45859

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1938-1939

218

REPETITIONS ECRITES

DE

DROIT ROMAIN

rédigées d'après le Cours et avec l'autorisation

de

M. COLLINET

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Première Année

"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 246439 8
Source : BIU Cujas

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

D R O I T R O M A I N

Ière Année

ENTREE EN MATIERE

L'étude du droit romain présente un intérêt considérable, mais aussi une difficulté particulière, parce que c'est une étude historique.

Objet de l'étude du Droit Romain

Le Droit Romain se propose d'étudier les institutions politiques très brièvement, et surtout les institutions juridiques dans leur développement historique depuis les origines de Rome jusqu'au VIème siècle de notre ère (I).

Justification de cette étude

Une question préalable se pose: pourquoi, au XXème siècle étudier encore une matière comme le D.R. qui se perd dans la nuit des temps? Des personnes qui ont fait triompher leur opinion pendant quelque temps, ont attaqué vigoureusement l'étude du D.R. comme inutile (2)

Cependant, si le D.R. a été attaqué, il a été défendu aussi, principalement par les historiens qui jugent cette matière non seulement utile, mais nécessaire.

L'histoire, quelle qu'elle soit, est toujours

(I)La Bibliographie du D.R. est immense, pour y pénétrer V.le Répertoire (Rev.Hist.de droit, 1933, p. 324 et s.: tirage à part chez Sirey)(2me éd. en préparation) et la Bibliographie des travaux de D.R. en langue française, Paris, 1930, tous deux par M. Collinet.

(2) Autrefois, le D.R. était doté de quatre semestres d'études; mais il fut réduit à trois semestres dont le dernier était facultatif en seconde année; aujourd'hui, trois semestres obligatoires.

Source : BIU Cujas

Utilité de l'étude du D.R au point de vue de la compréhension des législations modernes et de la formation de l'esprit juridique.

une culture utile, elle rentre dans ces éléments de formation générale qui est nécessaire aux hommes. Le D.R. est nécessaire tout spécialement pour l'étude plus approfondie du Droit moderne, et il est probable que tous les peuples le considèrent ainsi, puisqu'il est enseigné dans tous les pays et jusqu'au Japon.

Il est nécessaire, spécialement pour la connaissance du Droit Français et des droits étrangers, dont il est une des sources et presque la plus importante; le Code civil, en particulier, est tout imprégné de Droit Romain.

De plus, le D.R. est une étude nécessaire pour la formation de l'esprit juridique; les jurisconsultes romains, en effet, ont porté à un très haut degré la méthode d'exégèse, la méthode d'interprétation des textes, la méthode de construction des institutions, la formation des théories, l'expression des idées juridiques.

Transformation dans la méthode d'étude du D.R.: étudié d'abord à titre de raison écrite suivant la méthode exégétique et dogmatique, il est aujourd'hui étudié au point de vue historique.

On comprend que, jusqu'à la Révolution française érudits et praticiens se soient attachés beaucoup au Droit Romain dont les vestiges subsistants leur donnaient des modèles de raisonnement, de déduction, d'analyse juridique. Le D.R. était pour eux "la raison écrite". On l'étudiait alors avec une méthode appropriée, la méthode exégétique ou dogmatique. Cette méthode, d'ailleurs, est toujours utile, mais elle est passée au second plan parce que, au XIXème siècle, et principalement depuis 1880, on a considéré le D.R. sous un autre angle, l'angle historique. Il n'avait plus, en effet, une utilité aussi grande au point de vue pratique puisque, depuis la promulgation du C.C. (1804), c'était le droit Civil, les travaux sur le Droit civil, l'étude approfondie et complète du Droit Civil qui dominaient et, légitimement, tandis qu'auparavant, ces mêmes études se faisaient sur le Droit Romain.

Depuis lors, si l'on voulait conserver au Droit Romain sa place, ou plutôt lui donner la place légitime qui lui convenait, il fallait l'envisager dans la réalité historique, c'est-à-dire non pas d'une façon absolue comme un droit idéal, rationnel, comme la "raison écrite", mais tel qu'il a été dans l'histoire, c'est-à-dire sous l'angle de la relativité, dans le temps et dans l'espace.

La connaissance des choses antiques doit nous intéresser, en particulier, celle des choses romaines; d'ailleurs, ce n'est pas tant le détail subtil ou pittoresque qu'il faut rechercher, il faut se placer à un point de vue plus élevé, plus général, plus compréhensif, plus synthétique; il ne s'agira pas de poursuivre

Source : BIU Cujas

jusqu'au bout l'étude d'une institution (comme en droit vivant), il faudra s'attacher à des traits plus généraux; on ne dédaignera ni la pholosophie, ni même la sociologie en tant qu'elles s'appliquent au Droit Romain.

Importance du point de vue philosophique et sociologique dans l'étude du D.R.

Ces deux points de vue ont été la grande conquête du XIXme siècle; en littérature, en art, en histoire et le point de vue philosophique et sociologique constitue véritablement le plus grand progrès qui ait été accompli depuis la naissance de l'esprit moderne, La notion de l'évolution date du XVIIIème siècle et elle est due au Français Lamarck, et non pas comme on le croit à l'Anglais Darwin. L'évolution, a démontré, le botaniste hollandais De Vries, ne s'accomplit pas de cette façon "lente et continue", qui est aujourd'hui stéréotypée et qui est contraire à la réalité des faits. Si elle a quelque chose de régulier, en apparence, elle n'a pas cependant un développement lent, continu et régulier. Dans la vie des hommes et des peuples, la régularité apparente cache beaucoup d'irrégularités et quand on a dit "natura non facit saltus" la nature ne fait pas de sauts" on s'est trompé. L'évolution s'accomplit parfaitement par saccades ainsi qu'il résulte précisément de l'étude historique la plus apte à nous en fournir la preuve, c'est-à-dire l'étude historique du droit romain.

Il y a, disons nous, dans la considération du côté évolutif du D.R. un enseignement tout à la fois philosophique et sociologique.

Intérêt que l'évolution du D.R. présente au point de vue de la connaissance des lois qui gouvernent le développement du droit.

Le côté philosophique est représenté par son élément le plus général, le plus définitif, le plus stable: la recherche des Lois au sens de Montesquieu. Des lois régissent, en effet, l'évolution des sociétés et dont l'étude fait l'objet de la sociologie; d'autres régissent l'évolution du Droit parce que le Droit est une matière essentiellement sociale. Ces lois ne sont pas encore bien déterminées, parce que les sociologues sont surtout des philosophes (Durckeim, Bouglé) et ne sont pas des historiens. Or, il semblerait que la première exigence fût que le sociologue fût un historien qui pût suivre l'évolution des institutions sociales depuis les origines jusqu'à nos jours.

C'est à la recherche des lois qui régissent le développement du Droit et en particulier du Droit Romain qu'aboutira, en dernière analyse, notre Cours. L'étude des institutions, des règles juridiques, des théories, des conceptions des jurisconsultes et des empereurs, aboutira à la connaissance des lois d'évolution du monde romain; et ces lois continuent à régir les sociétés modernes.

Source : BIU Cujas

Champ unique d'étude que présente le D.R. au point de vue de son développement tant dans le temps que dans l'espace.

On pourrait, dira-t-on, faire la même chose avec l'évolution du Droit français; mais celle-ci est beaucoup moins avancée que celle du Droit Romain; de plus, l'histoire du droit français n'a pas connu ces grands mouvements, cette éclosion d'institutions (sauf la féodalité) ces déplacements d'axe qui se rencontrent dans l'histoire du Droit romain.

Pour étudier le D.R. il faut avoir présents à la mémoire les grands faits de l'histoire romaine, ses dates importantes (relire cette histoire).

Durée de l'évolution du D.R. en tant qu'objet d'étude dans les Facultés: 754 ans av. J.C. au VIme siècle après J.C. (Justinien).

L'histoire de Rome a commencé exactement 754 ans avant J.C., d'après la chronologie admise aujourd'hui. La première source - (au sens de monument ou de document) du droit est la loi des XII Tables, rédigée dans les années 303 à 305 de Rome, 451 à 449 avant J.C. Depuis cette date jusqu'au VIème siècle de notre ère, nous possédons un ensemble de textes (avec des lacunes) suffisant pour suivre le D.R. pendant mille ans (I) On arrête les cours au règne de Justinien, le célèbre empereur d'Orient (527 à 565) qui fut non seulement un grand guerrier, un grand organisateur à qui l'on ne peut comparer que Napoléon, mais comme lui un grand législateur. Sa codification, l'une des plus remarquables de l'Histoire et à laquelle on fera constamment appel ici, comprent:

I°.- Les Institutes - 2° le Digeste - 3° le Code - 4° Les Novelles.

D'ailleurs, le Droit Romain a continué ses progrès après cette époque en Orient et en Occident; en Orient, jusqu'à la prise de Constantinople par les Turcs (1453) ; en Occident, jusqu'à nos jours et son règne, son évolution, son intérêt ne sont pas encore près de finir.

En effet, la destinée du D.R. présente une particularité unique; aucune législation au monde n'a rayonné comme le D.R.

Extension territoriale du Droit Romain

Le Code civil de Napoléon a été imité dans bien des pays, le D.R. a eu un rayonnement bien plus considérable; chose unique, le D.R. s'est formé sur un petit point de la sphère terrestre, dans cette Roma Quadrata construite sur le Palatin; il s'est répandu par une suite de progrès jusqu'à couvrir tout le monde antique civilisé; on suivait le Droit Romain au IIème et au IIIème siècles de notre ère, et jusqu'aux invasions barbares du Vème siècle, dans tous les pays de l'Europe

---

(I) V. P.F. Girard, Textes de droit romain, 6ème éd. par F. Senn, Paris, 1937

Source : BIU Cujas

de l'Asie, de l'Afrique, qui entourent la Méditerranée, et plus loin jusqu'aux frontières de l'Empire romain lui-même, qui, d'un côté touchait aux Indes et, vers le Nord, s'étendait jusqu'au Mur Calédonien.

Il y a donc un intérêt puissant à envisager comment ce droit, né en Italie, a pu se répandre ainsi dans des pays de civilisations si différentes que pouvaient être la Gaule, l'Espagne, l'Afrique, l'Egypte, les pays balkaniques, l'Orient, la Syrie, etc....phénomène unique et qui s'est continué puisque le Droit, Romain, au moyen age, et jusqu'au XVIIIème siècle a été en somme le droit universel (avec le Droit Canonique) Le phénomène s'est aussi continué de nos jours puisque le Droit Romain est la seule législation qui soit enseignée dans toutes les Universités du monde Européen, américain, australien et Japonais. Il faut, par conséquent, que le Droit Romain ait été reconnu comme contenant des éléments uniques, pour qu'il soit devenu ainsi la loi générale de l'humanité. C'est une gloire pour Rome que les victoires de ses armes, cette gloire militaire a passé, quand l'Empire romain a partir du IIIème siècle, est tombé avec une rapidité effrayante et a perdu en quelques siècles tout son lustre, remplacé par des royaumes barbares qui devaient, quoique moins avancés en civilisation, être plus solides que lui.

La valeur technique du D.R.

L'autre gloire de Rome, équivalente et même supérieure, est celle de son droit: aucun peuple n'a élaboré une législation qui a fait la loi au monde, qui est aujourd'hui encore susceptible d'inspirer la vie sociale et la vie juridique.

Il faut honorer la gloire militaire quand elle est pure; il faut honorer la guerre quand elle est légitime; il faut donc honorer certaines victoires romaines (pas toutes). Mais il faut honorer absolument la grande et vraie victoire romaine, celle de son Droit car celle-là ne rencontre aucune contestation et le jugement des hommes l'a toujours louée et la louera encore dans les siècles à venir. Et n'oublions pas non plus la troisième victoire de Rome, celle du Christianisme, dont l'expansion a favorisé l'expansion du droit romain.

Les trois grandes étapes de l'évolution du D.R.

L'évolution du Droit romain s'est poursuivie en trois grandes étapes.

I°- l'ancien Droit

I°.- L'Ancien Droit, qui commence aux origines, à la royauté, et qui s'étend jusqu'à la fin de la République, en 727 de Rome (27 ans avant J.C.) (date conventionnelle, bien entendu, les institutions ne changeant pas à jour donné);

2°- Le droit

2°.- Le droit classique, la période la plus belle

Source : BIU Cujas

classique

celle qui doit servir de modèle à tous les jurisconsultes, qui commence au règne d'Auguste, 727 de Rome (27 ans av. J.C.) s'étend sur tout le Haut-Empire et s'arrête suivant les uns au règne de Dioclétien, ou plus exactement, suivant les autres, au règne de Constantin, au commancement du IVème siècle, 305 de notre ère.

3°- Le Droit du Bas-Empire ou Droit romano-byzantin.

3°.- Le Droit du Bas-Empire, qui commence avec le règne de Dioclétien ou celui de Constantin et qui va jusqu'au règne de Justinien.

Ce droit du Bas-Empire qui est regardé par beaucoup comme un droit de décadence, s'appelle souvent, à juste titre, le Droit Byzantin - parce qu'à cette époque la capitale de l'Empire était Byzance et que l'influence de l'Orient a été considérable dans ces IVème, Vème et VIème siècles. Mais comme le D.R. traditionnel survivait en grande partie, la meilleure appellation qui a été adoptée par certains auteurs pour désigner ce droit, c'est "droit romano-byzantin" on dit encore "gréco-romain".

Double plan possible pour l'étude des institutions juridiques de Rome.

Les auteurs étudient le D.R. dans son évolution historique suivant deux plans différents: I°.- le premier, qui n'est guère suivi, qui a des avantages, mais plus d'inconvénients, c'est le plan chronologique (ou horizontal): ancien droit - droit classique - droit du Bas-Empire. Cette méthode est suivie par Ed. Cuq dans son ouvrage en deux volumes "Les Institutions juridiques des Romains", et dans l'excellent manuel élémentaire de M. Cornil "droit romain", 1921.

2°.- La plupart des auteurs étudient successivement les différentes institutions depuis leur origine jusqu'à Justinien. C'est le plan vertical qui est suivi dans le Manuel élémentaire de droit romain de Paul Frédéric Girard, dans le "Manuel des Institutions Juridiques de Rome", en un volume d'Ed. Cuq, les deux meilleurs ouvrages français qu'il faut sans cesse consulter (I)

Evolution du D.R. dans le temps partant d'un état de droit très primitif où le formalisme est prépondérant, pour s'élever à une concep-

L'évolution du droit romain est remarquable aussi quand on le considère non plus dans l'espace, mais dans le temps. Aucune législation de l'antiquité, aucune législation moderne ne présente un pareil développement. Voici les caractères des trois périodes:

I°.- Le Droit romain est parti de l'état presque primitif: co-propriété familiale, puissance absolue du père de famille, formalisme, contrats très rares et très étroits, procédure rigoureuse, qui aboutissait à la mise à mort du débiteur, à l'emprise

---

(I) Le Manuel le plus au courant est celui de Raymond Monier, Tome Ier, seconde édition, 1938

Source : BIU Cujas

tion où l'équité est prépondérante.

sur la personne, etc...

Puis vint la période classique. A ce moment, si le formalisme n'a pas tout à fait disparu, du moins il est atténué et le droit s'élargit, grâce à des notions nouvelles; celle du devoir corrélatif à la notion de droit, celle d'équité, alors que dans le droit primitif, on ne connait que la stricte justice, individualisme à l'encontre de l'unité familiale.

3°.- Enfin, au Bas-Empire, le Droit s'éleva encore. Il s'adoucit sous l'influence chrétienne et celle de la philosophie néo-platonicienne; la notion d'équité s'élargit encore, le formalisme disparut. C'est ce droit contenu dans l'oeuvre de Justinien qui s'est prolongé dans le Droit français et le Droit canonique.

Relation entre l'évolution du D.R. et la marche de la civilisation.

COMMENT EXPLIQUER CETTE EVOLUTION DU DROIT ROMAIN?

Elle s'explique par l'évolution sociale générale, par l'évolution même du monde romain, par les progrès qui se sont effectués dans la civilisation. Le terme "progrès" étant un mot équivoque doit du reste être remplacé par le mot "marche", car il se produit parfois des marches en arrière, des régressions; par exemple, lors des invasions germaniques, la civilisation et le Droit ont reculé de sept ou huit siècles.

Mais il ne suffit pas de suivre la marche du D.R. et de constater que les institutions se succèdent les unes aux autres dans tel ou tel ordre; pour avoir une vue nette de l'histoire du Droit d'un peuple, il faut saisir sous quelles influences particulières et précises, la marche du D.R. s'est effectuée aux différentes périodes de son histoire.

QUELS SONT LES FACTEURS DE L'EVOLUTION DU DROIT?

Influence sur l'évolution du Droit de facteurs d'ordre moral et de facteurs d'ordre matériel.

C'est un point sur lequel les historiens du D.R n'insistent pas toujours assez.

Si l'on considère les manifestations de la vie sociales, soit dans le passé, soit dans le présent, on s'aperçoit qu'elles sont d'ordres différents; la religion, l'art, le langage, la littérature, le folklore, le droit, l'économie politique, sont les phénomènes de l'ordre moral, psychologique, intellectuel et économique dans les sociétés.

Or, le droit touche par un de ses côtés, aux phénomènes du premier ordre et, d'autre part, aux phénomènes du second ordre. Le Droit se tient entre les phénomènes de l'ordre moral et ceux de l'ordre économique.

Le Droit a nécessairement une base morale, mais

« Les Cours de Droit »
Source : BU Cujas 9, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Y

aussi une base économique et matérielle, attendu que son but c'est de concilier des intérêts qui sont opposés; l'intérêt moral et l'intérêt économique. Sans le droit, c'est l'intérêt économique qui dominerait, l'homme ferait tout ce que bon lui semblerait; il s'approprierait les richesses de la terre sans demander à personne ce qu'on pense de son action, ce serait la guerre perpétuelle.

A l'inverse, si nous étions dans un régime idéal où la morale règnerait en souveraine, alors le Droit serait absolument inutile, les hommes seraient tellement parfaits qu'ils ne feraient jamais à autrui ce qu'ils ne voudraient pas qu'on leur fît à eux-mêmes. Toute civilisation est un composé des différents éléments que l'on vient d'indiquer et un compromis entre eux; il s'ensuit que l'évolution de la civilisation se fait tantôt suivant un progrès ou une décadence des phénomènes de l'ordre moral, et tantôt suivant un progrès ou une régression des phénomènes économiques.

Si l'on étudie l'histoirc dans ses grandes lignes depuis l'époque des cavernes, jusqu'à nos jours, on s'aperçoit que le progrès, la marche en avant, se fait non pas d'une façon régulière, comme le prétendent ceux qui croient à l'évolution lente et continue de la civilisation, mais au contraire par saccades, et par secousses; parfois, ce sont les phénomènes économiques qui prennent le pas sur ceux de l'ordre moral nous sommes dans une de ces périodes parce que la guerre a bouleversé complètement l'ordre économique de 1914; parfois ce sont les phénomènes de l'ordre moral qui prennent le pas sur ceux de l'ordre économique; c'est ce qui s'est passé lorsque le christianisme est né et s'est développé - à partir surtout du IVème siècle de notre ère (I)

(I) M. Ferrero, illustre historien italien qui a étudié le Bas-Empire, considérant la situation économique présente, se demande comment nous sortirons de nos difficultés économiques, du cataclysme effroyable qui a bouleversé le monde entier, parce qu'il ne voit pas comme on le voyait au IVème siècle, la grande flamme du christianisme. Il se demande s'il reviendra jamais un élément aussi puissant pour régénérer le monde. En tout cas, vivre spirituellement est le plus puissant adjuvant à la renaissance de l'ordre juridique et même économique.

Source : BIU Cujas

LE DROIT:

DEFINITION ET DIVISIONS

Qu'est-ce que le Droit?

Comment les Romains ont-ils conçu et défini le Droit?

Difficulté d'une définition du Droit.

"Omnis definitio periculosa", rien de plus difficile qu'une définition - c'est encore vrai aujourd'hui; pourtant les modernes ont fait des progrès dans la pénétration de la notion du Droit.

Le mot "Droit" se prend dans des sens divers, ou dans un sens philosophique ou dans un sens plus spécifique.

La conception philosophique du Droit.

Au point de vue philosophique, le droit est une entité abstraite, idéale, vers laquelle tendent les sociétés et que méprisent les sociétés qui s'éloignent de l'idéal de civilisation comme les Barbares; le Droit c'est la faculté pour l'homme d'exercer son activité dans ses multiples manifestations, sans autres limites que de ne pas troubler l'exercice corrélatif de l'activité des autres.

Difficulté à déterminer la limite du Droit, c'est-à dire jusqu'où l'homme a la faculté d'exercer son activité sans troubler l'exercice corrélatif de l'activité d'autrui.

Ce qui est difficile à trouver, c'est la limite. La limite, il faut le dire, n'est une limite idéale et absolue que dans les systèmes philosophiques (Kant) la limite pratique est une limite variable, ce n'est pas une constante.

La limite du Droit varie suivant l'état des moeurs d'un pays, de sa civilisation.

En pratique, ce nest pas un système philosophique qui influe sur cette limite, c'est la conception commune de la morale, et celle-ci n'est pas toujours la même; elle est plus ou moins rigoureuse suivant les pays et les temps.

Impossibilité pratique de trouver cette limite dans l'idée de devoir.

La limite avec les systèmes philosophiques, c'est le devoir; mais la définition du devoir n'est pas plus facile à donner que celle du droit, parce que Droit et devoir, c'est l'endroit et l'envers de la même notion; j'ai le droit de faire telle chose, c'est dire que mes semblables ont des devoirs envers moi, et réciproquement. Tout cela est réglé par la morale, et les Romains eux-mêmes se sont laissé influencer par des conceptions morales lorsqu'ils ont donné les définitions du Droit.

Source : BIU Cujas

Distinction entre le fas et le jus

Les Romains distinguent deux sortes de droits: le droit religieux, le Fas, qui est tombé en désuétude assez vite. Ses règles impératives étaient totalement différentes de celles du droit laïc, le Jus.

Quel est le sens exact du mot Jus?

Il existe à ce propos des controverses entre les philologues (I) Il est probable que la racine de ce mot, c'est l'idée de "lier" religieusement, puis laïquement.

Quelques définitions du Jus par les jurisconsultes romains

Les Romains ont donné plusieurs définitions du jus (2)

Le jurisconsulte Celsus (IIºs.) (D.1,1,1,pr.) définit ainsi le droit (3): "Jus est ars boni et aequi" :"Le Droit, c'est l'art de ce qui est honnête et équitable", définition purement philosophique et qui serait insuffisante.

D'autres jurisconsultes ont laissé des définitions plus précises, Un texte d'Ulpien (IIIème siècle) (D.I.I.IO.I) reproduit aux Institutes de Justinien (I,1;3) (4) dit:

"Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere";

"Voici les règles du droit: vivre honnêtement, ne pas léser autrui, rendre à chacun ce qui lui est dû". On n'a pas assez remarqué que ces trois règles fondamentales du Droit sont résumées dans les trois termes qui formaient la base des revendications des Alliés dans la guerre de I9I4-I8; restitutions, réparations et garanties.

Une autre définition, moins complète, d'Ulpien au Digeste (D.1,1.IO. Pr.) et aux Institutes (1.1 pr.) est: "Justitia est constans et perpetua voluntas suum cuique tribuere; la justice, c'est la volonté constante et perpétuelle de rendre à chacun ce qui lui est dû"

(I) Ernout et Meillet, Dict. étymol. de la langue latine, Paris, I932

(2) F. Senn; de la Justice et du Droit, Paris I927

(3) Pour citer un texte au Digeste on indique d'abord le livre, puis le titre, puis le fragment (ou loi), et s'il y a lieu, le paragraphe de celui-ci. Le premier paragraphe s'appelle Principium (Pr.) et celui qui en réalité devrait être le second est appelé §. I. Ainsi, pour le fragment cité au texte on lit: -livre premier, titre premier, fragment 1, principium (1,1,1, pr.) -

(4) Pour citer les Institutes, on indique le livre, puis le titre, enfin le paragraphe.

