessaire de se porter héritier, d'accepter la succession pour y avoir droit. C'est ici l'idée coutumière qui a triomphé, car à Rome l'action en complément pouvait être exercée sans avoir le titre d'héritier. Le légitimaire peut avoir reçu une partie de sa part, à titre de legs et de donation; par l'action en complément il réclamera purement et simplement le supplément.

Or, justement en droit français, on a accepté l'action en complément, de sorte que en droit français l'action donnée à l'héritier réservataire ne tend jamais à faire annuler le testament, elle tend seulement à faire réduire la libéralité qui dépasse la quotité disponible.

Nous voyons d'une façon générale que ce système a été inspiré par le droit romain, mais qu'il est d'un esprit et d'une structure absolument différents. C'est ce qui est arrivé d'ailleurs, d'une façon générale pour le droit des successions où la plupart des règles acceptées par notre droit français venant du droit romain, ont été complètement détournées de leur esprit primitif.

F I N

-:-:-:-

Cours terminé d'imprimer le 15 mai 1934.