Source : BIU Cujas

En Français, le mot "droit" se prend dans deux sens, en général ou objectif, un particulier ou subjectif. Les Anglais ont deux mots pour rendre le mot français "droit", le sens général: "law", et le sens spécial "right"

Le mot Droit au sens général. Idée de contrainte qui y est contenue

Ier sens - Le mot "droit" se prend dans son sens général, quand on dit "Les Facultés de droit" "le Droit Romain", le "Droit Français", etc..Ce sens a sa place dans la morale et la philosophie, où il n'y a de sanction que les sanctions morales. En législation, dans le Droit tel qu'on l'envisage dans les Facultés de droit et tel qu'on le met en pratique dans les tribunaux, les sanctions sont de l'ordre positif. Aussi Girard (p. I de son Manuel) définit le Droit ainsi: "L'ensemble des règles imposées par une contrainte extérieure qui régissent les rapports des hommes entre eux".

Ce qui importe, dans cette définition, ce sont les mots "règles imposées"..."contrainte extérieure", et on aurait pu dire mieux encore: "L'ensemble des règles imposées aux hommes par la contrainte sociale".

L'organisme qui impose ces règles juridiques, qui commande aux hommes et qui les menace d'une sanction s'ils n'observent pas les règles juridiques, c'est ce qu'on appelle d'un terme général "la loi". La loi commande, la Loi ordonne, la Loi punit; tel fait est conforme à la Loi, il est légal; tel fait est contraire à la Loi, il est illégal.

Lesprincipales divisions du Droit.

C'est à ce sens général du mot Droit que se rapportent dans toutes les législations possibles les principales et fondamentales divisions du Droit.

Ces divisions ont été inventées par les Grecs qui, en matière juridique comme sur tant d'autres points ont été les modèles et les initiateurs des Romains. Les Romains n'avaient pas l'esprit inventif comme les Grecs, mais ils étaient des imitateurs parfaits, ils s'appropriaient les inventions des autres et les perfectionnaient; c'est pourquoi on peut dire qu'à certains égards, ils étaient des inventeurs (I)

Principales divisions du Droit:

Les principales divisions du Droit sont les suivantes:

I - Le Jus publicum et Jus privatum.

I°) Jus publicum et jus privatum: (Ulpien, D.I,1,1 2 et Inst. 1,1,1,): "Jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat: "C'est le droit qui regarde le statut de l'Etat romain".

"Jus privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet," C'est le droit qui regarde l'utilisé des particuliers.

(I) On trouve l'explication développée des termes de Droit romain dans le "Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines" de Daremberg - Saglio - Pottier.

Source : BIU Cujas

Dans les cours de Droit romain, on étudie surtout le Droit privé".

Sources du Droit privé.

Le Droit privé sort de trois sources (I)

Le jus naturale - le jus gentium - le jus civil (2) le droit naturel, le droit des gens, le droit civil (Ulpien et Justinien, mêmes textes).

A - le jus naturale.

A - Le Jus naturale est "quod natura omnia animalia docuit". Le droit naturel, c'est ce que la nature enseigne à tous les animaux (Ulpien,h.t.= hoc titulo Inst. I, 2, pr.) p.ex. l'union du mâle et de la femelle.

Ce n'est pas qu'on s'occupe du droit des animaux mais, suivant la conception antique, parmi les hommes les esclaves, ne comptent pas au point de vue du droit civil; au contraire, on leur reconnait certains droits dans l'ordre naturel en tant qu'hommes.

Ce Droit naturel ne fut admis par les Romains que assez tard à l'époque classique, à partir du IIème siècle (Le Christianisme devait beaucoup développer cette notion (I) le sens du mot n'est pas toujours clair (Monier, T. I, p. 8-10).

B - Le jus gentium, droit dont se servent toutes les nations.

B - Le Jus gentium qu'on appelle aujourd'hui "le droit des gens" (ou Droit international) est défini ainsi: "Jus gentium quasi quo jure omnes gentes utuntur", c'est-à-dire "le Droit dont se servent presque toutes les nations".

C'est un droit qui convient à la fois aux citoyens, aux Latins et même aux étrangers ou pérégrins un droit qui s'applique à tous les hommes libres.

Ce droit a été reconnu par les Romains seulement à partir du VIème siècle et surtout du VIIème siècle de Rome (vers I50 av. J.C.).

Si le jus naturale devait être reconnu sous l'empire d'influences morales, le jus gentium l'a été sous l'empire de considérations économiques, les rapports de commerce entre Romains et étrangers.

C - Le jus Civile Droit, propre aux citoyens romains.

C - Le droit le plus ancien, c'est le jus civile "jus civile quasi jus proprium civitatis, c'est, pour ainsi parler, le droit propre à la cité".

Ce droit ne convient qu'aux seuls citoyens; il est par conséquent le droit national des Romains, il ne peut pas s'étendre, en principe, aux Latins et jamais aux pérégrins (Gaius, Inst.I,1 (2) reproduit au D,1,1,9 ; et Inst. de Justinien, 1,2,1).

Le jus civile, qui est seul reconnu aux origines a continué d'être le droit principal même après la ré

(I) Pour notre temps, V. Charmond "La renaissance du Droit naturel".

(2) Pour citer Gaius, on dit: livre (ou commentaire) I, paragraphe 1.

Source : BIU Cujas

connaissance du jus gentium et du jus naturale; seulement, la notion s'en est élargie peu à peu.

- Jus scrip-
um (loi)
s non scrip-
m (coutume)

2°.- Jus scriptum, et jus non scriptum.

Une autre division du droit est indiquée par Ulpien (D. 1,1,6 et Inst. 1,2,3); elle est aussi très importante. Elle se place à un autre point de vue: il s'agit du Droit écrit - "jus scriptum" et du droit non écrit: "jus non scriptum". Cette division (qui n'a aucune espèce de rapport avec les "écrits") met en opposition la coutume et la loi (la coutume = jus non scriptum et la Loi = jus scriptum). Voir les Sources du Droit.

droit au
ns étroit -
culté recon-
e par l'autoè
té sociale
se comporter
une certaine
çon.
oits publics
droits pri-
s.

2ème sens - L'emploi du mot droit dans le sens particulier ou subjectif, est tout aussi répandu que celui du mot "droit" pris dans un sens général: c'est la faculté qui est reconnue par la puissance sociale au titulaire d'exercer les avantages qu'elle comporte

Par exemple, le droit de propriété, c'est la faculté qu'a le propriétaire de pouvoir faire de sa chose et sur sa chose, absolument ce qu'il veut à condition de ne pas nuire à autrui.

Certains de ces droits constituent les Droits publics, c'est le droit de vote, le droit d'éligibilité, etc... D'autres sont les Droits privés qui appartiennent aux particuliers en tant que particuliers et dans leurs rapports les uns avec les autres; ce sont eux qu'on étudiera surtout ici.

"Les droits dont nous nous servons, dit Gaius, 1,8, se réfèrent soit aux personnes, soit aux choses, soit aux actions, c'est-à-dire aux sanctions des droits " "Omnes jus quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad, actiones"

Ce passage est reproduit au D. 1,5,1 - et par Justinien (Inst. 1,2,I2).

On étudiera donc:

I°.- Le droit des personnes comprenant les droits de famille.

2°.- Le droit des choses ou droits patrimoniaux, comprenant les droits réels, les droits de succession et les droits de créance, appelés aussi droits personnels ou obligations.

3°.- Le droit d'agir en justice - ou le droit des actions (expression qui est un peu étroite, il vaudrait mieux dire: le droit des sanctions).

Source : BIU Cujas

Introduction

LES SOURCES DU DROIT ROMAIN ET L'ORGANISATION JUDICIAIRE ROMAINE

Les sources du droit.

On disait à l'instant que les droits privés sont de différentes espèces: droits des personnes - droit patrimonial - droit des sanctions. D'où viennent ces droits? - d'où viennent les règles positives qui obligent les autres hommes à respecter les droits des autres et inversement? - qui formule ces règles? - qui les crée ?

En répondant à ces questions, on va traiter les Sources du Droit (I) ce mot "sources" étant pris dans son troisième sens: organes créateurs des règles positives qui régissent les rapports entre les hommes. On y joindra l'organisation judiciaire des Romains, c'est-à-dire les organismes sociaux chargés d'assurer la sanction des droits, ce qu'on appelle aujourd'hui les Tribunaux ou Cours. Chez les Romains, l'organisation judiciaire est particulièrement compliquée.

I°.- La loi. Le législateur fait la loi, mais la loi n'est pas tout le Droit.

Le Droit, en général, doit être produit: il ne sort pas du néant. On pense souvent que le Droit est le produit de l'action du législateur, que, quand l'histoire a amené la reconnaissance d'un pouvoir législatif - et c'est d'assez bonne heure - celui-ci est tout puissant et que c'est lui qui fait le droit.

Sans doute, le législateur fait la Loi, mais la Loi n'est pas tout le Droit.

Pour saisir l'opposition entre la Loi et le Droit on peut considérer, dans la France contemporaine, qu'en dehors des lois fonctionne la jurisprudence qui, sous couleur d'interpréter les lois, est véritablement créatrice de droit. Le Droit se forme donc parfois en

---

(I) Paul Krueger, Hist. des sources du DD.R. trad. Brissaud, Paris, 1894.

Source : BIU Cujas

dehors du législateur. Des règles positives nombreuses, importantes, fondamentales n'ont jamais été reconnues ni décrétées par un législateur et cela est vrai, non seulement dans le Droit contemporain, mais aussi dans tout le droit romain pour ne parler que de lui.

C'est que la loi est un produit créé par le législateur d'une façon souvent artificielle. Le législateur étant souverain tend, comme tout souverain, à abuser de sa puissance et par ses lois, il prétend régler la vie juridique. Cette tâche dépasse certainement la possibilité humaine et le législateur de tous les pays devrait se pénétrer de son impuissance Il pourrait prendre pour guide l'ouvrage de M. Cruet "la vie du droit et l'impuissance des lois".

Beaucoup de règles de droit se forment en dehors du Législateur

Le Droit ne sort pas toujours de la volonté du législateur, qu'il s'agisse du législateur moderne ou du législateur ancien. Le Droit vient d'autre part et les principales règles juridiques, lesprincipales notions théoriques ou pratiques de droit se forment en dehors même du législateur. Mais ceci ne fait que déplacer la question:d'où vient le droit positif?

Le droit ne se forme pas dans la conscience populaire; il est l'oeuvre d'une élite, savants et praticiens

On dit quelquefois sous l'influence des considérations métaphysiques : "Le droit se fait dans la conscience des peuples". On a beaucoup répété cette phrase depuis la Révolution. La conscience populaire est une notion qui, aujourd'hui, comporte des réserves. On ne peut guère croire à l'action créatrice des puissances collectives, mais seulement à celle de puissances individuelles.

Le Droit ne se forme pas plus que les grandes réformes, dans l'âme et dans la conscience populaire qui ignorent le Droit; il est créé par des hommes absolument comme tous les grands mouvements. Le droit se forme dans une élite, comme toutes les choses qui durent et qui prospèrent et ce sera une élite de juristes: savants et praticiens.

Nous allons rechercher quels sont ces hommes, qui, dans l'ancienne Rome, ont eu la possibilité de donner aux usages des sanctions ou d'imaginer de faire sanctionner des règles juridiques nouvelles. Nous rattacherons les sources du droit à l'histoire politique de l'Etat romain, car les sources du Droit, qu'il s'agisse de la Loi ou non sont nécessairement dans tous les pays et dans tous les âges, fonction de l'histoire politique de ces pays et de leurs institutions. La loi, en France, ne s'est pas faite de la même façon au temps de Charlemagne, au Moyen Age, au temps de Louis XIV, sous la Révolution, aujourd'hui

Les sources du droit sont en fonction de l'histoire politique et des institutions du pays

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

Chapitre Ier

LES SOURCES DU DROIT ET L'ORGANISATION JUDICIAIRE SOUS LA ROYAUTE (I)

Les origines de Rome

Les historiens modernes n'admettent pas les récits des historiens romains sur la fondation de Rome ; et les critiques négatives pour repousser les récits deTite-Live ou autres sont unanimes. Mais lorsqu'il s'agit des origines de Rome, surgissent d'énormes difficultés. M. Piganiol admet que Rome aurait été fondée par trois tribus: Titienses, Rammenses et Luceres, appartenant à deux peuplades, les Albains qui se sont établis sur le Palatin et les Sabins qui se sont établis sur le Capitole, Albains et Sabins qui diffèrent, d'ailleurs, du tout au tout sur beaucoup de points. Rome a subi également l'influence des Etrusques et de leurs institutions, mystérieuses comme leur langue.

Malgré les controverses très nombreuses qui règnent sur la royauté, il parait bien certain aux historiens du droit romain que la seule source de droit créant des institutions juridiques fut à cette époque la coutume.

La coutume, source unique du droit à l'époque royale

On appelle "coutume""l'ensemble des traditions, des usages des ancêtres" suivant la définition même des Romains (Ulpien, règles 1, 4) "Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus" "La coutume, c'est le consentement tacite du peuple qui a été rendu durable par une longue habitude (2)

Comment se forme la coutume ; rôle des prudents et des praticiens.

Les Romains considèrèrent que lacoutume vient du consentement tacite du peuple (jus non scriptum) parce que lorsque ce consentement s'exprimed'une façon formelle, expresse, il ne s'agit plus de coutume, c'est la Loi ou les autres sources (jus scriptum) Les Romains s'imaginent que la Coutume sort du consentement tacite du peuple, par suite du phénomène qui a été indiqué et critiqué plus haut: que le Droit se formerait dans la conscience populaire.

---

(1) Pour les institutions politiques, lire Th. Mommsen Le droit public romain (trad. P.F Girard)

(2) Voir P. Vincent-de-Paul Perret; les origines

Source : BIU Cujas

En réalité, la Coutume se forme sous l'influence de spécialistes experts qui, sous la Royauté, étaient des prêtres, les pontifes et qui sont censés interpréter la volonté du peuple.

Transmission orale de la coutume

La transmission de la Coutume, s'opère de génération en génération, d'une façon orale, c'est le jus non scriptum, quoiqu'il arrive un moment où la Coutume se trouve écrite (Cf. ancien droit français) Les coutumes romaines les plus anciennes ont été rédigées dans la Loi des XII Tables (I)

La Coutume étant la seule source du droit privé sous la Royauté, deux questions se posent: I°- qu'est-ce que la loi? 2°- que faut-il entendre par les lois royales (leges regiae).

I°.- La loi.

Les idées sur la nature de la loi ont changé. Il parait difficile de faire remonter à la Royauté dans tous les cas (Girard, p. I7) le vote des lois par le peuple (tel qu'il existe sous la République en rapport avec la constitution romaine, reposant sur trois organismes;le Roi, le peuple, le Sénat).Selon M. C (2) la seule loi que le peuple votait est l'adrogation qui a pour but d'introduire dans une famille une personne chef de famille (sui juris) sa femme et ses descendants (voir plus loin les formes de l'adrogation). Le testament dit calatis comitiis, "sur convocation du peuple en comices" n'exigeait pas, comme on le croit, un vote; le peuple jouait seulement le rôle de témoin de la déclaration (lex privata) du testateur (voir plus loin les formes du testament). Mais le peuple avait le droit de reviser à la suite d'un "appel au peuple" (provocatio ad populum) la sentence de condamnation à mort prononcée par le roi, si celui-ci y consent. Cela prouve que le roi avait le pouvoir judiciaire, quoique des contestations existent encore à ce sujet.

---

romaines de la Doctrine de la Coutume en droit canonique (Bull. de littér. ecclésiastique, Oct - Nov. I935).

(I) Les premières coutumes des Romains étaient conformes à celles de tous les autres peuples du Latium et de l'Italie et, d'une façon générale, semblables à toutes les coutumes primitives (On les examinera à propos de chaque institution).

(2) Bull. de la Soc. Nat. des Antiqu. de France, I937 p. I68, I69

Source : BIU Cujas

Le peuple est constitué par les seuls patriciens ou quirites.

Le peuple est constitué par les seuls praticiens ou Quirites (mot d'origine discutée).

Les citoyens patriciens sont répartis en tribus et en curies, 3 tribus et 30 curies.

Est-il exact que les 30 curies remontent à l'époque de la royauté? à quoi correspondent-elles exactement? Comment les citoyens étaient-ils répartis dans chaque curie? C'est un mystère insondable puisque nous n'avons pas les documents nécessaires pour l'éclaircir.

Les comices curiates composés exclusivement de patriciens.

Ce que nous savons, c'est que la curie existe non seulement à Rome, mais dans toutes les civilisations méditerranéennes de l'antiquité, dans les milieux grecs, comme dans les milieux italiotes.

La Curie comprend un certain nombre de Gentes dont font partie les patriciens et leurs clients. Et ici encore, une difficulté se soulève; comment les gentes sont-elles placées dans les curies? Qu'est-ce que les clients? nous savons qu'ils sont différents des plébéiens: sont-ce les affranchis des patriciens? c'est probable, mais le système persiste.

Les curies sont des unités électorales, militair religieuses, administratives. Elles sont convoquées par le roi. Par exemple, lorsqu'il s'agit de mesures politiques à prendre. Elles se réunissent généralement au Comitium dans la partie Nord du Forum.

Dans chaque curie, les citoyens votent par tête; puis on fait l'addition de leurs noms et c'est la majorité qui indique la décision qui sera donnée comme étant celle de la Curie.

A l'époque de la Royauté des plébéiens étaient considérés comme la masse (plebs); il est cependant probable qu'ils avaient une organisation, mais elle nous est inconnue parce qu'elle est en dehors des préoccupations des historiens romains.

Admission des plébéiens dans le populus. Constitution de Servius Tullius, établissement du Cens et des Comices centuriates

Il est arrivé un moment où l'Etat romain, le "populus" fut obligé de reconnaitre la puissance politique de la plèbe en passant aux plébéiens les mêmes charges qu'aux patriciens et en leur concédant les mêmes avantages car, sous le coup des nécessités intérieures, les patriciens ont besoin de faire appel au concours militaire des plébéiens. On attribue ordinairement cette introduction de la plèbe dans l'ordre politique à la constitution célèbre de Servius Tullius - mais nous sommes ici encore en pleine obscurité.

Les charges militaires étaient, à l'origine, des charges personnelles attribuées à chaque Curie. A partir du moment où la plèbe est reconnue, les charges deviennent réelles, c'est-à-dire qu'on ne considère

Source : BIU Cujas

plus les personnes, mais le sol. La réforme de Servius Tullius parait coincider par conséquent avec la réforme foncière. Les tribus personnelles deviennent foncières. Les citoyens, patriciens et plébeiens, sont considérés désormais suivant leur fortune (terres et troupeaux; l'argent est peu répandu) (I)

A la suite du recensement, les citoyens, suivant le taux de leurs richesses sont répartis dans des unités nouvelles, les centuries, unités fondamentales au point de vue militaire et électoral . Les centuries, pour voter, se réuniront dans des Comices appelés Centuriates.

Droit d'initiative des Lois uniquement réservé au roi: rogatio

Contrairement à ce qu'on connait dans le système politique moderne, le droit d'initiative et le droit d'amendement n'existent pas pour les citoyens romains placés dans les Comices Curiates ou centuriates. C'est le roi seul qui propose la loi (rogare). La Rogatio est la proposition d'une loi. A la rogatio du roi, les Comices peuvent répondre soit par "oui" soit par "non" mais ils doivent se prononcer d'une façon nette. L'acte par lequel le peuple répond s'appelle Jubere; ce qui veut dire adhérer, consentir, permettre, laisser faire, autrement dit concéder le pouvoir (jus habere) "Velitis, jubeatis" - Veuillez, consentez, citoyens, à ce que telle ou telle chose se fasse, dira le roi. Aussi Gaius , I, 3 définit-il la loi: "Lex est quod populus jubet atque constituit: La Loi c'est ce que le peuple autorise et établit". Ainsi le peuple romain est souverain - mais non souverain absolu; l'accord du roi et du peuple est absolument nécessaire. Le roi est lui-même un souverain constitutionnel et il voit ses pouvoirs limités à certains égards; mais en dehors de ces limites étroites il est souverain. Il a l'imperium - puissance de commander au point de vue militaire, administratif, religieux et judiciaire. Il a des auxiliaires d'ailleurs peu nombreux, parce que la cité romaine offre à ce moment-là une civilisation peu avancée; le préfet de la ville "praefectus urbi", des tribuns (chefs militaires) et le Sénat.

Rôle du peuple dans la confection de la loi.

Le Sénat: intervention du Sénat en matière législative: l'auctoritas patrum

Le Sénat est à Rome le corps respectable de la Cité. Nommé par le roi, il était composé primitivement de cent, puis de 300 patres (patriciens) ou senatores (vieillards)

Son pouvoir est un pouvoir consultatif. Le roi le consulte quand il s'agit d'affaires graves, sans être obligé de suivre sa décision.

(I) Lire l'article de R. Besnier, Rev. Hist. de droit 1934 p. 405 et suiv.

Source : BIU Cujas

Le Sénat a un droit sur la loi: la loi est proposée par le roi; elle est votée par le peuple, mais elle n'est pas effective tant que le Sénat ne l'a pas acceptée en donnant son auctoritas : l'auctoritas patrum n'est pas une "autorisation" mais une confirmation (du mot augere = augmenter) (1).

Les romanistes reconnaissent donc qu'il n'y a pas à Rome, à cette époque, d'autres lois que des lois de circonstance, partant aucune loi faisant du droit privé.

2°.- Comment expliquer alors l'existence de Lois royales ?

Il n'y a pas de vraisemblances en faveur des Leges regiae faites par le roi avec le concours des comices en matière de droit privé

Dans les annalistes latins ou grecs, on trouve des lois royales; les rois, d'après eux, ont légiféré non seulement sur des matières religieuses, mais encore sur le droit religieux dans ses rapports avec le droit civil. Les fragments qui nous restent de ces lois royales sont assez considérables et sont tous du plus haut intérêt, car ils nous offrent des vues sur la civilisation romaine primitive (V. les Textes de Girard (2).

Est-il bien vrai que les lois royales seraient l'oeuvre des trois premiers rois de Rome, comme l'indiquent les annalistes? Est-il bien vrai, comme le prétend Pomponius (D. 1,2,2. long fragment qui constitue une petite histoire du droit romain), jurisconsultedu temps d'Hadrien, que ces lois seraient des lois curiates? D'autres annalistes prétendent que le recueil de ces lois aurait été fait à la fin de la Royauté ou au début de la République par Papirius, Enfin d'autres ajoutent que Servius Tullius aurait fait 50 nouvelles lois en matière de contrats et de délits, c'est-à-dire de questions de pur droit privé; que penser de tout cela?

La critique moderne n'hésite pas à considérer tous ces récits comme des fables. Mais quid de la critique positive? Une légende ne peut pas se former sans un noyau de vérité. Voici ce que la critique moderne admet:

Le jus papirianum est une retouche pontificale du Droit sacré. Les leges dites royales concernant pour la plupart des matières religieuses, il est anti-

---

(I) Sur la sens encore discutée de ce mot V.F. de Visscher, R.H.D.1933 p. 603 et s.

(2) M. J. Carcopino;(Les prétendues "lois royales" dans Ecole française de Rome;Mél.d'Arch et d'Hist. LIVme année, 1937; p. 344-376)les croit d'origine pythagoricienne.

Source : BIU Cujas

historique de s'imaginer que le peuple pouvait avoir à s'occuper de matières religieuses; par conséquent il est impossible d'imaginer l'existence sous ce nom de véritables lois faites par les trois premiers rois de Rome avec le concours du peuple.

Restent les lois de Servius Tullius qui seraient des lois de droit privé (contrats et délits); elles n'ont pas existé non plus et en voici la preuve: Pomponius d'un côté, Denys d'Halicarnasse de l'autre, sont obligés d'admettre que ces lois auraient été abrogées après la chute de la royauté; ils disent cela pour mettre d'accord la prétendue existence de ces lois avec la tradition romaine, que la Ière loi faisant du droit privé est la loi des XII Tables qui est du temps de la République; si Pomponius et Denys ont été obligés d'admettre cela, c'est parce que, en réalité, elles n'ont jamais existé. Il s'ensuit que les lois dites royales étaient des prescriptions religieuses, de droit quelquefois civil et sacré à la fois, qui ont été prises très vraisemblablement par les pontifes et qui ont été mises sous le nom des rois pour leur donner plus d'autorité.

Controverse sur le pouvoir judiciaire du roi.

Le roi avait-il le pouvoir judiciaire? La question est controversée.

On verra que, sous la République, l'instance judiciaire romaine comporte deux phases; le jus et le judicium, le jus étant l'ensemble des formalités qui aboutissent à mettre l'affaire en état (expression technique) procédure qui se déroule devant un magistrat du peuple romain; puis le judicium qui comprend l'instruction de l'affaire et la sentence laissées généralement à un particulier, judex. La question est de savoir si la distinction du jus et du judicium qui existe sous la République ne remonterait pas plus haut et n'existerait pas dès les origines de Rome.

Une opinion très forte déclare que le roi de Rome avait dans ses mains, non seulement la préparation de l'affaire, mais encore l'instruction et la décision, la possibilité de la provocatio ad populum relevée plus haut en serait la preuve. Les annalistes et historiens romains se seraient encore trompés sur ce point.

Source : BIU Cujas

Chapitre II

LES SOURCES DU DROIT ET L'ORGANISATION JUDICIAIRE SOUS LA REPUBLIQUE

Durée de la République: 509-727 ab U.C.

Les origines exactes de la République romaine sont inconnues; on fait partir cette période de l'année 245 deRome (509 av. J.C.) date du suicide de Lucrèce et de l'expulsion du roi Tarquin, qui est probablement légendaire: et on l'arrête généralement en l'année 727 de Rome (27 av. J.C.) début de l'Empire.

La République romaine a duré près de cinq siècl et pendant ce temps des transformations profondes se sont accomplies dans l'Etat romain et dans la société romaine.

Caractéristique de cette période

On peut dégager six phénomènesprincipaux qui caractérisent la période de la République:

I°.- L'extension de la puissance romaine.

I°.- Extension de la puissance romaine

Au début, la République romaine comprenait un petit territoire ayant peu d'étendue et peu de force. mais la puissance romaine s'est étendue considérablement pendant sa durée.

Voici les principales dates: la conquête de l'Italie jusqu'au Rubicon (sans la Grande Grèce) est achevée en 532 de Rome (222 av. J.C.); les deux premières guerres puniques, 490 de Rome à 553 (264 à 201 av J.C.); la réduction de la Grèce en province romaine après la troisième guerre punique concorde avec la destruction de Carthage (608-146 av. J.C.).

2°- Développement du commerce et par suite des opérations juridiques

2°.- Le deuxième phénomène consécutif au premie c'est le développement intensif du commerce et de la richesse qui est un facteur de progrès d'ordre économique. Le commerce fait naitre dans toutes les sociétés des besoins juridiques et ceux-ci doivent être satisfaits par des institutions nouvelles; plus le commerce se développe et plus les institutions juridiques se multiplient.

3°- Développement de la culture intellectuelle des Romains.

3°.- Le troisième phénomène est que la culture intellectuelle des Romains augmente. L'énorme développement des lettres, des arts de la philosophie constitue un facteur d'ordre moral qui aura une répercussion profonde sur le développement des institutions et des doctrines juridiques, car il est impossi

Source : BIU Cujas

de séparer le droit de la morale et de la philosophie.

4°- atténuation et décadence des conceptions et institutions primitives.

4°.- A mesure que la richesse augmente ainsi que la culture intellectuelle et philosophique, les Romains perdent leurs conceptions primitives, religieuses et morales qui étaient extrêmement simplistes, mais qui avaient fait pendant longtemps la force même de la République; et à la fin de la République, sous l'influence de ces facteurs à la fois économiques et moraux une décadence religieuse et morale se produit qui a appelé les récriminations de quelques vieux Romains et en particulier de Caton.

Cette évolution aura sa répercussion sur le Droit en ce sens que les plus vieilles institutions devront s'atténuer, s'adoucir et que de nouvelles institutions en particulier appartenant au jus gentium s'établiront, dont les Romains primitifs n'avaient aucunement la conception.

5°- Transformation des institutions politiques

5°.- Le cinquième phénomène c'est la transformation des institutions politiques.

Les institutions politiques de la République sont toujours construites sur le même schéma; le peuple, le Sénat continuent à jouer leur rôle, mais au lieu d'un roi (et c'est la caractéristique même de la République romaine) à la tête de l'Etat se trouvent deux Consuls qui sont des magistrats annuels (comme tous les magistrats romains, en général) nommés par le peuple.

Les organes politiques: peuple, Sénat, consuls.

Au point de vue politique, un autre phénomène se fait sentir: on sait que la plèbe avait, sous la Royauté commencé à jouer un rôle, sous la République, ce rôle est beaucoup plus important.

Triple pouvoir du peuple législatif, judiciaire, électoral.

Le peuple et la plèbe exercent les trois pouvoirs; législatif, judiciaire et électoral. Le populus exerce ses pouvoirs dans les Comices qui, sous la République, sont de trois espèces: les anciens Comices curiates; les anciens comices centuriates et les Comices tributes.

Les 3 sortes de comices

Les concilia plebis

La plèbe exerce ses trois pouvoirs, non pas dans les comices, qui sont réservés aux patriciens, mais dans une assemblée, qui s'appelle: Concilium plebis,

Les plébéiens sont rangés par Curies et par Tribus (et l'unité est tantôt la Curie, tantôt la tribu)

Les consuls (annalité et collégialité)

Le peuple aura des magistrats: les deux consuls c'est-à-dire collègues, qui sont appelés également praetores (le mot préteur indique primitivement un général d'armée) ou Judices "juges" parce qu'ils ont le pouvoir judiciaire.

Apparition progressive des juges,

En ce qui concerne les consuls envisagés comme ils n'exercèrent que la première partie

Source : BIU Cujas

à côté des consuls, de nouveaux magistrats qui acquièrent une partie des attributions primitives des consuls

des pouvoirs du roi; leur rôle judiciaire est seulement de mettre les affaires "en état" c'est-à-dire de connaitre de la première phase du procès: le jus; le judicium se trouve confié soit à un judex, soit à des recuperatores, soit à des tribunaux.

D'ailleurs, comme le roi, les consuls avaient encore des pouvoirs administratifs et des pouvoirs militaires.

Il semble qu'entre la royauté et la République il n'y ait pas de différences sur ce point: ceux qui commandent possèdent l'Imperium absolu, tout comme le roi dans la période précédente. Cela n'est vrai, cependant, que pour le commencement de la République, - car une révolution très profonde s'opéra par le développement des magistratures romaines.

L'augmentation du nombre des magistrats constitue un phénomène qu'on appelle, en Droit Romain, le morcellement des magistratures et qui est une loi de l'évolution générale; la spécialisation des fonctions. Dans les Etats peu développés, les fonctions multiples sont réunies dans les mêmes mains (cf. France, haut moyen age); mais le développement des affaires apporte un obstacle à l'exercice même de ces fonctions et les titulaires se trouvant débordés, on est obligé d'augmenter leur nombre. D'autre part, le perfectionnement des institutions oblige également à partager les tâches (cf. France après le XIIème siècle).

Ainsi, au fur et à mesure que la civilisation romaine se développe, que l'Etat romain augmente de puissance, que les limites de son territoire se trouvent reportées au-delà de la Méditerranée, que le commerce s'amplifie, que les affaires judiciaires augmentent en nombre, pour toutes ces raisons, la République romaine a dû créer de nouveaux magistrats, dont les fonctions, à la différence de celles des Consuls, vont se trouver spécialisées; et en conséquence, les fonctions des consuls se réduiront par le transport que l'on fera de tel ou tel de leurs pouvoirs à tel ou tel magistrat.

1°.- Questeurs

1°.- Ce furent les Questeurs qui furent créés tout d'abord. Ils s'occupent des affaires financières et de l'administration du Trésor. Ils furent créés vers 305 de Rome (449 av. J.C.) à la chute des decemvirs.

2°.- Censeurs

2°.- Des censeurs furent créés qui s'occupèrent du cens, ou recensement, de la surveillance des moeurs et des finances vers 311-319 (443-435 av.J.C.) Le cens a lieu tous les cinq ans, à chaque lustre (origines religieuses).

3°- Ediles Curules.

3°.- Les Ediles curules s'occupent en particulier de la police de la voie publique et des marchés; créés

Source : BIU Cujas

par les lois liciniennes en 387 (367 av.J.C.)

4°- Le préteur investi de la juridiction civile

4°- Le préteur, qui s'occupe de la justice civile, fut créé par les mêmes lois (387-367) Il n'y en a qu'un à l'origine; mais par suite des rapports de plus en plus intenses avec l'étranger et en particulier avec le monde grec, les Romains créèrent un second préteur. Le plus ancien s'appelle le préteur urbain et ne s'occupait que des affaires entre les citoyens romains; le second s'appela le préteur pérégrin et s'occupait des procès entre Romains et pérégrins ou entre pérégrins seuls; il fut créé en l'année 512 deRome (242 av. J.C.).

Préteur urbain et préteur pérégrin

Tels sont les magistrats qui résident à Rome avec les consuls.

Création au VIIème siècle Quaestiones perpetuae

Un fait important aussi, c'est la création des tribunaux permanents: quaestiones perpetuae "Cours d'enquêtes permanentes" faites pour conduire l'instruction et le jugement. Leur apparition s'est produite au VIIème siècle de Rome (entre 150 et 50 av.J.C.)

Organisation de l'Italie.

Il fallait organiser l'Italie. On y laissa les magistrats municipaux et on y plaça des praefecti jure dicundo "Les préfets chargés de dire le droit" qui sont des délégués du préteur.

Magistrats provinciaux

Dans les provinces se trouvent les propréteurs et les procunsuls "praesides provinciae" gouverneurs de province, qui sont les administrateurs de la province et des magistrats judiciaires qui tiennent des conventus, assises ambulantes (cf. France du Moyen Âge) On y trouve aussi des quaestores.

Les principaux de ces magistrats possèdent l'imperium comme les consuls eux-mêmes, comme le roi autrefois. C'est le pouvoir de commander. On l'appelle quelquefois pouvoir administratif (il vaudrait peut-être mieux dire pouvoir d'autorité).

Les magistrats judiciaires seuls possèdent en outre la jurisdictio "le pouvoir de dire le droit" le pouvoir de mettre une affaire judiciaire en état d'être instruite et jugée.

Magistrats investis de la jurisdictio préteurs, édiles, gouverneurs de province, etc...

Les magistrats judiciaires sont les suivants: les Consuls, dont les pouvoirs judiciaires finirent lorsque le préteur fut créé; les préteurs, les censeurs; les Ediles curules; les praefecti jure dicundo (qui n'ont pas l'imperium) les gouverneurs de province; les magistrats municipaux.

Les magistrats de la plèbe sont beaucoup moins nombreux. La plèbe a comme le populus des chefs; les tribuns de la plèbe, au nombre d'abord de deux, puis de 5, puis de 10. La plèbe a des Ediles; les Ediles de la plèbe, aediles plebis qui s'occupent d'administration financière comme les questeurs. Ces magistrats

Source : BIU Cujas

Les magistrats de la plèbe

de la plèbe ont le droit considérable d'arrêter les décisions des magistrats du peuple; le droit de veto contre les décisions de ces magistrats s'appelle "intercessio". D'ailleurs, lorsqu'il y a plusieurs magistrats qui exercent en commun (consuls, questeurs, tribuns de la plèbe, etc...) chacun des magistrats a le droit de veto vis-à-vis de l'autre; autrement dit l'unanimité est de règle dans l'ordre de la collégialité.

Le Sénat, sa composition; accession des plébéiens au Sénat

Le Sénat voit, sous la République, son rôle augmenter, non pas en théorie (en droit) mais en pratique (en fait).

Le Sénat se composait de 300 membres, divisés en deux catégories; les sénateurs patriciens - les anciens et primitifs patres - et les sénateurs plébéiens qui étaient inscrits à titre accessoire à la suite, - conscripti - d'où l'ensemble des sénateurs s'appelle patres conscripti: les pères conscrits. Les plébéiens sont au nombre de 164 contre 136 sénateurs patriciens.

Recrutement du Sénat.

Le Sénat est nommé par les consuls comme il l'était autrefois par le roi. Il fut nommé ensuite par les censeurs d'après un plébiscite des environs de 442 de Rome (312 av. J.C.); le plébiscite Ovinien.

Importance du rôle du Sénat corps permanent à côté des Consuls annaux.

Le Sénat reste encore un corps consultatif, comme il l'était sous la royauté. Il ne prend pas de décisions impératives qui lieraient les consuls pas plus qu'il ne prenait de décisions liant le roi. C'est pourquoi en droit, les pouvoirs du Sénat n'ont pas changé, seulement en face de cet état de droit, il faut se représenter l'état de fait les consuls changeaient tous les ans et, par conséquent, ils n'avaient jamais un pouvoir aussi fort que l'avait eu le roi; au contraire, le Sénat était un corps stable, et, dans la pratique romaine de la République, le Sénat est réellement le corps dirigeant de l'Etat romain. Sans doute, ce sont les Consuls qui sont les chefs de l'Etat, sans doute le peuple et la plèbe ont des pouvoirs considérables, mais le véritable gouvernement se trouve aux mains du Sénat. Les consuls sont, d'ailleurs, responsables et en pratique ils ne feront aucun acte grave sans prendre conseil du Sénat. Cependant le Sénat voit son rôle diminuer sur un point; sous la royauté une loi votée par le peuple ne devenait efficace que si elle avait reçu l'auctoritas patrum, cela subsiste sous la République; mais, d'une part, l'auctoritas appartient seulement aux patriciens qui sont maintenant en minorité et, de l'autre, l'auctoritas devint une simple formalité quand une loi Publilia (415-339) décida que l'auctoritas patrum devait être donnée avant le vote de la loi.

Diminution du rôle du Sénat au point de vue de l'auctoritas.

Source : BIU Cujas

6°.- Multiplication des sources du Droit. Insuffisance de la coutume comme source du Droit par rapport au développement de la civilisation.

Le 6ème phénomène, le plus important pour les juristes, est l'apparition du jus scriptum et la multiplication des sources du droit. De même que la complexité du commerce et des affaires de l'Etat, de même que l'extension de la puissance romaine ont amené le morcellement des magistratures, de même, ils ont amené la multiplication des sources du Droit.

Dans les milieux primitifs, la Coutume est la seule source de Droit: des patriciens experts, des pontifes créent certaines institutions, certaines règles de droit, qui se transmettent de père en fils. La Coutume suffit parce que les rapports juridiques sont peu nombreux, peu importants et qu'en particulier, il n'existe pas chez les peuples primitifs de commerce intensif. Mais si la civilisation se développe (et on vient de voir que sous la République romaine elle a fait des progrès énormes), la Coutum n'est plus une source suffisante de Droit; si elle a des avantages sur la Loi, elle a aussi des défauts (cf. l'ancienne France): elle n'est pas certaine, parce qu'elle n'est pas toujours écrite; elle se modifie; certaines parties s'effritent, c'est ce qu'on appelle la désuétude lorsqu'elles ne sont plus conformes à la pensée du jour. Les civilisations avancées préfèrent des règles dont la stabilité sera assurée de façon plus parfaite et par l'écriture; c'est ainsi que nait le jus scriptum à côté du jus non scriptum.

pparition du us scriptum. es 5 sources.

Le jus scriptum est représenté en Droit romain sous la république par 5 sources que M. Collinet divisera en sources directes et en sources indirectes de droit.

ources directes.

Les "sources directes" sont celles qui créent par elles-mêmes le droit sans avoir besoin d'un intermédiaire, qui ont pour but de créer une institution, une réglementation juridique.

ources indirectes

Les "sources indirectes" sont celles qui contribuent au progrès du droit sans créer par elles-mêmes le droit, ne le créant que par un intermédiaire.

Section Ière - Les sources directes;
Section 2ème - Les sources indirectes
Section 3ème - L'organisation judiciaire.

Source : BIU Cujas

Section Ière

Les Sources directes

Les sources directes sont: la loi, le plébisci l'Edit des Magistrats.

§. I - La loi

Vote de la loi dans les Comices.

Le peuple vote les lois dans ses Comices. Le rôle des Comices Curiates diminue; les Comices centu tes et tributes sont considérés comme les principaux

Les lois sont proposées par les Consuls ou par d'autres magistrats supérieurs du peuple romain.

Façon de désigner les lois

La loi porte le nom gentilice de l'auteur du projet de loi, s'il s'agit d'un préteur, d'un dictateur ou d'un tribun; si ce sont les consuls qui ont proposé la loi, comme ils sont deux et que chacun d'eux a un nom gentilice, la loi portera un double nom.

La lex rogata

Leslois sont votées (I) par le peuple sur la rogatio des magistrats, aussi appelle-t-on la plupa des lois des leges rogatae; on leur oppose d'autres lois qui ne sont pas votées par le peuple, les lege datae (lois concédées) mesures prises soit par le Sénat, soit par un magistrat supérieur en vue de ce taines personnes ou de certaines cités ou provinces Exemple: l'octroi du droit de cité.

Publication des lois.

Une fois votées, les lois sont publiées, c'est à-dire qu'elles sont gravées sur des tables de bois de pierre ou de bronze et affichées dans la ville, Forum. Ces lois renferment trois parties: la praes- criptio, la rogatio, la sanctio.

Contenu des lois.

I°- La praes- criptio

La praescriptio est écrite en tête. On y trou le nom du ou des magistrats qui ont été l'auteur ou les auteurs du projet et leurs titres. Puis vient la date du jour du vote, le lieu du vote, le nom de la tribu qui a voté la première qu'on appelle "trib prérogative" le nom du membre de la tribu qui a vot le premier, le "prérogatif" s'il s'agit d'une loi v

---

(I) Pour les détails voir "Histoire des Sources" de Krueger p. 2I à 24.

Source : BIU Cujas

tée par les Comices tributes. Un exemple unique nous a été conservé: la Loi Quinctia de 745/9 concernant les aqueducs (textes de Girard, p. 105).

2°- La rogatio

La Rogatio est le dispositif même de la loi: c'est-à-dire les décisions qui sont prises par la loi Sur le terme technique "rogare" ont été faits d'autres termes indiquant lesprincipales modifications qui peuvent se produire dans les destinées d'une loi. Ulpien (Règles I, 3) dit: "Lex aut rogatur, id est fertur; aut abrogatur, id est prior lex tollitur; aut derogatur, id est pars primae legis tollitur; aut subrogatur, id est mutatur aliquid ex prima lege..." Ou la loi est votée, ou la loi est abrogée, c'est-à-dire que la loi est effacée, ou il est dérogé à la loi (une partie du droit ancien est enlevée - ce n'est pas toute la loi, mais seulement une partie) ou bien elle est subrogée, c'est-à-dire que quelque chose de la loi est modifié". Aujourd'hui, abroger et déroger survivent; subroger ne s'applique plus aux lois.

Changements que peut subir une loi.

3°.- La sanctio. Différentes espèces de lois au point de vue de la sanctio: leges perfectae minus quam perfectae, minus quam perfectae et imperfectae. Grand nombre de lois votées sous la République.

La sanctio indique les mesures qui sont prises contre les violations de la loi. Mais, à la différence du droit moderne, chez les Romains, toutes les lois ne comportent pas une sanction. A cet égard, les jurisconsultes de l'Empire ont divisé les lois en leges perfectae: les lois parfaites qui annulent l'acte fait en violation d'elles; les leges minus quam perfectae: les lois moins que parfaites qui ne prononcent pas la nullité de l'acte fait en violation, mais qui menacent d'une peine ceux qui contreviennent à la Loi, les leges imperfectae; lois imparfaites qui sont dépourvues de sanctions, tout au moins de sanctions judiciaires (Ulpien R. I,2) (Ex. loi Cincia, IIme année).

Les lois qui ont été votées sous la République ont été extrêmement nombreuses et la plupart de celles qui touchent au droit privé sont très importantes (I)

De grandes incertitudes règnent sur la date de certaines de ces lois. On a commis beaucoup d'erreurs pour les dater (Cf. Girard, Manuel p. 39; N° 3).

La loi des XII Tables (305). circonstances dans lesquelles

On doit insister sur la plus importante, la Loi des XII Tables (lex duodecim Tabularum) qui n'a jamais été abrogée, même par Justinien. C'est, d'après la tradition romaine, la plus ancienne des lois romaines,

---

(I) Pour avoir une vue d'ensemble, voir l'article d'Ed. Cuq "Lex" dans le Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines.

Source : BIU Cujas

elle a été votée d'après les historiens romains

elle n'a pas été votée comme une loi ordinaire, mais dans des conditions spéciales qui ont donné lieu à de vives controverses. Une Ecole d'esprit avancé a douté de l'authenticité des XII Tables; cette école se demande si le récit traditionnel de sa rédaction est vraisemblable et si les dispositions de la loi des XII Tables qui sont parvenues jusqu'à nous étaient réellement conçues dans les termes où nous les avons. Sansdiscuter cette opinion, on admettra, sous toutes réserves, l'authenticité des XII Tables (V. les Texte de Girard p. 9 et 10).

Les annalistes latins disent que la loi des XII Tables représente dans l'histoire de Rome l'un des résultats de la lutte entre les patriciens et les plébéiens. Pendant longtemps, les patriciens seuls avaient eu des droits; la coutume était conservée par les pontifes, des patriciens, de sorte que la plèbe, lorsqu'on lui eut reconnu certains droits, se trouva jugée par des magistrats qui étaient assez naturellement partiaux lorsqu'un procès était soulevé entre patricien et plébéien. La plèbe qui se plaignait qu'elle ne connût pas les Coutumes en demanda la rédaction. En 292/462, le tribun Terentilius Arsa proposa de nommer une commission qui fixerait la Coutume et par ce moyen arriverait à l'égalité des citoyens devant la Loi. Les Consuls et les Sénateurs qui, à cette époque étaient tous patriciens, défendirent leursprivilèges. La plèbe répondit à cette résistance en maintenant les mêmes tribuns pendant huit ans, jusqu'à l'année 300/454. A cette date, les patriciens cédèrent. Il envoyèrent en Grèce, peut-être seulement dans la Grande Grèce (l'Italie méridionale)une délégation de trois patriciens qui avaient pour mission de prendre une copie des lois de Solon (I) Elle revint à Rome deux ans plus tard 302/452. A son retour, en vertu d'une entente entre le Sénat et le peuple, les pouvoirs dés consuls qui représentaient le populus, et les pouvoirs des tribuns, qui représentaient la plèbe; furent d'un commun accord suspendus. Les pouvoirs constitutionnels aussi bien du peuple que de la plèbe passèrent à des magistrats nouveaux, à un collège composé de dix membres qui s'appellent à cause de cela les "Decemviri legibus scribundis" "élus pour écrire les lois".

(I) Retrouve-t-on dans la Loi l'influence de Solon? c'est discutable. Cependant la Loi contient des mots latins d'origine grecque (poena p. ex.)

Source : BIU Cujas

Ils étaient chargés non seulement de rédiger la Coutume, mais encore d'administrer et de gouverner l'Etat. L'élection eut lieu pour l'année 303/451. Les decemvirs étaient tous patriciens et parmi eux se trouvait Appius Claudius . Ils soumirent la même année aux Comices Centuriates IO Tables de lois; d'autres decemvirs furent nommés pour l'année suivante 304/450; ceux-là soumirent deux nouvelles tables qui furent votées l'année suivante: 305/449 et cela faisait douze Tablés. Les décemvirs furent chassés du pouvoir à la suite d'un évènement peut être légendaire, le meurtre de Virginie (I) Voilà ce que disent les annalistes et ce que l'Ecole avancée prétend être une invention.

Les XII Tables furent gravées et affichées au Forum jusqu'à l'incendie de Rome par les Gaulois 364/390; incendie qui parait être un évènement réellement historique et qui, aux yeux de la critique, serait peut être le premier qui soit authentique. Il faut croire que les XII Tables avaient péri dans l'incendie, car; nous apprend Ciceron, un nouveau texte fut rédigé. Nous ne possédons plus les XII Tables dans leur intégralité. Nous en connaissons seulement certains fragments, parvenus par des citations soit textuelles, soit résumées dues à des annalistes, des historiens, des juristes de Rome.Néanmoins, ces fragments nous donnent un aperçu assez satisfaisant de son contenu.

Il n'est pas douteux que la loi des XII Tables représente l'entente entre le populus et la plèbe.

Caractère des XII Tables

Cependant, cette loi ne semble pas avoir été une codification complète; on ne devait pas y trouver toutes les dispositions légales. Ses règles étaient, pour la plus grande partie, des consécrations des coutumes en vigueur, encore très formalistes et très barbares sur certains points.

Contenu des XII Tables. Importance des des dispositions réprimant les délits

On y trouve des dispositions sur le droit sacré; sur le droit public (par exemple, le droit pour le populus de légiférer); sur le droit privé civil; mais surtout sur la procédure et sur la sanction des faits délictuels.

Il est absolument prouvé aujourd'hui par les historiens du Droit comparé (V.3 Vol. de R. Dareste, Et. d'hist. du Droit), que ce qui préoccupe les législateurs antiques, c'est la répression desdélits et la procédure qui peut conduire à cette répression. On a comparé la Loi des XII Tables à la loi Salique qui était un tarif des "compositions légales" (wehrgeld)

(I) V.Nicolau,Causa Liberalis, thèse de Paris 1933

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

c'est-à-dire des somms que le coupable d'un délit ou d'un crime devait payer à la victime ou à sa famille pour arrêter la vengeance qui tomberait sur lui.

§. 2 - Le Plébiscite

Assimilation de la loi et du plébiscite depuis la loi Hortensia.

Le plébiscite (plebis-scitum, décision de la plèbe) était voté sur la proposition des tribuns de la plèbe dans ses Concilia, et ne valait qu'entre plébéiens.

La loi Hortensia (entre 465/289 et 468/286) assimila complètement la Loi et le Plébiscite au point de vue de leur efficacité - ce qui prouve qu'au moment où elle a été votée, la plèbe avait autant d'autorité que le populus. Aussi la plupart des lois, après cette Loi, sont-elles désormais des plébiscites: lex sive plebiscitum "loi ou plébiscite".

§. 3 - L'Edit des magistrats

L'Edit des Magistrats nous transporte dans un domaine différent. Les hauts magistrats judiciaires (préteurs, édiles curules, gouverneurs) lorsqu'ils se présentaient au vote des électeurs, avaient l'habitude de faire une profession de foi orale "ex dicere" d'où est venu "edicere-edictum". Dans la suite, leur profession de foi fut mise par écrit et affichée.

L'édit, profession de foi faite par les magistrats judiciaires à leur entrée en charge. d'abord oral, l'édit (du préteur) fut ensuite affiché

Ces édits nous intéressent particulièrement parce que les magistrats judiciaires insèrent dans leur profession de foi des promesses qui concernent l'application du droit privé. Matériellement, tel qu'il se présentait aux yeux des électeurs, un édit était écrit en lettres noires sur fond blanc (d'où son nom d'album) Les titres sont écrits en lettres rouges (d'où l'expression "rubrique"). Les édits sont affichés à Rome au Forum et dans les provinces à l'endroit où l'on a coutume de se réunir. Il faut arriver au Haut-Empire pour être bien renseigné sur ce qu'était l'Edit du préteur; néanmoins, bien avant l'Empire, ils furent déjà une source de droit considérable. Les Edits du préteur (Gaius 4,11) n'étaient pas encore en usage au temps des actions de la loi - on appelle "actions de la loi" Légis actiones, la première procédure qui servit aux Romains; les Edits du préteur furent donc introduits seulement sous la seconde procédure de Rome, la procédure formulaire ou par formules, créée

L'Edit du préteur ne fonctionne qu'à partir de la procédure formulaire.

Source : BIU Cujas

dans des conditions difficiles à préciser, au commencement du VIIème siècle de Rome, d'après une opinion: peut être auparavant, au VIème siècle (en tout cas vers 150 av. J.C.) comme le croit plus volontiers M. Collinet (V. Procédure) Sous cette procédure, le procès une fois mis en état dans la phase du Jus, sera résumé dans un petit écrit qu'on appelle "la formule" remise au Judex qui rendra le jugement.

Importance de l'Edit du préteur comme moyen employé par celui-ci pour compléter ou corriger le Droit Civil. Le Jus honorarium

L'Edit du préteur contient d'abord les formules d'actions civiles (actio ou judicium) le préteur "viva vox juris civilis" étant chargé en Ière ligne d'appliquer le jus civile qui nait de la coutume, de la Loi ou du Plébiscite. Mais il y a plus; le candidat magistrat expert en droit civil, souvent un Prudent (I) s'aperçoit de ses imperfections; il s'aperçoit des cas pratiques où la Loi et la Coutume se montrent imparfaites, où les particuliers qui ont une contestation entre eux sur un point donné ne peuvent pas trouver dans la législation existante de quoi y mettre fin, des cas où la législation n'est pas complète. Le préteur remédie à cette lacune de la législation en promettant dans son édit de venir au secours des plaideurs intéressants. Il le fera par des procédés qui constituent dans leur ensemble le Droit qu'on appelle Droit honoraire ("honor", c'est la magistrature), terme qui convient à l'oeuvre de tous les magistrats judiciaires, ou le Droit prétorien, lorsqu'il est imaginé par le préteur et plus particulièrement par le préteur urbain.

I°.- Ces procédés sont surtout des actions dites actions honoraires ou prétoriennes; leurs formules sont précédées d'édits qui contiennent: "judicium dabo" dans "tel ou tel cas, je promets de donner une action" tandis que les formules civiles n'ont pas besoin de l'être.

Différants procédés utilisés dans ce but par le préteur: a) moyens rentrant dans la jurisdictio; formules d'ac-

De plus, le préteur annonce dans son édit d'autres moyens que ne connait pas le droit civil: 2°- la praescriptio, qui est une réserve mise en tête de la formule; 3°- l'exceptio qui est un moyen de droit en faveur du défendeur (tandis que la plupart des moyens de droit sont en faveur du demandeur): 4°- La restitutio in integrum qui permettra de revenir sur un acte déjà accompli, de rescinder un acte juridique ac-

---

(I) M. H. Lévy Bruhl distingue le Prudent et le Préteur, mais M. Collinet a trouvé les noms de beaucoup de préteurs qui étaient des Prudents (Le Rôle des Juges dans le Recueil d'Etudes.... en l'honneur de François Gény t. I Paris 1934 p. 23 - 31)

Source : BIU Cujas

tions honoraires, exceptions, restitutiones in integrum, praescriptiones.

b) moyens dérivant de son imperium: interdits, stipulations prétoriennes, missiones in possessionem. Importance des réformes prétoriennes; ressemblances entre l'oeuvre du préteur et la jurisprudence moderne.

compli Ces quatre procédés rentrent dans le pouvoir de jurisdictio du préteur, ceux qui vont suivre rentrent dans son pouvoir d'imperium; 5°- L'interdit, ordre donné à une personne de faire ou de ne pas faire telle ou telle chose (défense) 6°- La stipulation prétorienne promesse exigée d'une personne, par des paroles solennelles (stipulatio) de faire telle ou telle chose, ou de s'abstenir de faire. 7°- La missio in possessionem envoi en possession d'une personne sur les biens d'une autre.

Voilà les sept moyens qu'appliqueront les Edits. Ce sont les instrumnts par lesquels ont été réalisées les nombreuses réformes prétoriennes qui ont véritablement changé la physionomie du Droit romain, en l'adoucissant et en l'élargissant.

On les rencontrera au fur et à mesure de nos explications. D'un mot, on dira que ces réformes ont tenu dans l'histoire du droit romain la place qu'a tenue de tout temps, dans notre Droit français, la jurisprudence, c'est-à-dire l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux ou par les Cours qui, non seulement appliquent le Droit, mais créent un Droit propre à base d'équité d'où le nom de jurisprudence prétorienne.

Les Edicta repentina. LesÉdicta perpetua.

En dehors de l'Edit promulgué avant son élection lorsqu'un préteur en charge se trouvait en face d'un casnouveau, il était amené à prendre des mesures soudaines (Edicta repentina). Puis ces Edits se transformaient par la répétition (Edicta translaticia) en Edits perpétuels "Edicta perpetua". Mais l'Edit n'est perpétuel que pour un an, car c'est la loi qui est perpétuelle et toute loi qui n'est pas abrogée demeure. En droit, l'Edit ne vit qu'un an, parce que le magistrat du peuple ne tient ses pouvoirs que pour un an. Toutefois l'Edit est devenu assez fort pour que Ciceron l'assimile à la loi; il l'appelle: Lex annua" loi annuelle" et l'expression, malgré la contradiction des termes, est très bien choisie. Par la répétition l'édit acquiert en effet une fixité aussi grande que celle de la Loi. Mais comme il arrivait que certains magistrats violent leurs propres édits ou ceux de leurs prédécesseurs, une loi Cornelia de 687/67 (Sylla) exigea que les préteurs observent le texte de leurs édits. Malgré cela on ne peut mettre l'édit sur le même pied que la Loi; une différence fondamentale exista toujours entre eux: c'est la Loi seule qui crée le Droit (entendons: civil). Le préteur et les autres magistrats judiciaires ne peuvent pas créer le droit civil; ils créent un droit parallèle; le Jus honorarium ou Jus praetorium . Voici plus précises les différences.

L'Edit acquiert par la répétition une force presque assimilable à celle de la loi. Cependant au point de vue théorique, le droit honoraire a moins de force que le Droit civil.

Source : BIU Cujas

I°.- Le droit honoraire n'est pas constitutionnellement égal en efficacité au Droit civil; le droit honoraire le confirme, le complète ou le paralyse sans le détruire, on le verra. Mais ce qu'il faut considérer avant tout, c'est l'efficacité pratique et, en pratique le droit prétorien est tout aussi efficace que la Loi, puisque le plaideur protégé par le droit honoraire pouvait atteindre par lui le but juridique visé. Ainsi, il arrive qu'en fait, très fréquemment, le droit prétorien tienne en échec le droit civil par " "l'exception". De même lorsqu'un droit a été détruit par application du Droit civil, le préteur ne peut pas le rétablir ce droit civil, mais il peut rétablir la situation ancienne grâce à l'"in integrum restitutio" et le plaideur retrouve ainsi son droit sous l'aspect prétorien.

2°.- Une autre différence constitue une infériorité du droit honoraire: c'est qu'il ne lie en principe que le judex nommé par le magistrat pour le procès en cause; il ne lie pas les tribunaux indépendants qui connaissent de l'affaire. Cette différence est réelle et on ne l'a jamais corrigée.

3°.- Une dernière infériorité seulement apparente, c'est que l'Edit n'est appliqué que dans le ressort du magistrat et non pas sur tout le territoire. Mais elle se trouve corrigée par le fait que, si des Edits sont jugés véritablement utiles, les autres magistrats les reproduisent. Les Edits de la capitale étaient souvent reproduits dans les Edits provinciaux (I)

Section II

Les sources indirectes

Les sources indirectes ne créent pas le droit, mais elles sont inspiratrices de Droit. Ce sont

I°.- le Sénatus-consulte

2°.- La science du droit.

§. I - Le sénatus-consulte

Le sénatus- consulte est une

Le sénatus consulte désigne la décision prise par le Sénat, son avis, son conseil (Senatus consultum)

(I) Sur l'Edit provincial V.W.W. Buckland, Rev.hist. de Droit, 1934 p. 81 et suiv.

Source : BIU Cujas

invitation adressée à un magistrat de prendre une disposition déterminée

Le Sénat rend des sénatus-consultes en ce qui regarde le droit privé, lorsqu'il s'aperçoit qu'il serait bon que la législation en vigueur fut complétée.

Il émet le voeu que tel ou tel magistrat prenne telle ou telle disposition nouvelle; le magistrat, le préteur par exemple, déférera à cette invitation du Sénat en rendant un Edit dans lequel il promettra le moyen approprié.

Il arriva un temps où le Sénat conquit le pouvoir de rendre des sénatus consultes ayant force de loi. Quand? C'est encore controversé. Une opinion prétend que, dès la fin de la République cela était possible. M. Collinet préfère l'opinion de Girard et Cuq qui déclarent que les sénateurs n'ont rendu de S.C. ayant force de loi que sous le règne d'Hadrien au II° s. de notre ère (v. plus loin).

§. 2 - La science du droit

La science du droit s'appelle en latin jurisprudentia (1) et les jurisconsultes qui s'adonnent à cette science s'appellent les juris prudentes ou prudentes

La jurisprudence aujourd'hui c'est l'ensemble des décisions qui sont rendues par les tribunaux: elle correspond aux Edits prétoriens (v. plus haut)

La science du Droit, jurisprudentia, comprend la doctrine et la pratique

A Rome, la jurisprudentia c'est la science du droit, c'est la Doctrine et aussi la pratique d'aujourd'hui. La jurisprudentia est une source indirecte de Droit en ce sens que ses innovations ne sont pas obligatoires par elles-mêmes, mais doivent être incorporées au Droit existant par la Coutume (face nouvelle de la coutume, dégagée par M. Collinet).

Elle a ses origines dans la pratique du collège des Pontifes. L'oeuvre des pontifes comporte l'interpretatio legis et la création de différents expédients juridi-

Cette jurisprudentia a commencé plutôt par la pratique que par la doctrine. La pratique du droit, en effet, se trouva pendant plusieurs siècles aux mains des pontifes. Le collège des pontifes présidé par le Pontifex maximus, s'occupait du Droit sacré, du Droit privé dans ses rapports avec le droit sacré, et même du droit privé indépendant du droit sacré, d'une façon secrète, ésotérique, inconnue du public, et lorsque la plèbe eut réussi à faire publier les Coutumes, à les faire afficher au Forum sous la forme des XII Tables, il y eut dans cette pratique cachée une anomalie qui parut excessive (on verra comment les Romains sont sortis de ce conflit.)

---

(1) V.F. Senn, Les Origines de la notion de Jurisprudence, Paris 1926.

Source : BIU Cujas

ques pour répondre à des besoins nouveaux

Les pontifes ont certainement créé beaucoup d'institutions romaines en dehors de celles qui ont rapport avec la religion. Ils l'ont fait en interprétant la loi des XII Tables: la première phase de l'histoire du Droit romain, c'est celle de l'interpretatio legis. De plus, les pontifes ont réalisé de véritables créations de Droit. Il est prouvé aujourd'hui que beaucoup d'institutions ne dérivent pas de la primitive Coutume, mais qu'elles ont été créées sur la base des institutions coutumières de la loi des XII Tables; ces institutions, au lieu d'être employées dans leur but normal, ont été détournées de leur sens primitif pour devenir des expédients formalistes répondant aux besoins nouveaux (V. Girard p. 49).

La divulgation du droit; le Jus Flavianum.

Un peu avant l'année 450/304 lespontifes perdirent le monopole qu'ils avaient des affaires civiles. C'est un épisode de la lutte entre les jurisconsultes séculiers et les jurisconsultes religieux. L'histoire romaine traditionnelle nous apprend que Flavius le secrétaire d'Appius Claudius Caecus (I) rendit public le droit pontifical et qu'en récompense il fut nommé Edile Curule (450/304). Cette divulgation du droit constitua le "Jus civile Flavianum" - Droit civil de Flavius. Flavius afficha également le calendrier.

Le calendrier

Le calendrier établi par les pontifes comportait en face de l'indication de chaque jour des lettres spéciales qui indiquaient la qualité du jour au point de vue religieux; cela était intéressant pour l'exercice de la justice et par conséquent pour l'application du droit. A Rome, en effet, on ne pouvait plaider que les jours fastes, non les jours néfastes. Les plaideurs avaient intérêt à savoir qu'ils pouvaient plaider tel jour et ils ne le surent point jusqu'à la divulgation du calendrier. On a dit que cette divulgation avait ouvert la deuxième phase du Droit romain, la période de la sécularisation.

Diminution progressive du rôle des Pontifes.

Peu à peu l'influence des Pontifes diminua et au temps de Cicéron, le rôle des Pontifes était à peu près périmé (V. Sacra dans les successions)

Comment s'exerce la science du droit dans cette nouvelle période?

Nous le savons en particulier par les ouvrages de Ciceron composés de 673/8I à 7I0/44 qui rappellent des pratiques antérieures.

(I) Ne pas le confondre avec le décemvir.

Source : BIU Cujas

Triple rôle des jurisconsultes.

D'après le De Oratore, le rôle du jurisconsulte était triple: Agere - cavere - respondere.

Agere

Agere consiste pour l'avocat, non pas à représenter son client car même dans le droit moderne l'avocat ne représente pas son client, il l'assiste; mais à l'assister (ad vocatus) en plaidant pour lui. C'est l'avoué aujourd'hui qui représente le client: il a succédé au procureur, procurator, mandataire, terme conservé pour les représentants de l'Etat, procureur de la République, procureur général.

Cavere

Cavere, c'est pour le jurisconsulte, la mission qui consiste à guider le client dans la rédaction des actes juridiques. L'acte juridique d'engagement d'un débiteur, qui est le plus souvent écrit, s'appelle Cautio (Cavere c'est prendre garde, mettre le client en garde contre les conséquences de son acte).

Respondere

Respondere, répondre à la question d'un client c'est consulter, donner une consultation d'où le nom de jurisconsulte: celui qui donne des conseils. Les réponses des jurisconsultes, responsa prudentium ont été l'un des facteurs actifs du développement du droit romain.

L'enseignement du droit.

Sous la République, commença l'enseignement du Droit. Pomponius (D.I.2.2,35) nous apprend que l'enseignement public du droit fut créé par Tiberius Coruncanius (V° ou VIème s. de Rome) qui réunissait chez lui ou au Forum, des étudiants - auditores. L'enseignement n'a fait que progresser au fur et à mesure que le droit séculier se développait. A l'époque de Ciceron, il était parfaitement constitué, moins complet que de nos jours, mais plus pratique ; ce qui correspond le mieux à ces Ecoles (stationes), ce sont les Ecoles anglaises où les leçons sont données par des praticiens, principalement à Londres et qui sont indépendantes des universités.

L'enseignement se donnait sous deux formes: Instituere et Instruere. D'instituere "indiquer les règles élémentaires du droit" vient Institutiones; qui désigne leslivres élémentaires de Gaius et de Justinien, les "Institutes". Instruere signifiait donner une instruction plus avancée dans l'ordre pratique.

Au VIème siècle de Rome (II° s. àv.J.C.) naquit une véritable doctrine (Pomponius D, 1, 2, 2,39)

Les principaux jurisconsultes de la fin de la République

Le plus ancien des jurisconsultes doctrinaires est Sextus Aelius Petus Catus, Consul en 556/198 qui a publié le Jus Aelianum sur lequel il règne beaucoup de mystère. Les auteurs qui nient l'authenticité et l'antiquité des XII Tables lui attribuent la rédaction des coutumes. On attribue également au même

Source : BIU Cujas

auteur un Recueil en trois parties; les Tripertita où étaient réunies les XII Tables; l'interpretatio; les actions de la loi. Il faut également citer Caton le jeune, mort en 602/I52 et aussi les trois fondateurs du droit civil; Manilius, consul en 605/I49 Junius Brutus et Publius Mucius Scaevola, consul en 62I/I33. Publius Rutilius Rufus, consul en 649/I05 a donné son nom à des formules d'actions que l'on retrouvera plus tard. Qu. Mucius Scaevola, consul en 659/95 a laissé un Jus civile en I8 livres. C'est le premier ouvrage complet encore commenté par les jurisconsultes de l'Empire C. Aquilius Gallus, l'ami de Cicéron, préteur en 688/66, élève de Scaevola a, lui aussi, créé des formules Servius Sulpicius, également un ami de Cicéron, consul en 703/5I a eu quelques élèves en particulier Alfenus Varus, qui est intéressant parce qu'il a confectionné des Digesta: c'est la première fois qu'on voit ce nom très célèbre depuis Justinien. Enfin, les trois derniers jurisconsultes à mentionner sont: Cascellius, Trebatius, Testa et Tubero.

Section III

L'organisation Judiciaire

ivision de
'instance en
eux phases.

e Jus devant
n magistrat.

ejudicium
evant un ju-
ex unus sim-
le citoyen
hoisi comme
aré ou devant
n collège.

On a vu que l'instance romaine dans l'ordo indiciorum privatorum se divisait en deux phases: le Jus et le Judicium ou phase in judicio.

I°.- Le Jus se passe devant un magistrat judiciaire, chargé d'organiser le procès, de le mettre en état d'être instruit et jugé.

2°.- Le judicium ou phase in judicio est celle où le procès est instruit et jugé; elle se passe devant un judex unus, devant des récupérateurs ou devant un collège permanent.

En principe, celui qui est compétent dans cette phase, c'est un judex unus; ce n'est pas un magistrat C'est une personne privée, un juré.

Ce juré est, ou bien librement choisi par les parties, ou bien, si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur un nom, sera choisi sur une liste (album judicum) qui est préalablement dressée suivant des formes assez compliquées et qui est affichée à côté du tribunal du préteur. Le demandeur propose au défendeur les noms inscrits sur la liste et dans l'ordre où ils sont inscrits et celui-ci a le droit

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

de les récuser; mais il doit en choisir un (I)

Le juré romain n'est pas un juge, c'est un arbitre (et il y a entre la justice et l'arbitrage des différences considérables) mais il a eu pourtant un rôle dans la formation du droit romain (2).

Les récupérateurs - recuperatores - sont chargés de juger les procès entre citoyens ou entre citoyens et pérégrins.

Des collèges permanents existent: les uns sont chargés de juger certains crimes (les triumvir capitales), d'autres chargés des procès de liberté (decemviri stlitibus judicandis) (3), les centumviri, au nombre de 104, connaissent en particulier des questions de successions (ou hérédité).

Chapitre III

LES SOURCES DU DROIT ET L'ORGANISATION JUDICIAIRE SOUS LE HAUT-EMPIRE

L'établissement de l'Empire (727/27)

L'Empire romain commence avec Auguste. Dans l'histoire d'Auguste, plusieurs dates importantes émergent qui se rapportent soit aux évènements politiques et en particulier aux batailles gagnées par lui, soit aux évènements constitutionnels. On rattache le début du Haut-Empire à l'année 727/27 où Auguste reçut le titre d'imperator et Augustus. En 731/23, il reçut la puissance tribunitienne; en 735/19, l'imperium proconsulaire; en 744/10, le titre de Pontifex Maximus. Par conséquent, en 17 ans, il avait reçu tous les titres qui faisaient de lui le Chef de l'Etat romain. Il concentrait en sa personne les pouvoirs qui, jusque-là étaient répartis entre des personnes diverses. Cette concentration constitue le pouvoir impérial. Quant au titre de Princeps "le premier" qui a donné son nom au Haut-Empire ou Principat, son sens reste discuté.

(I) J.Mazeaud,La nomination du judex unus sous la procédure formulaire, Paris 1933
(2) V.P. Collinet dans le Recueil Gény déjà cité
(3) V. Nicolau, thèse 1933

Source : BIU Cujas

L'Empire Romain se divise en deux périodes: le Haut et le Bas-Empire. Le Haut-Empire ou Principat est caractérisé par ce fait que l'Empereur gouverne avec le Sénat; c'est la dyarchie, gouvernement à deux. Le Haut-Empire dure jusqu'à l'évènement de Dioclétien (284) et fait place au Bas-Empire qui est caractérisé par ce fait qu'il est une monarchie, le Sénat ne tenant plus la place qu'il tenait auparavant.

Le Haut-Empire 27 av. J.C. à 284 ap.J.C. (Dioclétien)

Cette date est conventionnelle car, au point de vue des institutions juridiques, ce n'est pas avec Dioclétien que se fait la coupure, mais seulement avec Constantin (305).

Les idées générales qui doivent nous guider sont les suivantes.

La puissance romaine sous l'empire.

Sous le principat, la puissance romaine déjà si forte sous la République, augmente encore de force - et même elle va commencer à décroitre après avoir atteint son apogée.

Transformation des Institutions de Droit public

En Droit public, il s'est produit dans les institutions politiques de très profondes modifications Sous la République le peuple était, au moins théoriquement, le souverain; le Sénat, en fait, avait la plus grande puissance. Sous l'Empire, le peuple a perdu tous ses droits (qu'il n'exerçait d'ailleurs déjà plus à la fin de la République). L'empereur gouverne mais il a dû acquérir la souveraineté qu'il n'a pas eue dès les origines. On suivra brièvement ce travail plus loin.

Apogée du Droit privé sous le Principat: l'époque classique.

Quant au Droit privé, c'est sous le Principat qu'il a connu son apogée. Sous la République et surtout dans la dernière période, les institutions s'étaient développées soit dans le Droit civil, soit dans le droit prétorien et c'est aux VIème et VIIème siècles de Rome (env. 200 à 50 av. J.C.) que l'éclosion la plus magnifique des institutions s'était produite.

Sous le Principat, naissent peu d'institutions nouvelles; ce qui caractérise alors le progrès du droit privé, c'est le développement des règles qui gouvernent les institutions juridiques grâce à la science de plus en plus perfectionnée des prudents. Aussi cette période est-elle nommée la période du droit classique romain (Ier, IIème et début du IIIème siècles)

Depuis Auguste, jusqu'au temps des Sévères, les jurisconsultes ont ététrès nombreux et beaucoup ont été très remarquables. Les sources ont subi, cela va de soi, des changements corrélatifs à ceux des institutions politiques (v. plus loin).

L'empereur double base

Examinons d'abord les magistrats de l'Empire.

L'empereur réunit en lui toutes les attributions

Source : BIU Cujas

de ses pouvoirs: imperium proconsulaire et potestas tribuniciana. La lex regia de imperio.

qui, jusque là, étaient morcelées entre divers personnages. Il a l'imperium proconsulaire, qu'il reçoit soit de l'armée, soit du Sénat; il a la puissance tribunitienne qu'il reçoit du peuple. Le peuple la lui accorde par la "Lex Regia de imperio" qui existait déjà sous la République, sous le nom de Lex curiata de imperio. Elle accordait, soit aux consuls, soit à l'Empereur, des pouvoirs leur permettant d'exercer l'autorité. Mais la Loi royale devint une pure formalité (I).

Portée relative du principe "princeps" legibus soltus est.

La puissance de l'Empereur est viagère. Il nomme à tous les emplois militaires. Il est au-dessus des lois. On dit souvent "de toutes les lois" et c'est cela qui caractériserait l'impérialisme, correspondant à l'absolutisme de Louis XIV. En réalité, c'est une erreur de croire que l'empereur est au-dessus de toutes les lois. Sans doute "princeps legibus solitus est" dit un texte (D.1,3,31), mais il suffit de considérer l'inscription de ce texte, (c'est à-dire la mention au Digeste du Livre d'où le fragment est tiré) pour voir qu'Ulpien ne formulait pas là une règle générale, mais une règle particulière relative aux lois Caducaires, puisque le passage de ce jurisconsulte est tiré d'un Commentaire sur la loi Julia et la loi Papia Poppaea qui, précisément, sont les lois caducaires (méthodes du contexte ou relative).

Le fiscus Caesaris.

Le prince a un trésor, des biens privés, qu'on appelle fiscus; et des provinces qu'il administre par ses agents "provinces impériales". Mais, il en vint à empiéter sur le Trésor du Sénat ou trésor public. Il s'immisce également dans la justice par la création d'une procédure qu'on nomme "l'appel". Enfin, il conquiert le pouvoir législatif comme on le verra plus tard.

Immixtion de l'Empereur dans la justice par l'appel. Le conseil impérial.

L'empereur a près de lui un Conseil, sorte de Conseil d'Etat qui correspond à ce qu'était le Conseil du roi dans l'ancienne France. Ce conseil est composé de sénateurs et de jurisconsultes. La chancellerie impériale s'organise lentement par à-coups. Elle était composée d'affranchis. C'est sous Claude que son organisation sérieuse commence (2). Elle s'est beaucoup développée dans la suite des temps.

(I) V. la lex de imperio de Vespasien dans Girard Textes p. 106-108.
(2) Sur l'activité législative de Claude, V. G. May, R.H.D. 1936, p. 55 et s. 213 et S.

Source : BIU Cujas

La garde impériale et les praefecti praetorio.

La garde impériale, formée de soldats soigneusement choisis (les prétoriens) est commandée par deux préfets du prétoire - praefecti praetorio - qui, dans l'ordre hiérarchique, viennent au premier rang après l'empereur. Ils nous intéressent, non pas comme chefs militaires, mais parce qu'ils ont acquis des fonctions judiciaires.

Autres magistrats impériaux.

Le chef militaire de la ville est le praefectus Urbi, qui est le chef de la garde urbaine (il est le préfet de police d'aujourd'hui). Le préfet des Vigiles praefectus-Vigilium - a la direction de la police nocturne et des incendies. Le préfet de l'annone a la charge de l'alimentation publique. L'Italie, en effet, n'est pas un pays producteur de blé et on est obligé de faire venir le blé soit de Sicile, soit d'Afrique ou d'Egypte.

Ces préfets sont des officiers administratifs, dotés de l'imperium, du pouvoir de commander (sous l'Empire, tout s'inspire de considérations d'ordre militaire), mais à la différence des préfets d'aujourd'hui, ils ont aussi une juridiction, ce qui produit la confusion des pouvoirs exécutif et judiciaire.

Persistance des anciens magistrats.

Des préteurs spéciaux sont aussi crées (V. Infra).

Les magistrats de la République continuent à exister, car l'Empire romain, à ses débuts, n'est que la continuation de la République. On retrouve les consuls, les préteurs, les tribuns, les édiles, les questeurs, mais plus les censeurs dont Auguste avait pris les pouvoirs. Mais ces magistrats ne sont plus élus par le peuple. Le peuple perd très rapidement le pouvoir électoral; en 14, sous le règne de Tibère, le peuple vota pour la dernière fois. Ces magistrats furent donc élus par le Sénat, c'est-à-dire, en fait, par l'empereur qui a la haute main sur le Sénat.

Les provinces; distinction des provinces impériales et des provinces sénatoriales.

Les provinces étaient devenues de plus en plus nombreuses et elles devaient le devenir davantage encore par suite des conquêtes romaines en Orient. Elles étaient de deux sortes, les provinces sénatoriales, ou provinces du peuple, administrées par des proconsuls ou des propréteurs, et les provinces impériales, administrées par les légats de l'empereur.

Le Sénat avait gagné beaucoup en autorité : il a un grand pouvoir électoral, celui de nommer les magistrats civils; il a l'administration financière des provinces du Sénat; il possède le trésor du peuple et l'administre cerarium, par opposition à fiscus, le trésor de l'empereur.

Enfin, le Sénat demeure toujours un corps consultatif et il acquiert aussi le pouvoir législatif.

Source : BIU Cujas

Mais son autorité a bien diminué : 1°- parce que l'empereur a un conseil privé dont il prend les avis plutôt que du Sénat en bloc; 2°- parce qu'il perd d'année en année son indépendance et devient de plus en plus à la dévotion de l'empereur.

C'est ainsi que le Principat ou dyarchie s'achemine, règne par règne, vers la monarchie, vers le pouvoir de l'empereur seul.

Arrivons aux Sources et à l'organisation judiciaire.

Section Ière

Les sources directes du droit

Grand nombre et complexité des sources du Droit.

Elles sont plus nombreuses qu'elles n'ont été sous la République, car à côté des sources anciennes qui continuent à fonctionner, il en naît de nouvelles Cette multiplicité du reste ne dura pas. Le Haut-Empire a vu commencer la décadence de l'Etat romain; la décadence s'étendit aux sources du droit, dont certaines vont tarir, on le verra.

§ 1 - Les sources anciennes

1°- La Coutume: son rôle créateur et abrogateur.

1°- La Coutume (mores).

Elle continue son oeuvre. La coutume partout a un double rôle : a) un rôle créateur, elle fait du droit en érigeant en institutions juridiques des règles qui étaient purement pratiques et des usages locaux (cf. aujourd'hui encore); ce rôle est mis en relief dans un texte célèbre de Julien (D.1,3,32,1). "Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur et hoc est jus quod dicitur moribus constitutum".

b) un rôle abrogateur: elle est susceptible de faire tomber les lois par l'usure, c'est la désuétude.

La loi : désuétudes des comices. Disparition rapide de cette source de droit.

2°- La loi.

La loi est encore votée par le peuple, soit dans les Comices tributes, ou dans les Comices centuriates; sous Auguste, une série de lois importantes (leges juliae) furent votées. Mais le peuple se désintéressait de la chose publique; il n'allait plus aux Comices, et peu de citoyens votaient. La dernière loi ainsi votée fut une loi agraire du règne de Nerva entre 96 et 98 de notre ère. Les seules lois qui

Source : BIU Cujas

restent sont : la Lex regia, qui investit l'Empereur de ses pouvoirs et ne dura pas; les leges datae, qui ne sont pas des lois à proprement parler; autrefois rendues par les magistrats, elles le sont maintenant par l'Empereur, pour octroyer la Cité, soit à des Villes ou à des particuliers. C'est dans ces leges datae que rentrent les diplômes militaires (v. plus loin).

3°- Edits des magistrats; décadence de l'importance du rôle du préteur.

3°- Les Edits des Magistrats.

Ils continuent d'exister, mais l'autorité des magistrats judiciaires diminue d'intensité. Les préteurs, déjà à la fin de la République, attendaient souvent le mot d'ordre du Sénat pour prendre des édits.

L'initiative des préteurs qui avait déjà diminué pendant les temps troublés de la fin de la République, est encore moins grande à l'époque du Principat; car les innovations, on le verra, procèdent d'autres sources. Notons d'ailleurs que les préteurs créés par l'Empire, les préteurs spéciaux (v. plus loin), ne font pas d'Edits.

La conséquence de tout cela c'est que le droit honoraire s'était arrêté; il ne se développait plus. Aussi l'empereur Hadrien ordonna-t-il de réunir en un seul recueil, en une sorte de Code, les principaux Edicta Perpetua élaborés au cours des temps par les préteurs urbains. Il chargea de la rédaction de l'Edictum Perpetuum, non du recueil, le jurisconsulte Salvius Julianus.

La codification de l'Edit Perpétuel par Salvius Julianus sous Hadrien.

L'Edit perpétuel nous est mal connu, il règne beaucoup d'obscurités sur sa rédaction même, sur sa date (Girard, 57, n.3 la place entre 125 et 128 de notre ère, - Cuq p. 21, entre 129 et 138).

La même obscurité s'étend au motif particulier qui a poussé l'empereur à commander cette rédaction; l'initiative se rattache peut-être à la réforme de l'Italie par Hadrien; elle était administrée par 4 légats, conseillers, qui devaient appliquer le droit honoraire; pour le faire sans paraitre être les subordonnés du préteur, il fallait que le droit honoraire fut codifié par ordre de l'empereur (Cuq. p. 21).

Nous savons d'une façon certaine que Julien entreprit la codification, non pas comme préteur, mais comme questeur du prince et qu'à cette occasion, il reçut une récompense de son travail; son salaire fut doublé par l'empereur. On sait aussi que cette oeuvre fut ratifiée par un Sénatus-consulte qui sans doute ordonna aux magistrats de se conformer désormais à cette rédaction. On sait enfin que les magistrats postérieurs continuèrent à publier l'Edit par voie

Source : BIU Cujas

d'affiche, comme autrefois, jusqu'au commencement du III° siècle. En conséquence, les préteurs n'eurent plus le pouvoir de faire des Edicta Nova : c'est l'empereur qui va être la véritable source du droit, et qui va compléter le droit honoraire, parallèlement au Sénat pour un temps.

Tentative de reconstitution de l'Edit de Julien par M. Lenel.

Arrivons au contenu de l'Edictum perpetuum. Comme on ne le possède pas, il a fallu le reconstituer. C'est un Allemand Otto Lenel qui a reconstitué l'Edit perpétuel. Son ouvrage a été publié en 1883 et cette première édition revue a été traduite en français (1901-1903) par M. Peltier; La 3ème éd. (allemande) est de 1927 (I). La base de la méthode de Lenel a été la méthode des inscriptions, c'est-à-dire qu'il s'est servi des mentions mises en tête de chaque fragment du Digeste et qui contiennent le nom du jurisconsulte, le numéro du livre et le titre de l'oeuvre dont provient le fragment. Une "inscription", c'est, partant, l'en-tête de chaque fragment. L'auteur est arrivé ainsi à reconstituer l'Edit en se servant des extraits des Commentaires sur l'Edit d'Ulpien et de Paul; de ceux de Gaius sur l'Edit provincial et même des Digesta de Julien - qui ne sont pas des commentaires sur l'Edit, mais qui suivent le même plan. Lenel a édité aussi les matériaux de son Edictum Perpetuum sous le titre "Palingenesia Juris Civilis", oeuvre considérable dans laquelle il s'est efforcé de remettre dans leur ordre primitif les fragments des ouvrages des jurisconsultes dispersés dans le Digeste de Justinien.

Analyse de l'Edit de Julien.

D'après Lenel, l'Edictum perpetuum comprend : l'Edit du préteur urbain et l'Edit des édiles curules. L'Edit du préteur urbain avait 45 titres. Il comportait une partie principale et des appendices: dans la partie principale étaient réunis les Edits prétoriens au sens strict, les formules prétoriennes, les formules civiles (tout cela est reconstitué par Lenel). Cette partie principale était subdivisée en 4 sous-parties).

Titre 1 à 13 "Clauses concernant l'organisation de l'instance, jusqu'à la délivrance de la formule".

Titre 14 à 24 "Les voies de droit qui sont soumises au rerum actus (le développement de la procédure ordinaire)".

Titre 25 à 35: "Les voies de droit qui peuvent être exercées en dehors du rerum actus" (En d'autres jours et en d'autres lieux que ceux où fonctionne le rerum actus).

(I) Texte de l'Edit dans Girard, textes p. 137-170.

Source : BIU Cujas

Titre 36 à 42 : "L'exécution de la sentence et les voies de recours".

Les appendices ne comportent que des formules prétoriennes, pas d'édits, sauf exception, et concernent :

Titre 43 : Les interdits.

Titre 44 : Les exceptions.

Titre 45 : Les stipulations prétoriennes.

L'Edit perpétuel des Ediles Curules comporte une partie principale avec les Edits édilitiens et un appendice avec la formule de la stipulatio duplae.

On croit à une rédaction semblable pour l'édit des gouverneurs de province, puisque Gaius a commenté l'Edit Provincial "Libri ad Edictum Provinciale". La rédaction de l'Edit du préteur pérégrin est douteuse (en sa faveur Cf. Monier p. 105).

§ 2 - Sources nouvelles

Nouvelles sources de droit.

Dans la période du Haut-Empire, les sources directes nouvelles du droit sont au nombre de deux : les sénatus-consultes et les Constitutions impériales.

1°- Senatus-Consultes.

1°- Les sénatus-consultes avaient été d'abord des sources indirectes, parce que, sous la République, le Sénat ne jouissait pas du pouvoir législatif; il invitait seulement les magistrats à prendre des mesures par les voies habituelles que nous avons vues. Mais le droit a changé; le Sénat a eu le pouvoir législatif. C'est ce qui résulte d'un texte de Gaius ainsi conçu : (G. Inst. 1,4) "Senatus consultum est quod senatus jubet atque constituit". Le "sénatus-consulte est ce que le Sénat autorise et institue". "idque vicem legis obtinet quamvis fuerit quaesitum" "et le sénatus consulte a force de loi, quoique cela ait été discuté.

Le Sénat n'a eu le pouvoir législatif qu'à partir d'Hadrien et cesse de l'exercer au 3ème siècle.

Depuis quelle époque ?

L'opinion la plus vraisemblable, c'est qu'il faut descendre jusqu'au temps d'Hadrien (Girard p. 62). Pourquoi le Sénatus-consulte est-il devenu une source directe du Droit ? Voici l'idée de M. Collinet. Le phénomène est contemporain ou à peu près du temps où l'empereur lui-même a acquis le pouvoir législatif (v. plus bas) parce que, si pendant longtemps, les magistrats qui ont proposé les sénatus-consultes ont été les consuls, ce fut l'empereur Hadrien lui-même qui les proposa le premier.

Mode d'élaboration des

L'empereur, comme les consuls, voulant obtenir du Sénat une décision quelconque fait devant lui dans

Source BIU Cujas DE LA SORBONNE. 3 Reproduction interdite

Sénatus consultes, l'oratio principis et son importance croissante.

un discours un exposé des motifs du futur sénatus-consulte, c'est l'Oratio. Le Sénat discute la proposition, l'accepte ou la rejette. Quand le Sénat avait accepté l'oratio, le Sénatus-consulte voté prenait le nom de celui qui l'avait proposé; quand c'était un consul on ajoutait "ianum" à son nom: senatus consultum Trebellianum. Exception à cette règle: le nom du sénatus-consulte Macédonien reçoit une toute autre explication.

Lorsque le Sénatus-consulte était proposé par un empereur, il ne s'appelait plus senatus-consultum; mais oratio. Ainsi, l'Oratio Severi (senatus-consulte proposé par Septime Sévère). On disait "oratio" parce que le Sénat était arrivé à un tel degré de servilité qu'il ne discutait plus l'oratio proposée par l'empereur, et qu'il se bornait à l'enregistrer. Les Sénatus-consultes de ce genre s'appellent "Orationes principis in senatu habitae", "discours du prince tenus dans le Sénat".

Disparition des S.C. au IIIme siècle

La conséquence, c'est que les sénatus-consultes tombèrent en désuétude au commencement du 3ème siècle. Ce procédé était devenu inutile, puisque le Sénat se bornait à accepter sans discussion les propositions impériales; il était plus simple que l'empereur fit directement la réforme par des constitutions impériales.

2°- Les Constitutions impériales, source principale du Droit sous l'Empire.

2°.- La seconde source, les Constitutions impériales augmentent en importance, parce que l'empereur accapare en sa personne le pouvoir législatif tout entier.

Ces constitutions impériales sont rendues par l'empereur en son Conseil. Elles ont contribué d'une façon très active au développement du Droit. Elles ont fixé la Jurisprudence sur quantité de points de détail. C'est la source la plus active de la période du Haut-Empire en attendant qu'elle le soit plus encore au Bas-Empire.

L'autorité des constitutions impériales trouve sa source, d'après les jurisconsultes eux-mêmes, dans la Lex Regia de Imperio, Gaius (I,5) nous le dit: "Nec unquam dubitatum est, quin is legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat". Et jamais on n'a mis en doute que les constitutions impériales n'eussent force de loi, parce que l'empereur lui-même reçoit son pouvoir d'une Loi".

Cependant, les auteurs modernes, après Gaius, commettent ici une exagération: le pouvoir législatif n'appartenait pas au prince constitutionnellement; c'est une emprise impériale qui remonte seulement a Vespasien

Source : BIU Cujas

mais qui a été acceptée par tout le monde.

Les 4 formes de constitutions.

Gaius énumère trois formes de constitutions: les Edicta, les Decreta, les Rescripta ou Epistulae. En réalité, il y en a quatre.

a) Edicta

I°.- Les Edicta: Les Edits du prince sont semblables à ceux des magistrats; ils sont affichés comme eux, ils comportent des ordres adressés soit à des particuliers, soit à des magistrats en matière administrative et en matière politique. Ces Edits comportent aussi quelques dispositions législatives de droit privé.

b) Mandata

2°- Les mandata mandats ou mandements (omis par Gaius) sont des instructions adressées par l'empereur aux gouverneurs de province, qui contiennent à la fois du droit civil et du droit criminel et qui ont été recueillis dans un véritable code des gouverneurs de province.

c) Decreta

3°- Les decreta - décrets - sont les jugements qui sont rendus par l'empereur sur les procès qui lui sont déférés. L'empereur, en effet, connait de certaines causes en Ière instance, et d'un bien plus grand nombre de causes en appel. Les Décrets qui sont des jugements rendus sur ces appels ont une influence sur le droit en ce sens qu'ils fixent certains points et que les gouverneurs de province ou les magistrats de Rome se conforment à la jurisprudence de l'Empereur.

d) Rescrits.

4°- Les Rescrits ou Epistulae - lettres - sont extrêmement importants pour la formation du Droit privé. On les trouve en très grand nombre et il en a été fait des recueils dont l'utilité est très grande pour la connaissance du droit privé romain (V. plus loin) Les fonctionnaires et les particuliers, lorsqu'ils étaient embarrassés sur un point de Droit, avaient pris l'habitude de demander à l'empereur une consultation. Ils s'adressaient au Bureau de la Chancellerie impériale pour demander quel était l'usage ("la jurisprudence") sur tel ou tel point de Droit; ou bien dans quel sens il fallait régler tel ou tel point nouveau de droit. L'usage de demander des consultations à l'empereur s'est généralisé surtout à partir du règne de l'empereur Hadrien. On s'est demandé pourquoi: on a pensé que c'est parce que les magistrats judiciaires avaient perdu la faculté de faire des Edits, puisque l'Edit était codifié.

L'empereur à qui l'on demandait une consultation de droit y répondait de plusieurs façons. Ou bien la Chancellerie inscrivait la réponse au bas de la requête, c'est ce qu'on appelle une subscriptio (subscribere: écrire au-dessous) et c'était ce qui se faisait quand il s'agissait de requêtes adressées par les par-

Source : BIU Cujas

ticuliers. Si la requête était adressée par un magistrat, la chancellerie y mettait plus de formes et y répondait par une lettre séparée: voilà pourquoi les rescrits s'appellent, d'après Gaius, "epistulae",

Distinction des rescrits généraux et spéciaux

Le rescrit peut être ou particulier ou général. Il peut répondre à la personnequi a adressé la question, ou il peut donner une décision générale. Quelquefois il pose une règle nouvelle et à cet égard il est une source vive de droit. Souvent encore, le rescrit organise une instance, c'est la "procédure par rescrit" - procédure tout à fait extraordinaire (mot technique) qui s'est étendue de plue en plus (I)

Pendant les deux premiers siècles, les constitutions impériales n'eurent qu'une autorité limitée.

Dans quelle mesure les constitutions impériales ont-elles force de loi?

Elles ont toutes force de loi; mais elles ne l'ont pas dans les mêmes termes; et les auteurs reprenant les 4 catégories, disent:

Les édits ont force de loi, mais seulement pour la durée de la vie de l'empereur; ils peuvent être renouvelés par leurs successeurs.

Les mandats ne lient que le gouverneur auquel ils ont été adressés.

Les Décrets ne s'imposent qu'aux parties entre lesquelles ils ont été rendus.

Les Rescrits s'ils sont des rescrits adressés aux particuliers, ne coneernent qu'eux, s'ils sont des rescrits adressés aux fonctionnaires, ils ne valent que pour ces fonctionnaires.

Telle est la portée assez restreinte des Constitutions impériales dans la première partie de leur histoire: Ier et 2ème siècles. C'est une situation qui découle de la nature substantielle de chacune de ces sources de droit. Mais il y a en toutes matières des déformations; il y a une évolution créatrice ou destructrice. A une époque inconnue toutes les constitutions impériales furent regardées comme des sources de droit général, liant tout le monde et à perpétuité, à moins cependant qu'il ne s'agît d'un rescrit personnel.

A partir d'Hadrien, elles acquièrent une force générale et perpétuelle.

Cette évolution semble bien avoir coincidé avec l'augmentation de l'autorité du sénatus-consulte ou, en d'autres termes, avec un accroissement du pouvoir chez l'empereur lui-même.

C'est pourquoi on peut placer cette évolution au IIème siècle sous l'empereur Hadrien qui parait avoir une importance considérable.(2)

(I) E. Andt. Thèse Paris 1920

(2) Hadrien a eu une grande influence sur les sources du droit.Bonfante,Corso,t.VI, p. 393-394 l'appelle l'empereur le plus révolutionnaire de l'ère classique"

Source : BIU Cujas

Les rescrits étaient l'objet d'une publication exemple très intéressant dans l'inscription de Scaptopara (non Scaptoparène) de 238 (Textes de Girard p. 205-207).

Section II

Source indirecte de Droit: Responsa prudentium

La seule source indirecte est les responsa prudentium qui nous amèneront à l'étude de la science du droit sous le Haut-Empire.

§. I - Qu'est-ce que les responsa prudentium?

A partir d'Auguste, les responsa prudentium qui n'avaient jusque là qu'une influence indirecte sur le droit, s'imposent au juge dans certains cas.

Lesjurisconsultes exercent trois fonctions: agere - cavere- respondere: Les responsa prudentium ce sont les réponses que font les jurisprudentes, les juris studiosi (hommes de loi), les prudentes (ceux qui savent).

Ces réponses, adressées à des consultations qu'on leur demandait, on ne peut pas imaginer, en principe qu'elles puissent avoir jamais une influence sur le droit en général; tout au moins leur influence est-elle tout à fait indirecte, comme de nos jours, mais à Rome, si les consultations ont eu pendant longtemps le même caractère, si elles ne s'imposaient pas aux juges, il est arrivé un moment où cela changea par une décision de l'empereur Auguste.

Le Jus publice respondendi

Les jurisconsultes avaient toujours eu à Rome, de tout temps, une grande influence dans l'Etat. Ils ne s'étaient pas tous ralliés à l'Empire, il en était de très fameux, comme Labéon, qui étaient de l'opposition, qui étaient restés républicains. Auguste entreprit d'attacher au gouvernement certains des jurisconsultes et, à cet effet, il leur donna un privilège: le "jus publice respondendi", le droit de faire des réponses en public ex auctoritate principis, sous la garantie de l'empereur.

De tels "responsa" lieront le juge unique, le judex unus, auquel ils seront adressés.

Histoire de ce droit.

Mais sur la nature et l'histoire de ce Droit, règnent des controverses sérieuses par suite de la corruption du texte fondamental (Pomponius D.I.2.2 §.48 -49) M. C. retracera son histoire d'après l'article

Source : BIU Cujas

récent de M. F. de Visscher (I) On a discuté d'abord si la réforme était d'Auguste (§.48) ou de Tibère (§.49). L'auteur suivant de près le texte, admet qu'Auguste en est le créateur, mais que le jus p.r. a commensé à être sollicité à partir de Tibère. Il consiste en ceci: le responsum est rendu ex auctoritate principis c'est-à-dire avec la ratification de l'empereur; (cf. l'auctoritas patrum); les responsa doivent être écrits par les jurisconsultes et signata, scellés du sceau impérial. Donc, pas encore de privilège personnel pour tel ou tel jurisconsulte. Le nombre des responsa ayant augmenté, le jus p.r. sera regardé à partir de Tibère, comme un bénéfice accordé à certains jurisconsultes, qui le sollicitent de l'Empereur; le premier qui le reçut fut Sabinus (§. 48; §. 50). Il n'y eut donc plus de responsa ex auctoritate principis. Même les jurisconsultes privilégiés continuent à donner leurs consultations comme avant Auguste, par écrit ou oralement (§. 48).

Conditions de son exercice.

De Tibère à Hadrien, aucun document. Il est cependant probable que le rôle des Jurisconsultes avait diminué par suite des progrès du pouvoir impérial et que l'autorité des responsa s'était affaiblie. Aussi Hadrien a-t-il rendu un rescrit (Gaius I,7) (Inst. I, 2,8) disant que les responsa c'est-à-dire, d'après Gaius, les sententiae et opiniones de ceux à qui il a été permis de fonder le droit, auraient force de loi si leurs opinions étaient unanimes, sinon, le juge sera libre de suivre l'opinion qu'il veut. Que faut il entendre par sententiae et opiniones? Cela dépasse, selon M. de Visscher, la notion de responsa il s'agirait de la doctrine de la communis opinio (2) à laquelle se conforme ou non le responsum. Certains jurisconsultes continuaient donc à jouir du jus p.r. mais sous un régime nouveau. Selon Pomponius (§. 49), Hadrien en effet a répondu à des prétoriens, qui sollicitaient le privilège que celui-ci ne devait pas être sollicité, mais que l'Empereur l'accorderait aux plus méritants: d'où cette plaisanterie d'Hadrien "que celui qui a confiance en soi se prépare à répondre au peuple". (populo, variante de publice). Le but était

---

(I) F. de Visscher R/H.D. 1936, p. 615 - 650
(2) De même la coutume ou des jugements conformes pendant longtemps ont force de loi (D. I,3, 38)

Source : BIU Cujas

de restreindre l'octroi du jus p.r. par peur de la concurrence aux rescrits. C'était là revenir au temps d'avant Auguste, mais avec une faveur spéciale pour certains. Le régime d'Hadrien existait encore au temps de Dioclétien, sous lequel Innocentius, jurisconsulte obscur, en jouit (Krueger p. 349, n° 1). Son abolition, d'après M. de Visscher, serait due à Constantin, sans doute à cause du triomphe des rescrits (Krueger p. 148, n.3). Justinien (Inst. 1,2, 6) en parle au passé.

Section IIIème

La science du Droit

A la fin de la République (période préclassique), les juristes appelés par les classiques, les Veteres, avaient déjà porté la science du droit à une grande hauteur. Son autorité ne fit qu'augmenter sous l'Empire. Tandis que les lettres, les arts et les sciences marchaient vers la décadence, la science du Droit, sous le Haut-Empire, prend toute sa force (I), et on appelle "Période classique" la période qui va d'Auguste à Alexandre Sévère, ou Sévère Alexandre, mort en 235, période qui comprend 27 années avant l'ère chrétienne et les années de notre ère 1 à 235; donc un peu plus de 250 ans de gloire pour la science du Droit Romain.

Apogée du D.R. à l'époque classique.

Les jurisconsultes de la période classique écrivent, ont dit les philologues, une langue sobre, exempte de fautes de goût qui déparent alors la littérature, la langue de Gaius (2ème siècle) est excellente.

Ils ont composé d'importants ouvrages connus pour la plupart, par les extraits qu'en donne le Digeste de Justinien.

Sous la période de la République, l'enseignement était à deux degrés : instituere - instruere. Les ouvrages qui sont sortis de l'époque de la République étaient moins variés que ceux qui sont sortis des jurisconsultes de l'Empire

---

(I) Ce fait s'explique parce que toujours le Droit est en retard sur les lettres, les arts et les sciences, sur les idées politiques et sociales. C'est un phénomène qu'on ne met pas toujours en relief; la raison, c'est que le Droit est un élément essentiellement conservateur dans la société, parce que le Droit est un frein aux passions humaines.

Source : BIU Cujas

La littérature juridique sous l'Empire.

Sous l'Empire, en effet, on trouve comme catégories d'ouvrages : les Institutes (Institutiones) et les Manuels (Enchiridia) qui sont destinés aux étudiants. Puis les Règles (Regulae) ouvrages élémentaires aussi. Pour les praticiens, existent: les Pithana, les Opiniones, les Sententiae, offrant une connaissance rapide de l'état du droit.

D'autres ouvrages sont plus importants : les Digesta - nom célèbre depuis Justinien, tableau d'ensemble du jus honorarium, du jus civile, du jus criminale, du jus publicum; les Responsa (réunion de consultations); les Quaestiones et Disputationes donnent les problèmes, les cas (casus) soumis à la discussion dans les auditoires.

Les Epistulae "Lettres", sont la correspondance qui s'engage entre deux jurisconsultes, sur un point de doctrine pratique.

Les Livres sur l'Edit, Libri ad edictum, commentent l'Edictum urbani praetoris ou l'Edictum provinciale.

Les libri ad Sabinum commentent les ouvrages de Sabinus (il existe d'autres livres de ce genre).

Les jurisconsultes.

Quels sont les jurisconsultes qui ont écrit tous ces ouvrages ? Les sources révèlent l'existence jusqu'au IIème siècle de deux Ecoles. D'un côté, les Sabiniens ou Cassiens, de l'autre, les Proculiens.

Les Sabiniens et les Proculiens.

Le fondateur de l'Ecole Sabinienne est Capiton qui eut pour successeur Massurius Sabinus; celui-ci a eu pour successeur Cassius. Ensuite, on trouve Caelius Sabinus, Javolenus, Julien et Gaius (qui est encore de l'Ecole Sabinienne alors qu'il n'y a plus de Sabiniens à Rome, mais qui est en retard parce que c'est un provincial).

Les Proculiens ont pour fondateur Labéon, très illustre jurisconsulte. On trouve ensuite Proculus, Nerva, Pegasus, Celsus le père, Celsus le fils, et enfin Neratius.

On s'est demandé pourquoi ces deux Ecoles et quel est le criterium de distinction qui fait que les uns iront à l'Ecole des Sabiniens, les autres à l'Ecole des Proculiens.

Aucun des critères proposés ne parait d'ailleurs satisfaisant. On a dit que les Sabiniens avaient l'esprit conservateur, tandis que les Proculiens auraient eu l'esprit progressif. Cela est vrai des fondateurs, Capiton et Labéon, mais d'eux seuls. (Dig. 1,2,44). On a dit encore que les Proculiens professaient la doctrine stoïcienne, les Sabiniens, la doctrine épicurienne, etc... Enfin, on est arrivé à se demander si les deux Ecoles n'étaient pas tout simplement

Source : BIU Cujas

des Ecoles rivales qui se faisaient concurrence. Peu importe. Voici les principaux noms des jurisconsultes dont on a déjà donné quelques-uns :

Les principaux jurisconsultes. Au début de l'Empire : Labéon.

Au Ier S., un des plus puissants esprits juridiques de Rome, c'est Labéon, mort avant 22 de notre ère; puis Javolenus, Ariston (d'origine grecque, ouvre l'ère d'influence des provinces orientales sur le développement du Droit).

Sous Hadrien ; S. Julianus.

Sous Hadrien deux jurisconsultes très connus: Publius Juventius Celsus (Celse le fils). Consul en 129; Salvius Julianus, rédacteur de l'Edictum perpetuum, élève de Javolenus, Consul en 148, le plus éminent des jurisconsultes du IIème siècle; Neratius Priscus est moins connu.

Sous Antonin-le-Pieux, Sextus Pomponius, Sextus Caecilius Africanus, élève de Julien, originaire de l'Afrique.

Sous Antonin-le-Pieux et Marc-Aurèle, Gaius, jurisconsulte aujourd'hui souvent cité, dont on ne connait que le praenomen. Ses "Institutes" (Institutiones) sont un manuel remarquable par la précision des idées et la netteté du style. Ce manuel a été écrit vers 161, dit-on souvent, en réalité entre 138 et 154 (I). Il se compose de 4 livres ou Commentaires retrouvés en 1816 dans un manuscrit palimpseste de Vérone (palimpseste veut dire qui a été écrit deux fois): c'est après avoir gratté le texte des Lettres de St-Jérôme, écrit sur celui de Gaius, qu'on a lu celui-ci (V. Textes de Gérard (2). Depuis lors, on en a retrouvé des fragments, d'abord en 1928, dans le P. Oxy 2103, puis en 1933 dans le P.S.I. 1182 (3).

Les Institutes de Gaius doivent être complétées par deux oeuvres (dont on parlera à propos du Bas-Empire.

Sous les Sévères : Papinien Paul, Ulpien.

Sous Marc-Aurèle et Septime Sévère, le prince de tous les jurisconsultes romains se nomme Aemilius Papinianus, Papinien, né probablement en Syrie, qui devint préfet du prétoire et qui, pour des raisons politiques fut assassiné en 212.

---

(1) Ch. Appleton, Rev. Hist. de Droit, 1929 p. 230.
(2) La dernière édition est celle de Per. R. Bizoukides, Gaius tomus primus, tomus secundus; Thessalonicae, 1937-38.
(3) V. les articles de M. Collinet, R.H.D. 1928 et 1934.

Source : BIU Cujas

Papinien avait été précédé au IIIème siècle de deux jurisconsultes importants Marcellus et Cervidius Scaevola. Il fut suivi, sous Alexandre-Sévère, par deux jurisconsultes illustres aussi dont les noms sont bien souvent cités, tous deux ses assesseurs quand il était préfet du prétoire : I°- Julius Paulus: Paul, qui est l'auteur d'un Commentaire développé sur l'Edit et d'un petit Traité "Les Sentences - Sententiae", composées vers 212 et qui nous sont parvenues remaniées en 5 livres dans la loi des Visigoths.

2°- Domitius Ulpianus - Ulpien - né à Tyr en Phénicie, devint lui-même préfet du prétoire; il fut massacré dans une révolution politique en 228. Il a composé des livres sur l'Edit et un petit traité élémentaire : les Règles - "Regulae" qui ne comportent qu'un livre (liber singularis). Son oeuvre est considérable. Les extraits d'Ulpien forment à eux seuls les deux tiers du Digeste. Ses ouvrages ne sont pas aussi remarquables qu'on l'a cru pendant longtemps. On le regarde aujourd'hui à l'instar de Paul, comme un compilateur, mais un compilateur dont les ouvrages sont très précieux, puisqu'ils nous rapportent les opinions des jurisconsultes précédents.

Après ces jurisconsultes, la science du droit romain tombe en décadence et lesnoms suivants ont certainement moins d'éclat : Marcien, Macer, Herennius Modestinus : Modestin (milieu du IIIème siècle).

On lira avec fruit lespages 35 à 49 du Manuel de Cuq sur la méthode des Grands Jurisconsultes et sur les résultats de cette méthode qui n'est pas aussi géométrique qu'on le dit, c'est une méthode déductive, cela n'est pas douteux mais qui n'exclut pas chez les jurisconsultes la souplesse et la largeur de vues. Ils ne procèdent pas comme les modernes, il leur manque les idées générales. Toute la construction scientifique française (et c'est la caractéristique des travaux français) procède par idées générales dont on déduit des applications et des conséquences plus ou moins logiques. Au contraire, les Romains n'ont jamais réuni leurs idées en formules générales, ou très rarement; ils procèdent par cas, casus, par espèces qu'ils étudient, qu'ils analysent et dont ils tirent des conséquences (le case-system anglo-américain) ce ne sont pas des esprits synthétiques, du moins les jurisconsultes classiques; ce sont des analystes (quelquefois on le constate sans en donner d'explication): c'est que le D.R. est essentiellement pratique. Les oeuvres du D.R. sont, en réalité, des oeuvres qui

Source : BIU Cujas

sont fondées sur la jurisprudence, sur les décisions des magistrats ou sur des réponses qui serviront à trancher des procès, tandis que dans les traités de Droit français, le côté scientifique, doctrinal domine (I)

L'enseignement du droit, son caractère élémentaire et pratique.

L'enseignement du droit à l'époque du Haut-Empire ne parait pas encore constitué d'une façon très complète, moins que plus tard, sous le Bas-Empire. On sait que les étudiants apprenaient le Droit dans des Manuels très courts, que les étudiants se livraient à des exercicez pratiques de droit, à des discussions qu'on appelle "Disputationes" sur le modèle de ce qui se passait dans les Ecoles de Rhétorique.

Il existait plusieurs écoles de droit à Rome qu'on appelait "Stationes" et "Auditoria".

LesProfesseurs n'étaient pas payés par l'Etat comme dans les autres branches de la science, parce q on prétendait que cet enseignement était tellement supérieur que les professeurs de Droit ne devaient pas recevoir de salaire. L'illustre Sabinus, très pauvre, serait mort de faim si ses élèves ne l'avaient pas sorti du besoin.

Des Ecoles existaient aussi en province; en Orient surtout, à Athènes, Alexandrie, Béryte (ou Beyrouth) à Césarée de Palestine (et non pas Césarée de Cappadoce) L'Ecole de Beyrouthétait la plus célèbre école de l'Orient déjà au IIIème siècle (2) mais les textes disent que les étudiants de province allaient beaucoup à Rome. En Occident, nous sommes mal renseignés, en dehors de Rome; probablement, il y avait des Ecoles de Droit en Gaule, à Autun, par exemple (3)

(I) Et à ce propos Camille Jullian, dans son "Histoire de la Gaule" au tome IV, remarque:"Le D.R. est fait plus qu'on ne le droit d'espèces et de circonstances. Il a vécu moins de principes que de statuts régionaux ou municipaux ou même personnels, de règles fixées pour un temps et liées à la politique du chef. "L'espèce et"la date" en matière d'étude du D.R. public, pénal, civil, doivent primer peut être toutes autres recherches". C'est précisément à cette recherche d'espèces et de dates que s'appliquent les spécialistes modernes qui suivent de près la méthode historique.

(2) V.P. Collinet, Hist de l'Ecole de Droit de Beyrouth, 1925.

(3) Une inscription d'Autun donne le nom de la première étudiante connue.

Source : BIU Cujas

Section IV

L'organisation judiciaire

Les legati consulares d'Italie et les gouverneurs de province.

Voici les modifications qu'il faut noter par rapport à la République.

En Italie, les Praefecti jure dicundo sont remplacés par quatre Légats Consulaires depuis Hadrien. La justice est aussi rendue par les magistrats municipaux qui commencent à acquérir une jurisdictio. En province, les gouverneurs gardent leurs pouvoirs.

A Rome, l'organisation judiciaire change profondément. Deux mouvements contraires se font jour:

I°.- Les magistrats et les juges anciens périclitent ou disparaissent. Le préteur pérégrin disparait au IIIème siècle peut-être, a-t-on supposé, par l'effet de la célèbre Constitution de Caracalla en 212 (on y reviendra) qui accordait la Cité romaine à presque tout le monde dans l'Empire (et puisqu'il n'y avait plus de pérégrins, il n'y avait plus besoin de préteur pour leurs procès) Le préteur urbain subsiste, mais sa jurisdictio avait été singulièrement réduite. En effet, le judex unus, le juré - qui tranchait le procès dans la procédure ordinaire ne se rencontre plus à partir du milieu du IIIème siècle; ni partant, les formules procédurales.

Les tribunaux spéciaux (decemvirs, centumvirs, etc...) disparaissent aussi. En somme disparait la justice fondée sur l'idée populaire, sur l'idée de souveraineté du peuple, sur l'arbitrage.

Disparition de la justice fondée sur l'autorité du peuple au profit de celle fondée sur l'autorité du prince.

2°.- Le second mouvement a pour conséquence que la procédure ordinaire a été concurrencée, puis remplacée par la procédure dite "extraordinaire" dans laquelle les magistrats jugent eux-mêmes et selon laquelle jugeaient déjà les préteurs spéciaux (le préteur tutélaire et le préteur de liberalibus causis ; le préteur fidéicommissaire ne fut que temporaire). Cela s'explique parce que la souveraineté du prince remplace la justice populaire, soit en fait, soit en droit.

L'adage de l'ancien droit français "Toute justice émane du roi" a sa source dans le Droit Romain. L'empereur exerce le pouvoir législatif, le pouvoir électoral, le pouvoir judiciaire, en première instance et en appel; de sorte qu'il exerce sa justice sur tout à peu près, et dans tous l'empire. L'empereur connait des sentences des magistrats en rendant des décret

Source : BIU Cujas

Toute justice émane du prince.

Pourtant, il ne connait pas des sentences des jurés: là, le principe antique a subsisté: l'empereur a respecté l'idée populaire sur laquelle est fondée l'autorité des sentences des jurés; seulement, il les a laissé tomber en désuétude.

Importance du rôle judiciaire des préfets

Les préfets du prétoire ont également une justice à la fois criminelle et civile dont la source n'est autre que la justice propre de l'empereur, dont ils sont les représentants qualifiés. A cet égard, leur puissance, visible déjà au temps de Marc-Aurèle et de Commode, s'accentue au temps des Sévères (début IIIème siècle) et c'est pourquoi alors les préfets du prétoire, qui avaient été jusque là des hommes d'action, à l'âme militaire puisqu'ils commandaient la garde impériale, devinrent des jurisconsultes tels que Papinien, Ulpien, Paul. Le préfet de la ville - praefectus urbi - exerçait aussi la justice et même à un certain moment, une justice criminelle . L'empereur, les préfets, les préteurs spéciaux, suivent la procédure extraordinaire.

Tout ce qui rappelait la justice républicaine est mis de côté au milieu du IIIème siècle. Cela annonce le Bas-Empire.

Chapitre IV

LES SOURCES DU DROIT ET L'ORGANISATION JUDICIAIRE DU BAS - EMPIRE

Cette période de l'histoire romaine est souvent décriée ou mal connue; c'est pourquoi M. Collinet s'est particulièrement intéressé à elle dans ses travaux. Il ne dira que peu de choses de l'organisation judiciaire.

La limite entre le Haut et le Bas-Empire n'est pas plus déterminable à un an près que les autres limites; dans toutes ces divisions, on fait des tranches arbitraires.

C'est à l'époque de Dioclétien que l'on place généralement l'avènement du Bas-Empire, en 284, parce qu'avec lui, commence un système politique nouveau, la monarchie où c'est l'empereur seul qui gouverne;

Le Bas-Empire de Constantin

M. C. fait partir cette période du règne de Constantin, en 305, parce que c'est véritablement à cette

Source : BIU Cujas

(305) jusqu'à Justinien.

époque que les influences nouvelles qui caractérisent le Bas-Empire, commencent a se manifester: influence orientale, influence chrétienne (1).

Les caractéristiques du Bas-Empire sont les suivantes:

Caractères du Bas-Empire

I°.- Au point de vue de la politique militaire, économique, morale (tant qu'elle n'a pas été rénovée par le christianisme) une décadence absolue se manifeste.

I°- Décadence militaire, économique et morale

Il semble que ce soit la mort d'Alexandre Sévère en 235 qui marque le dernier éclat de l'Empire romain et qu'après cette date (même sous le Haut-Empire) l'Empire tombe en décadence. M. G. Ferrero met excellemment en pleine lumière les raisons qui ont marqué la décadence de l'Empire romain à partir de cette date et il attache la plus grande importance (comme tout le monde d'ailleurs) d'une part, à l'implantation des barbares dans l'Empire, et, d'autre part, à la diminution du pouvoir défensif des Romains par suite de la diminution de la natalité et du dégoût du service militaire chez les citoyens remplacés par des armées de mercenaires.

Causes de cette décadence

Cette décadence profonde s'explique en somme par l'affaiblissement de la morale privée ou politique comme les décadences de tous les peuples. De plus le fonctionnarisme sévit; il exploite les provinces; la liberté individuelle n'existe plus; il se forme des castes.

Régime des castes.

Ces castes n'avaient rien de commun avec la vieille "nobilitas" romaine. Pourtant, elles étaient formées de familles consulaires, patriciales (qu'il ne faut pas confondre avec les patriciens), préfectorales, sénatoriales dont bien souvent les membres n'étaient pas sénateurs ou n'avaient jamais siégé dans une curie; ce sont là des titres héréditaires qui sont distribués comme une sorte de récompense, sans avoir aucun rapport avec l'utilité publique. Ces personnages portent des qualificatifs tels que "illustres, clarissimi", etc...; c'est une noblesse terrienne, leurs membres sont des grands propriétaires fonciers et ils constituent les potentes, les potentiores les puissants, que l'on voit apparaître au Haut-Empire mais qui prennent toute leur importance au Bas-Empire et qui sont les ancêtres des grands seigneurs féodaux du moyen âge.

La nobilitas, les potentes

Les humiliores, leur situation misérable

Tendance à l'hérédité des professions.

Disparition de toute liberté.

Le peuple, constitué par les humbles, les "humiliores", tenuiores, est pressuré; il n'a plus de goût à la culture et les terres restent incultes; les ville sont surpeuplées, les impôts ne rendent plus. Pour en assurer le recouvrement, on attache de force chacun à

Source : BIU Cujas

sa situation originaire; les ouvriers à leur atelier, les colons au sol, les curiales ou décurions à la curie, le conseiller municipal est le serf de la Cyrie comme le colon est le serf de la glèbe.

Maintien de la civilisation par l'Eglise.

A tout ce régime, disait Esmein, il manque la liberté, l'Empire est devenu une imposante machine administrative minutieusement réglée, très compliquée, très bureaucratique, écrasante pour certains. Cependant, suivant le mot de Mommsen, la merveilleuse destinée de Rome empêcha l'Empire de sombrer tout d'un coup, malgré l'invasion des Barbares; la civilisation antique se maintint, surtout grâce à l'Eglise, qui empêcha la barbarie d'être complète et dont les institutions ont été le lien entre la civilisation romaine et la civilisation du moyen age, et par l'intermédiaire de celle-ci, la civilisation moderne.

2°,- Division de l'Empire : Empire d'Orient, et Empire d'Occident.

2° - L'Empire romain se trouve partagé en Empire d'Occident et en Empire d'Orient, Au IIIème siècle déjà le gouvernement de l'Empire appartenait à deux titulaires, sans que l'Empire eût perdu son unité. Au contraire, Dioclétien et Maximien eurent chacun leur capitale; Nicomédie en Orient, Milan en Occident; les deux Augustes associent à l'Empire leurs fils comme Césars et c'est la tétrarchie (gouvernement à quatre) dans lequel les deux Césars associés au trône ont moins de pouvoirs que les deux Augustes.

L'Empire d'Orient fut transporté par Constantin à Byzance, Constantinople(d'où Istambul).

L'Empire fut scindé en deux à partir de Theodose Ier en 395. L'empire d'Occident eut successivement pour capitale: Rome, Milan, Ravenne; et pour dernier titulaire, Romulus Augustule en 476 qui céda la place aux Barbares, en particulier, en Italie, aux Ostrogoths.

L'Empire d'Orient survécut jusqu'à la prise de Constantinople en 1453

La dualité de l'Empire n'empêcha pas que le gouvernement ne demeurât unique sur certains points. Ainsi, c'était la réunion des deux consuls, celui d'Orient et celui d'Occident nommé par les empereurs qui continuait à dater les années; bien souvent d'ailleurs, ce sont les empereurs eux-mêmes qui sont consuls. La législation demeure commune, car les Constitutions portent le nom des deux empereurs (Dioclétien et Maximien - Théodose II et Valentinien III, etc...) Enfin, les réformes faites pour un Empire s'appliquent généralement à l'autre, quelquefois avec un retard considérable.

Les destinées de l'Empire d'Occident après 476, relèvent de l'histoire du moyen-âge. Ce qu'il faut

Source : BIU Cujas

dire, c'est qu'un lien de vassalité unit les rois barbares à l'empereur d'Orient, leur suzerain; cela explique la politique de Justinien vis-à-vis de l'Italie (V. pages 11 et suiv. du t. Ier de M. Collinet).

3°- Nouveaux caractères de la législation - influence du christianisme.

3°.- La législation au Bas-Empire présente des caractères nouveaux; on y sent d'une façon directe l'influence du christianisme qui devient religion d'Etat depuis Constantin. Personne ne nie l'influence du christianisme sur le Droit, mais où s'arrête-t-elle Là-dessus une grande controverse persiste dont on n'a pas à parler ici.

Influence de l'Orient. La renaissance des nationalités.

D"autre part la législation subit l'influence de plus en plus grande de l'Orient. Ce fait s'explique à la fois par ledéplacement de la capitale de l'Empire, Byzance au lieu de Rome, et par l'importance croissante prise par les provinces grecques, par la renaissance des nationalités égyptienne et grecque, la prépondérance scientifique des Ecoles d'Orient, surtout de l'Ecole de Beyrouth. Cela est discuté aussi

4- L'Empire devient une monarchie.

4°.- La quatrième caractéristique de cette époque est également politique: l'Empire devient de plus en plus une monarchie absolue et une monarchie à l'Orientale. Sans doute déjà, sous le Haut-Empire, le peuple ayant perdu son pouvoir, le Sénat s'étant mis à la dévotion du prince, celui-ci était en fait un monarque absolu; mais il le devint constitutionnellement. Le Sénat perd ses derniers pouvoirs sous le Bas-Empire; il devient un simple corps municipal, le Conseil municipal de Rome et de Constantinople, qui a évidemment plus d'importance, d'autorité, plus de lustre qu'une curie quelconque, mais dont les fonctions sont extrêmement diminuées. La mission consultative du Sénat qui avait été son pouvoir principal, fondamental auprès des chefs du gouvernement se trouve, depuis le Haut-Empire, tenue par le conseil du prince, et c'est à ce dernier, composé de grands dignitaires, que l'empereur s'adresse quand il a l'initiative d'une mesure à prendre.

Décadence du rôle du Sénat au profit du conseil de l'Empire.

L'empereur cesse d'être un magistrat: la succession au trône tend à s'établir mais en fait l'armée a un rôle prépondérant dans la désignation de l'empereur.

L'Empire romain est devenu une monarchie absolue en ce sens que l'empereur n'était plus un magistrat comme au Haut-Empire. Désormais, il s'établit une succession au trône, mais non sans difficulté et sans qu'il ait été possible que la même dynastie régnât toujours. C'est que les armées ont la puissance de fait, et à la mort de l'empereur régnant, elles nomment elles-mêmes le nouvel empereur et elles l'imposent à la capitale. Si Constantin et Théodose ont eu quelques successeurs, on voit, au contraire, un empereur qui n'est pas de souche impériale prendre le pouvoir au VI siècle: l'empereur Justin, à qui son neveu Justinien

Source : BIU Cujas

succède.

L'empereur souverain absolu, tire son autorité de la volonté divine - comme nos rois plus tard - il ressemble au roi des Perses qui a aussi une puissance de droit divin.

Influence de l'Orientalisme.

La Cour du monarque romain devient également semblable aux cours orientales.

La Cour et les fonctionnaires impériaux.

L'empereur s'entoure de personnages nouveaux, à la fois ministres et domestiques, comme en Perse, comme en Gaule avec les Mérovingiens et les Carolingiens. Les principaux sont "le maitre des offices" Magister Officiorum et le Questeur du Sacré Palais; "quaestor sacri palatii".

Le consistorium ou conseil de l'Empereur fonctionne toujours; la Chancellerie est très développée (Monier t. I I28).

5° Transformation des fonctions publiques distinction des fonctions civiles et militaires.

5°.- Enfin, les fonctions publiques se transforment:

Jusqu'alors, on ne distinguait pas les fonctions civiles et militaires; ainsi le préfet du prétoire, Au contraire, au Bas-Empire, les fonctions militaires sont séparées des fonctions civiles et ceux qui possédaient le caractère mixte ont maintenant un caractère purement civil, tandis qu'on crée de nouveaux fonctionnaires militaires, car l'Empire est menacé à l'Occident par les Barbares, à l'Orient par les Perses.

Confusion de l'administration et de la justice.

La plupart des fonctionnaires civils vont être à la fois chargés de l'administration et de la justice dont l'autorité suprême est toujours l'Empereur. Tous jugent selon la procédure extraordinaire.

Division de l'Empire en préfectures du prétoire divisées en diocèses subdivisées en provinces et celles-ci en Civitates.

Il en est ainsi des préfets du prétoire: les préfectures correspondent à de vastes circonscriptions territoriales: deux d'abord, puis trois:Orient, Illyrie, Gaule. Ces préfets ont sous leurs ordres des vicarii - vicaires qui sont à la tête des diocèses (c'est cette division qui s'est maintenue assez souvent dans les circonscriptions ecclésiastiques).

Les diocèses sont divisés en provinces. Les provinces sont beaucoup plus nombreuses qu'autrefois et par conséquent plus petites; elles sont administrées par les présidents de province "Praesides ou Rectores provinciae".

Dans chacune se trouve une Civitas qui comprend la ville et son territoire, et non pas la ville seule. Dans la civitas se trouvent les villages qu'on appelle vici et les saltus, grands domaines

Les deux capitales: Rome et Constantinople.

Les deux capitales, Rome et Constantinpple, dont les Sénats sont des conseils municipaux ont pour ad-

Source : BIU Cujas

ministrateurs les héritiers des magistrats anciens les Ediles ont disparu. Le préteur urbain est réduit à s'occuper des jeux. Les questeurs s'occupent des affaires municipales avec le préfet de la ville.

Les provinces ont des Assemblées dites provinciales dont l'étude offre un grand intérêt (V. le cours d'Histoire du Droit).

Les villes d'une certaine importance ont conservé leur corps municipal ou "Curie".

Section I

Les sources du droit

La décadence se fait sentir également dans les sources du droit; elle produit ce résultat qu'il n'existe plus qu'une source, la source législative impériale, la loi ou constitution. On aboutit donc à la simplification, autre caractéristique du Bas-Empire.

§. I - Disparition et transformation des sources anciennes

Disparition des Sénatus Consultes

I°.- Le sénatus-consulte, qui avait perdu beaucoup de sa force et de sa valeur, disparait. Le Sénat peut toujours être consulté par l'Empereur, mais sa décision n'a plus force de loi; les constitutions du Vème siècle sont formelles sur ce point.

Transformation de la coutume: elle devient une source impériale.

2°.- La coutume a subi une transformation profonde qui lui fait perdre son ancienne fonction (I) Elle n'est pas méprisable, mais elle ne saurait vaincre la raison ou la loi, déclare Constantin (Code 8,52,2 an. 319). Cela parce que, suivant le même Constantin (Code I, I4,I; an 3I6) c'est à l'empereur seul qu'il est permis de donner l'interprétation en cas de conflit entre l'équité et le droit. En somme, la coutume devient une source impériale, comme les constitutions auxquelles nous arrivons.

(I) Voir l'article cité du P. Perrot.

Source : BIU Cujas

§. 2 - Les constitutions impériales.

Les constitutions impériales s'appellent des Lois. Leges, parce qu'elles sont l'unique source législative du droit public; religieux, civil, criminel: leges s'oppose à Jus ou jus vetus, le droit ancien qui sort des écrits des jurisconsultes, de la jurisprudentia classique.

Le pouvoir législatif du prince trouve son expression dans une formule qui remonte à Ulpien au IIIe siècle (D.I, 4, 1, et aux Institutes de Justinien (1,2,6) "quod principi placuit legis habet vigorem" - Tout ce qui plait au prince a force de loi. Dans l'ancienne France cet adage sera traduit: "Si veut le roi, si veut la loi".

Que sont devenues les quatre espèces de Constitutions du Haut-Empire ?

I°.- Les Mandata ont à peu près disparu

2°.- Les decreta se confondent avec les rescrits parce que la procédure par rescrit qui n'avait pas une grande importance au Haut-Empire, a fait d'énormes progrès et que les rescrits qui sont à la base de cette procédure absorbent les décrets. Les rescrits adressés aux particuliers ont été extrêmement nombreux sous le règne de Dioclétien et Maximien, qui, selon M.C. appartiennent encore au Haut-Empire. Ils ont une importance de premier ordre parce qu'ils révèlent le dernier état du droit classique.

Par suite de la disparition des mandats de la confusion des décreta et des rescripta et de la décadence de ceux-ci avec Constantin, il ne reste plus au Bas-Empire qu'une seule sorte de constitution, les Edits.

3°.- Depuis Constantin, au contraire, la matière de rescrits subit un changement complet; les rescrits étant désormais adressés aux fonctionnaires et non plus aux particuliers, perdent leur efficacité antérieure; ils ne font plus de droit; et des constitutions expliquent cela en disant qu'on craignait que les fonctionnaires n'obtinssent "par surprise" des rescrits qui modifieraient le droit. On se méfiait des Bureaux de la Chancellerie et on supprimait la portée des rescrits.

4°.- Il ne reste donc plus qu'une seule forme de constitutions qui fasse le droit, l'Edit. L'Edit impérial qui avait peu d'importance au Haut-Empire, en acquiert une énorme depuis Constantin. Quand l'Empereur veut faire une réforme, c'est par la voie des Leges Edictales qu'il l'opère; ces Edits correspondent à ce que seront les Ordonnances, les Edits, les Déclarations dans l'ancienne France et à ce que sont aujourd'hui, les décrets du Président de la République.

Ces édits sont adressés tantôt au Sénat, tantôt au peuple, tantôt aux provinciaux, tantôt à tel ou tel

Source : BIU Cujas

fonctionnaire, généralement supérieur, par exemple aux Préfets du prétoire, au Maitre des Offices, au Questeur du Sacré-Palais, et jamais plus à des particuliers.

Une forme de l'Edit est la Pragmatica Sanctio - Pragmatique sanction - qui passera dans l'Ancienne France.

Section II

La science du droit et ses monuments antérieurs à Justinien

La décadence du droit depuis 235 est évidente et on comprend que les empereurs n'aient plus attaché d'importance aux Responsa des Jurisconsultes. La science du Droit s'était avilie en un autre sens; on ne consultait plus directement toutes les sources du Droit, très abondantes d'ailleurs. C'est un phénomène très caractéristique qu'une science est en voie de dépérissement quand on se contente des Commentaires et des Manuels sans aller jusqu'aux sources; à cette époque on se contentait des Compilations qu'on citera plus loin.

Parmi les ouvrages considérables contenant tout le Droit (le jus civile, le jus publicum, le jus honorarium) les oeuvres de Paul ou d'Ulpien étaient les seules consultées par les praticiens avec les Responsa de Papinien et les ouvrages de Modestin. Modestin était à la portée des hommes du IVmeet du Vme siècles par son style et par sa science moins approfondie;son Traité des différences" (libri differentiarum)renfermait la résumé des connaissances théoriques et pratiqu (I)

(I)

Par suite du décès survenu au début du mois de Décembre de M. le Professeur Paul Collinet, le cours est continué par M. Raymond MONIER. En hommage à la mémoire de M.Collinet, M.Monier a fait sa première leçon à l'aide des notes que le regretté professeur avai préparées pour faire son cours du lendemain.M.Monier a achevé d'étudier les sources du droit d'après le plan suivi par M.Collinet,mais il a ensuite adopté pour le droit des personnes,le plan dont il se sert habituellement et il emploie désormais ses notes personnelles

Source : BIU Cujas

M. Paul Collinet se proposait de montrer que dans une période de décadence dans l'étude du droit, il a été nécessaire de faire des ouvrages qui étaient plus à la portée des esprits de l'époque que les grandes oeuvres de l'époque classique.

Le législateur fut obligé d'intervenir et à plusieurs reprises il prit des mesures pour éviter les controverses dans lesquelles les juristes de l'époque s'embrouillaient, et pour fixer la valeur juridique des oeuvres de l'époque antérieure.

Abolition en 321 de l'autorité des notes de Paul et Ulpien sur Papinien.

Une première réforme fut faite en l'année 321 par l'empereur Constantin, qui enleva toute autorité aux notes de Paul et d'Ulpien sur les oeuvres de Papinien. Paul et Ulpien avaient parfois critiqué Papinien et pour des gens qui n'étaient pas très experts dans la science juridique il valait mieux se contenter d'utiliser l'oeuvre de Papinien sans s'occuper de ce que Paul et Ulpien avaient bien pu écrire dessus.

La loi des Citations (426) Son but.

Une réforme plus profomde devait être accomplie un siècle plus tard par les empereurs Théodose II et Valentinien III. Ils ont édicté dans l'année 426 une Constitution impériale qui est connue sous le nom de loi des Citations.

Le but de cette loi est de préciser l'autorité juridique des ouvrages des jurisconsultes classiques que les gens de l'époque ont encore à leur disposition et avant tout d'attribuer une autorité particulière à 5 jurisconsultes de l'époque classique. On voit ce procédé curieux qui consiste à donner pleine autorité dans l'année 426 après J.C. à des ouvrages qui ont été écrits plus de deux siècles auparavant.

Les 5 jurisconsultes qui bénéficiaient ainsi d'une situation exceptionnelle sont Gaius, Modestin, Paul, Ulpien, Papinien.

Si ces maitres du droit sont en conflit, on ne s'est pas soucié de chercher une méthode raisonnable de les départager, mais uniquement une méthode mathématique, une méthode automatique. Supposons que tous les cinq se soient exprimés sur une question ; ce sera la loi de la majorité qui devra gouverner le juge. Paul, Ulpien, Papinien ont décidé en ce sens. Trois contre cinq, le juge prononcera sa sentence conformément à cette opinion. Mais il peut arriver que Gaius par exemple n'ait pas traité la question. Alors les jurisconsultes sont 2 contre 2. En raison de la grande autorité qui s'attache au nom de Papinien ce sera Papinien qui fera pencher la balance. Si par hasard c'est Papinien seul qui n'avait pas traité la question

Source : BIU Cujas

le juge recouvrerait sa liberté d'action.

Les Compilations du Bas-Empire.

Le Bas-Empire est également une période de rédaction, de compilations de droit, de recueils de constitutions impériales.

Oeuvres privées Le C. Grégorien et le C. Hermogénien

Les deux premières codifications ont été faites par des particuliers, par des gens semble-t-il qui habitaient à Beyrouth, et ceci parce que c'était à Beyrouth que se trouvait l'un des principaux dépôts de constitutions impériales. Ces deux recueils privés de Constitutions impériales sont d'une part le code Grégorien qui a été rédigé vers 291 par un personnage appelé Grégorius et le Code Hermogénien, fait par un jurisconsulte du nom d'Hermogenianus, au début de 295.

Les fragments du Vatican

Vers la même époque ont été rédigées des compilations qui contiennent en général à la fois des extraits de Constitutions impériales et des fragments d'oeuvres de jurisconsultes classiques. C'est ainsi que dans la bibliothèque du Vatican un cardinal a retrouvé au cours du XIXme siècle, un texte qui est appelé Fragments du Vatican, pour la simple raison qu'il a été trouvé au Vatican et qu'il est composé à la fois d'extraits de jurisconsultes classiques et de fragments de Constitutions impériales. Ce texte a été rédigé entre 372 et 438. Il est particulièrement précieux, puisqu'il s'agit de textes que nous ne possédons pas par ailleurs et qui n'ont pas été remaniés par les collaborateurs de Justinien.

Collatio legum mosaïcarum et romanarum

Citons également une compilation très originale qui a été faite, semble-t-il, dans un but religieux puisqu'on l'appelle Collatio legum mosaicarum et romanarum. C'est la collation des lois romaines et mosaïques. On discute qui l'a faite, si c'est un chrétien ou un isréalite.

Livre Syro-romain ou leges saeculares

Un peu plus tard en Orient, devait paraitre une oeuvre extrêmement importante pour ceux qui veulent connaitre les destinées du droit romain en Orient, et la manière dont le droit romain d'Orient a été influencé par les coutumes orientales. Cet ouvrage ayant été rédigé en Syrie est souvent connu sous le nom de Livre syro-romain, mais il semble plutôt que son nom véritable soit celui de Leges seculares, lois séculières, ce qui s'explique par le fait qu'on a voulu l'opposer aux lois ecclésiastiques au droit canonique. D'où l'hypothèse que primitivement cet ouvrage aurait pu être fait à l'usage de la Cour de justice de l'évêque d'Antioche. Il faut d'ailleurs reconnaitre que si nous sommes mal renseignés sur les origines de cet ouvrage, c'est parce que nous n'en possédons pas la version primitive, mais des textes qui furent rédigés au cours

Source : BIU Cujas

des temps en syriaque, en géorgien, en arménien, en arabe. Un auteur moderne, Ferrini en a donné une traduction latine.

Parmi les compilations non officielles citons un fragment qui semble avoir été rédigé èn Gaule et qui porte le nom de "Consultation d'un certain vieux jurisconsulte". Il est bien évident que ce n'est pas lui qui l'avait intitulé ainsi mais l'auteur moderne qui le premier en a donné le texte imprimé.

Section III

Les codifications officielles avant Justinien

Les empereurs avaient d'abord laissé aux particuliers le soin de rédiger les ouvrages juridiques mais ensuite, ils jugèrent indispensable de faire de même. Il y a ainsi des codifications officielles dont la première est l'oeuvre de l'Empereur Théodose II et dont les autres ont été rédigées en Occident sous l'inspiration des rois Barbares? La première codification officielle a été faite en Orient sur l'initiative de l'empereur Théodose II. C'est pourquoi cet ouvrage est connu sous le nom de code Théodosien. Il a été publié dans l'année 438. Il renferme un grand nombre de constitutions impériales, depuis l'époque de Constantin jusqu'à l'époque de Théodose II. Nous avons donc un ouvrage qui pour l'époque était au courant de la législation impériale. Ce code Théodosien a eu une très grande influence non pas en Orient où il avait été rédigé, et où il devait être supplanté par les compilations de Justinien, mais en Occident, car pendant longtemps dans les pays conquis par les Barbares, on ignora la législation de Justinien et par suite on utilisa comme base du droit romain du Bas-empire, le code Théodosien.

Le Code Théodosien de 438. Son influence en Occident.

Parallèlement à cette codification mais un peu plus tard, les rois barbares ont fait rédiger à l'usage de leurs sujets romains et de l'Eglise, des compilations de droit romain.

Les compilations de droit romain dans les royaumes barbares.

Dans le système de la personnalité des lois en vigueur à cette époque, dans les royaumes barbares de Gaule, les Romains et l'Eglise vivaient sous la loi romaine, tandis qu'au contraire, les Burgondes, les Wisigoths ou les Francs vivaient sous l'empire de leurs lois nationales. En Italie ce fut ce que l'on a

Source : BIU Cujas

appelé l'édit de Théodoric qui fut promulgué au début du VIme siècle à l'usage des Ostrogoths. En Gaule, ce furent d'une part la loi romaine des Burgondes qui fut promulguée en l'année 507 et d'autre part, la loi domaine des Visigoths qui présente pour les historiens du droit romain une particulière importance du fait qu'elle contient certains extraits qui ne nous sont connus que de cette manière, en particulier des fragments des Sentences de Paul.

Telles sont les principales compilations privées et collections officielles qui furent faites au Bas-Empire, avant le règne de Justinien.

Section 4

L'enseignement du droit romain au Bas-Empire

Il serait particulièrement intéressant de savoir comment ont vécu les étudiants en droit depuis l'époque lointaine où au cours des derniers siècles de la république on commença à enseigner le droit, mais nous sommes très mal renseignés sur le dernier siècle de la République et sur le Haut-Empire, tandis qu'au contraire nos renseignements sont beaucoup plus abondants en ce qui concerne le bas-Empire. Si nous connaissons relativement bien l'enseignement du droit au Bas-Empire c'est grâce aux travaux de M. Collinet. C'est en particulier grâce à cette Histoire de l'Ecole de Droit de Beyrouth qu'il publia en 1925 et où il nous montre à la fois le programme des études, les professeurs qui ont enseigné, et même quelques détails anecdotiques sur la vie des étudiants en droit de l'époque.

L'école de Beyrouth. Les docteurs oecuméniques; leur méthode et leur influence sur les transformations du droit.

Les professeurs de cette Ecole de droit de Beyrouth avaient d'ailleurs au Vme siècle une grande réputation. Leurs successeurs n'hésitent pas à les appeler les "docteurs oecuméniques" les docteurs universels, soit qu'on leur attribue une science qui a fait ses preuves et qui fait autorité dans tout le monde connu à cette époque, soit que l'on veuille indiquer par là qu'il s'agit de docteurs officiels, de professeurs de l'empire romain qui ont un titre reconnu par l'Etat. M. Collinet pense que ces professeurs de l'école de droit de Beyrouth, ont joué un rôle important dans la transformation du droit au Bas-Empire. Il est vrai que les preuves n'abondent pas, mais ceci tient à la rareté des documents que nous possédons, sur la transformation du droit à cette

Source : BIU Cujas

époque, et comme ces professeurs travaillaient assidûment et devaient nécessairement mettre leurs cours au courant pour donner à leurs étudiants l'état du droit au Vme siècle, et non pas des notions périmées depuis longtemps, il y a tout lieu de supposer que tout en travaillant sur des ouvrages écrits bien avant eux par des professeurs de l'époque classique, ils indiquaient chemin faisant à leurs étudiants, les modifications qui étaient arrivées par la suite: Ils faisaient ce que l'on appelle de l'exégèse. Ils prennent un texte d'un jurisconsulte classique, ils l'expliquaient ils le commentaient, ils indiquaient le sens de mots qui pouvaient paraitre obscurs, ils précisaient les points sur lesquels des modifications avaient pu être apportées. Nous avons conservé un exemple de ce que pouvaient être les travaux du Bas-Empire dans ce que l'on appelle les Scolies du Sinaï, du Sinaï parce qu'elles ont été retrouvées dans un des monastères qui se trouvaient au Mont Sinaï. On les appelle scolies parce qu'on donne ce nom aux gloses et annotations qui ont été écrites sur des textes antérieurs.

Les autres Ecoles d'Orient

L'Ecole de droit de Beyrouth n'était pas la seule que fréquentaient assidûment les étudiants. Il y avait d'autres écoles moins connues peut être mais cependant très réputées en Orient; l'école de Césarée, l'école d'Athènes, l'école d'Alexandrie, et surtout l'école de Constantinople. Il n'est point surprenant que la capitale de l'empire d'Orient ait eu ainsi une école de droit importante où les étudiants venaient s'instruire. L'école qui primitivement avait revêtu un caractère privé est devenue à partir de l'année 425, donc à partir du règne de l'empereur Théodose, une école officielle avec des professeurs d'Etat.

Les Ecoles d'Occident.

Quant à l'Occident, nous ignorons à peu près tout ce qui se passait dans les écoles de droit. Nous savons seulement qu'il y avait une école de droit à Rome, et vraisemblablement une à Autun, en Gaule, puisqu'on a retrouvé des fragments de l'oeuvre d'un professeur qui devait sans doute enseigner à Autun, ce que l'on appelle les fragments du Gaius d'Autun, ainsi nommés parce qu'il avait utilisé les Institutes de Gaius et qu'il en avait donné une sorte de résumé pour ses étudiants.

Le programme des études

M. Collinet a recherché quel avait été le programme des études à cette époque. Il a montré que les étudiants en droit de l'école de Beyrouth continuaient leurs études pendant 5 années. La première année était ce que l'on appelait l'année des Dupondii (dupondius,

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction interdite
Source : BIU Cujas
Y

petite pièce de monnaie de deux as) C'est l'analogue de ce que l'on pourrait qualifier de nos jours dans certaines écoles de bizuts ou ce que l'on qualifie à l'armée de bleus. On leur enseignait les Institutes de Gaius et 4 livres tirés des commentaires sur le droit civil, des libri ad Sabinum. On y étudiait la dot, la tutelle, le testament, le legs.

En seconde année les étudiants portaient le nom d'Edictales. Les edictales sont les étudiants qui consacrent une partie de leur activité scientifique à l'étude des commentaires sur l'édit du Prêteur. Ils étudiaient la première partie de l'Edit, quelques titres relatifs aux actions en justice, et une partie des commentaires sur les biens, sur le patrimoine

En troisième année, les étudiants portaient le nom de papinianistae, c'étaient ceux qui s'initiaient aux Réponses de Papinien. Papinien dont on connait la qualité comme jurisconsulte, la finesse de la pensée mais en même temps la difficulté d'interprétation. Il fallait déjà à Beyrouth être en troisième année pour s'initier aux Réponses de Papinien. On continuait également à y étudier une partie du traité des actions c'est-à-dire de la procédure et certains commentaires sur les biens.

En quatrième année, les étudiants portent le nom de lytae et ils étudient les sentences de Paul, mais comme on sait qu'ils sont studieux, on les dispense d'assister aux cours et c'est chez eux qu'ils étudient à loisir les Sentences de Paul.

Enfin, M. Collinet a montré que certains étudiants faisaient une cinquième année consacrée à l'étude des constitutions impériales, mais comme le doctorat en droit de nos jours, cette cinquième année était facultative. Les étudiants avaient à leur disposition les codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien.

Section V

Oeuvre législative de Justinien

L'époque de Justinien; ses caractères.

Le siècle de Justinien est une des époques les plus brillantes au point de vue juridique, du Bas-Empire. On a pu comparer, dans une certaine mesure tout au moins, le règne de Justinien au règne de Napoléon, car le règne de Justinien à brillé non seulement par une activité juridique intense de même que le règne de Napoléon est marque par le code civil, le code

Source : BIU Cujas

criminel etc... Mais le règne de Justinien est également caractérisé par un redressement très net au point de vue militaire ainsi qu'au point de vue administratif. Il ne faut pas même négliger le point de vue religieux car le Bas-Empire est l'époque où s'est développée et où a triomphé la religion chrétienne. Si pendant un certain temps on s'était quelque peu désintéressé des controverses juridiques c'est parce qu'on se passionnait avant tout pour les controverses religieuses, pour les études de théologie. C'est l'époque byzantine et cebyzantinisme a été parfois décrié, critiqué violemment. Quand on se livre à des controverses trop abstraites on parle quelquefois de byzantinisme. Il est bien vrai que c'est une époque où les esprits n'avaient plus cette vigueur qui caractérisait l'esprit juridique classique. M. Collinet et d'éminents historiens tels que M. Diehl se sont consacrés à une réhabilitation de cette époque. Ils ont montré qu'il ne faut pas juger les gens d'une manière abstraite mais en se plaçant dans le milieu, dans l'atmosphère de l'époque. On ne peut pas exiger de gens du Bas-Empire qu'ils se conduisent comme des gens qui auraient vécu plusieurs siècles auparavant. Pour le Bas-Empire, l'époque de Justinien est une époque de grande activité et il faut louer entièrement Justinien et ses collaborateurs de l'oeuvre entreprise par eux.

Justinien (527-565)

Justinien est né en Thrace en l'année 482 dans un petit village du nom de Taureesium, près de la ville serbe actuelle de Skoblié, égalementconnue sous le nom d'Uskub et qui se trouve sur le haut Vardar. Ce détail a son intérêt car si Justinien a été empereur d'Orient, il n'est pas né en Asie, mais dans les provinces européennes de l'empire d'Orient et c'est ce qui explique en partie pourquoi tout en ayant subi l'influence de l'Orient, il a cependant manifesté un tel respect pour l'oeuvre des jurisconsultes romains. Ce n'était pas le fils mais le neveu de l'empereur précédent, Justin, il s'appelle Justinien, précisément parce qu'il avait été adopté par Justin, puisqu'à Rome c'est par ce suffixe Justini(anus) que l'on montre qu'une personne a été adoptée par une autre.

Justin était un soldat de carrière, un aventurier que son armée avait porté à l'empire. Justinien au contraire sera un empereur désigné dès sa jeunesse pour exercer le pouvoir et qui règnera de longues années de 527 après J.C. à l'année 565. Il a eu un règne très long et il a pu mener à bien tous les projets qu'il avait entrepris. Il a régné avant tout sur l'Orient, sa capitale a été Constantinople et non pas Rome qui au moment où il a pris le pouvoir se trouvait entre les

Source : BIU Cujas

mains des Ostrogoths.

Justinien n'est d'ailleurs pas le seul à avoir eu une activité très grande sous son règne. Il faut caractériser l'époque par un nom, mais il ne faut pas négliger sa femme l'impératrice Théodora, qui était d'une intelligence remarquable et à laquelle on doit ces tendances féministes qui de nombreux siècles avant notre époque ont marqué l'évolution du droit. Il ne faut pas non plus négliger, car il a joué un rôle prépondérant en matière juridique, Tribonien qui dirigea la rédaction des vastes compilations du règne de Justinien.

Justinien poursuivait un double but. D'une part restaurer au point de vue militaire la grandeur de l'empire romain. D'autre part, faire connaitre par de vastes compilations le droit en usage à son époque tout en rendant un hommage grandiose aux jurisconsultes des périodes qui l'avaient précédé.

Au point de vue militaire l'oeuvre de Justinien fut éphémère. Il reconquit il est vrai une partie de l'empire romain. Ses généraux après des luttes pénibles réussirent à restaurer son autorité sur l'Italie. L'Afrique romaine retomba en son pouvoir mais par la suite ses successeurs perdirent bribe par bribe l'empire qu'il avait reconstitué.

L'oeuvre juridique de Justinien.

Au contraire au point de vue juridique l'oeuvre de Justinien devait être durable. C'est pourquoi on étudie et on enseigne encore le droit romain: c'est en raison du caractère illustre et durable de l'oeuvre de Justinien, c'est parce qu'elle a influencé à travers les siècles toutes les destinées du droit.

Si Justinien a été amené à faire rédiger ces compilations c'est avant tout pour une raison de nécessité, parce qu'au Bas-Empire au VIème siècle après J.C. on ne possédait pour ainsi dire plus d'ouvrages de droit capables de faire connaitre aux étudiants qui seront plus tard avocats et juges, le droit qui était en usage à leur époque. C'est également parce que Justinien ne pouvait pas négliger de faire ce qu'avaient fait en Occident les rois Barbares. Les rois Barbares avaient déjà fait faire des compilations à jour à l'usage de leurs sujets romains. Concevrait-on que l'empereur Justinien de qui dépendaient dans une certaine mesure, tout au moins au point de vue théorique, ces rois Barbares, aurait pu rester en arrière et ne rien faire? Par conséquent c'était la nécessité même qui imposait à Justinien l'oeuvre qu'il a accomplie.

Les compila-

Sa codification comprend 4 oeuvres différentes:

Source : BIU Cujas

tions de Justinien.

le Code, les Institutes, le Digeste et les Novelles. Comme le premier code n'est plus à la page, à la suite de la rédaction du Digeste, Justinien fut amené à faire faire un second code. C'est pourquoi nous avons à parler successivement du Premier Code, du Digeste, des Institutes, du Second Code, et des Novelles.

I°- Le premier Code.

I°.- Le Premier Code a été entrepris en l'année 528 par une commission de juristes présidée par Tribonien qui était alors Maitre des Offices, donc haut fonctionnaire impérial, commission qui comprenait un professeur de Constantinople appelé Théophile et un ancien professeur de l'école de droit de Beyrouth, Léontius. Ainsi donc, dès le début, on voit dans la commission figurer d'une part des hauts fonctionnaires impériaux et d'autre part des professeurs des écoles de droit de Constantinople et de Beyrouth. La mission donnée à ces commissaires était d'utiliser les trois codes antérieurs, Grégorien, Hermogénien et Théodosien, d'utiliser tous les éléments qui étaient encore en vigueur, de supprimer les répétitions et les contradictions. Ce premier code ne nous est pas parvenu.

2°- Le Digeste. Compilation du Jus. Importance des documents utilisés

2°- Le Digeste. C'est l'oeuvre fondamentale des collaborateurs de Justinien. Tandis que le Code était un recueil de Constitutions impériales, le Digeste était au contraire un recueil de fragments empruntés aux oeuvres des jurisconsultes classiques. C'est ce que l'on appelle une compilation de Jus. Le projet était difficile à réaliser. Il fallait tout d'abord réunir ces oeuvres des jurisconsultes classiques dont on voulait tirer des extraits et ce n'était pas une petite affaire à Constantinople au VIème siècle, que de grouper ainsi des ouvrages qui n'étaient pas imprimés et qui avaient été rédigés depuis le Ier siècle et même dans certains cas, dès le dernier siècle de la République romaine.

Il fallait en outre tirer parti des fragments les plus intéressants, éliminer les passages vieillis, il fallait d'autre part mettre ces textes au courant des transformations juridiques. Il fallait y opérer des remaniements, ce que l'on appelle faire des interpolations.

Justinien nous dit dans la Constitution qui promulgue le Digeste, la Constitution Tanta, du premier mot de la Constitution, que les commissaires ont eu affaire à 2.000 livres, travail énorme s'il en fut; il s'agit évidemment de 2.000 livres de l'époque, chaque livre correspondant à une étendue bien déterminée, correspondant au rouleau de papyrus sur lequel on avait écrit une partie de l'oeuvre envisagée.

Source : BIU Cujas

Quand on dit qu'un jurisconsulte classique a fait un commentaire en 70 livres, ce sont 70 rouleaux de papyrus.

Justinien nous dit dans sa Constitution que les ouvrages dépouillés comportaient 3 millions de lignes. Cependant certains auteurs modernes trouvent qu'il a exagéré et qu'en réalité on a dépouillé moins d'ouvrages. Avec ces 3 millions de lignes tirées de près de 2.000 livres on allait faire une oeuvre comportant environ 150.000 lignes d'après les auteurs, divisée en 50 livres. Chacun de ces livres est lui-même divisé en un certain nombre de titres, à l'exception toutefois des livres XXX, XXXI XXXII qui ne comportent qu'un seul titre, c'est la partie de l'oeuvre qui est consacrée aux legs.

La Commission travailla avec la plus grande activité puisqu'elle ne mit que 3 ans à accomplir un travail qui parait gigantesque et qu'elle eut terminé dès décembre 533 alors que Justinien était monté sur le trône en 527.

Le Digeste, du mot latin Digesta, est également connu par le mot Pandectes, pandectae; ce mot pandectes a eu un très grand succès puisqu'en doctorat il existe encore dans les Facultés de droit un cours de Pandectes où l'on commente les textes des jurisconsultes romains.

Divisions ou Digeste

Ce Digeste ou Pandectes comporte 50 livres divisés en titres. Dans chaque titre se retrouve un certain nombre de fragments empruntés à des oeuvres classiques. Ainsi donc il n'y a pas dans le Digeste de fragments tout entier qui ait été rédigé au VIème siècle. Tout provient d'oeuvrés antérieures. Pour permettre de s'y retrouver et de savoir d'où vient le fragment envisagé, on a mis en tête de chaque fragment une "inscription" où l'on indique le nom du jurisconsulte à qui le fragment est emprunté et le livre de son oeuvre d'où il est tiré. Si Tribonien a emprunté un fragment à Ulpien, dans son livre 17 du commentaire du Droit civil, on met: Ulpien, livre 17, commentaire sur Sabinus.

Ces fragments sont divisés par les auteurs modernes en un certain nombre de paragraphes quand ils sont assez longs, ce qui n'est pas toujours le cas. Il fallait faire des raccords entre les fragments utilisés, et certains petits fragments intermédiaires n'ont quelquefois qu'une ou deux lignes ou même quelques mots.

3°- Les Institutes manuel d'étudiants

3°.- Les Institutes - Institutiones.

En faisant rédiger les Institutes, Justinien songeait aux étudiants puisque les institutes de Justini

Source : BIU Cujas

constituent un manuel élémentaire de droit romain à l'usage des étudiants de son époque.

Pour modèle, Justinien ne pouvait mieux faire que de prendre les Institutes de Gaius. Ce sont deux professeursd'écoles de droit qui ont rédigé les Institutes, en suivant le plus possible le plan de Gaius. Comme la procédure au Bas Empire s'était profondément modifiée on a ajouté à la fin des Institutes de nouveaux titres consacrés à la procédure.

4°- Le nouveau Code (leges) Division du Code.

4°.- La quatrième oeuvre de Justinien est le nouveau code. C'est le deuxième code,le seul qui nous est parvenu. Comme on avait profondément remanié les textes classiques, comme on avait fait toutes sortes de changements, le premier code n'était plus adapté au but poursuivi. La Commission de Justinien se mit à l'oeuvre, et elle promulgua le I6 Novembre 534 un nouveau code.

Celui-ci est divisé en I2 livres, chacun étant divisé en titres. Comme il s'agit de Constitutions impériales, on a classé dans chaque titre ces Constitutions par ordre chronologique. Comme à la fin de chaque Constitution on indique sous quel Consul la constitution a été édictée, les auteurs modernes ont réussi d'une manière générale à fixer la date à laquelle primitivement chacune de ces Constitutions avait été rendue. On trouve ainsi dans les éditions du Code à la fin de chaque Constitution impériale l'indication de la date mais il ne faut pas croire qu'elle se trouvait ainsi dans les documents qui nous sont parvenus.

La Constitution indique également en tête l'empereur qui l'a édictée et la personne à laquelle elle est adressée, c'est ce que l'on appelle l'adresse de la Constitution. Tantôt il s'agit d'un haut fonctionnaire impérial, tantôt d'un consultant, d'une personne qui a des difficultés juridiques et qui s'est adressée à l'empereur. C'est ainsi que parfois c'est à une femme que l'empereur adresse la constitution qui nous est parvenue.

5°- Les Novelles

5°.- La cinquième oeuvre de Justinien est constituée par les Novelles.

Les Novelles de Justinien comme leur nom l'indique sont des Constitutions impériales qui ont été promulguées après la rédaction du deuxième code. L'activité juridique de Justinien n'allait pas s'arrêter en si bon chemin. Il allait très souvent promulguer de nouvelles Constitutions qui, bien souvent, sont écrites en grec puisqu'elles s'adressent à des habitants de l'empire d'Orient. C'est souvent dans ces Novelles que l'on trouvera d'importantes innovations

Source : BIU Cujas

dues à Justinien.

Justinien est mort sans avoir groupé ses Novelles . Ce sont par conséquent des compilations privées de Novelles que nous possédons. L'une des plus connues est celle qui porte le nom d'Epitome de Julien, faite par le professeur Julien de Constantinople qui les traduisit en latin quand l'original était grec.

Une seconde compilation plus complète est connue sous le nom d'Authentique (Authenticum)

Enfin, la troisième collection, la plus complète fut rédigée sous l'empereur byzantin Tibère II, 578-582.

Les auteurs modernes ont recueilli tout ce qui avait été laissé par les collaborateurs de Justinien.

Editions

Ceux qui voudraient lire dans le texte les oeuvres de Justinien peuvent se reporter à deux éditions différentes, l'édition allemande faite sous la direction de Mommsen et Krüger en trois gros volumes: Digeste, Code, Novelles. D'autre part, il y a ce que l'on a appelé le Digeste de poche dû à des auteurs italiens dirigés par Bonfante.

Les caractères généraux et la valeur scientifiq de l'oeuvre de Justinien

Appréciation de l'oeuvre de Justinien - Opinions divergentes des romanistes

Nous devons examiner maintenant la valeur de l'oeuvre de Justinien. Les avis des auteurs modernes sur une oeuvre aussi vaste et foreément imparfaite sont partagés: les uns en font l'éloge, les autres en font la critique.

Ce qui a choqué beaucoup les auteurs modernes, c'est la manière dont avaient travaillé les collaborateurs de Justinien: ils avaient fait du neuf avec du vieux; ils avaient emprunté aux périodes antérieures les matériaux grâce auxquels ils avaient rédigé le Digeste, les Institutes et le Code. Les Novelles, au contraire, étant une oeuvre plus originale correspondant mieux au droit de l'époque.

Les auteurs ont fait remarquer combien cette oeuvre était par suite disparate, puisque l'on avait emprunté des extraits à des jurisconsultes de la fin de la République, du Ier, du IIe, du IIIe siècles après J.C. puisque l'on avait utilisé des constitutions impériales qui dataient de l'époque d'Hadrien, aussi bien que de l'époque de Dioclétien.

Surtout ce qui a choqué les auteurs fidèles partisans du droit classique, des grands jurisconsultes, c'est que pour mettre leurs oeuvres au gout du jour,

Source : BIU Cujas

pour les adapter aux besoins de l'époque, on les avait interpolées, on les avait remaniées, et les auteurs modernes qui s'efforcent de reconstituer la pensée classique se plaignent de ne pas pouvoir y réussir, de n'avoir pas la possibilité, ou tout au moins la certitude, de savoir ce que disait Papinien, ce que disait Paul ou Ulpien.

Au contraire, d'autres auteurs plus indulgents ont fait remarquer qu'en réalité Justinien, en incorporant dans sa compilation, fut-ce même en les déformant, des extraits des jurisconsultes classiques, les avait sauvés de l'oubli ou peut être même de la destruction. Connaitrait-on exactement ce qu'était Papinien? Connaitrait-on quelle avait été la production d'Ulpien ou de Julien, si nous ne pouvions en avoir une idée par l'intermédiaire du Digeste? et sans doute la plupart des constitutions impériales auraient disparu ou seraient très mal connues si nous ne pouvions en avoir une idée suffisante grâce au Code de Justinien.

De plus, si l'on envisage les caractères généraux de l'oeuvre de Justinien, on se rend compte facilement par l'étude de ses traits caractéristiques que si, au point de vue technique, l'oeuvre présente une véritable infériorité par rapport aux oeuvres du passé, au contraire au point de vue moral, au point de vue de la supériorité de certaines conceptions, le droit de Justinien est très avancé.

Les caractères de l'oeuvre de Justinien.

Nous examinerons donc successivement ces caractères essentiels de l'oeuvre de Justinien, le caractère doctrinal et synthétique, le caractère chrétien, le caractère oriental et le caractère traditionnel.

I - Caractère doctrinal et synthétique par opposition au caractère pratique des oeuvres classiques

I - Tout d'abord, l'oeuvre de Justinien présente un caractère doctrinal et synthétique. Elle s'oppose ainsi à l'oeuvre des jurisconsultes classiques qui, au contraire, était essentiellement pratique et étudiait essentiellement des cas d'espèce. Les jurisconsultes classiques étant en contact étroit avec la pratique des tribunaux se hasardaient rarement dans les idées générales. Leurs oeuvres étaient l'étude de toute une série de cas d'espèce, harmonieusement groupés et classés, et c'est à l'occasion d'une affaire particulière qu'ils posaient un principe général. Au contraire, l'oeuvre de Justinien est avant tout accomplie par des professeurs des écoles de droit, et les professeurs des écoles de droit ont tendance à dégager des principes généraux et insister sur ces principes; et c'est pourquoi l'oeuvre de Justinien pré-

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

sente ce caractère doctrinal et s'efforce de poser des principes généraux.

2 - Influence chrétienne; progrès au point de vue moral par rapport au droit classique.

2 -En second lieu, l'oeuvre de Justinien est une oeuvre chrétienne; ce n'est peut être pas toujours consciemment, mais cela résulte nécessairement de l'atmosphère dans laquelle ont travaillé les collaborateurs de Justinien. Les jurisconsultes classiques vivaient à l'époque paienne; leurs conceptions religieuses n'étaient pas très nettes, ils étaient peut être plus incroyants que paiens, mais en tout cas, ils ne s'inspiraient pas des mêmes doctrines morales que les collaborateurs de Justinien, et c'est pourquoi sur certains points l'oeuvre de Justinien est très nettement en progrès par rapport aux oeuvres des Jurisconsultes classiques. C'est un effort de protection des faibles, protection de la femme, - nous avons vu les tendances féministes du droit de Justinien - protection des esclaves contre leurs maitres; également protection parfois de l'un des contractants contre l'autre, quand celui-ci abuse de sa puissance, de sa force, car il est plus riche et a la possibilité d'attendre; et c'est la théorie de la lésion qui commence à se dégager à l'époque de Justinien.

3°- Influence des conceptions et des usages de l'Orient

3°.- En troisième lieu, l'oeuvre de Justinien présente un caractère oriental. Ceci n'est pas pour surprendre, puisque Justinien règne à Constantinople et que ce sont des personnes de l'Orient qui ont exclusivement contribué à la rédaction de ces compilations.

Ceci se manifeste à de multiples points de vue. Sur bien des points, la doctrine romaine a fait place à des conceptions particulières à l'Orient, des usages grecs se substituent ainsi aux usages de l'Italie; nous verrons par exemple en matière de fiançailles que ce sont les usages de l'Orient qui ont remplacé les usages romains. Vous en verrez des exemples l'an prochain en étudiant les contrats, en particulier l'évolution de la stipulation.

Mais ce caractère oriental se manifeste plus nettement dans les Novelles que dans le Code de Justinien, et surtout que dans le Digeste.

4°- Rappel des traditions romaines.

4°.- Enfin, par opposition au caractère précédent, l'oeuvre de Justinien manifeste un caractère traditionnel, et la volonté de marquer la continuité de la civilisation romaine et de rappeler les grands souvenirs historiques de l'Empire romain. Ceci frappe immédiatement le lecteur, quand il constate qu'à tout

Source : BIU Cujas

propos, non seulement dans le Digeste, mais dans le Code, on rappelle la Loi des Douze Tables, et pourtant la Loi des Douze Tables n'était pas quelque chose de récent puisqu'elle date des débuts de la République, 450 ans avant J.C. et nous sommes au sixième siècle après J.C. Par conséquent, Justinien montre sa volonté de maintenir les traditions romaines, de rappeler les plus anciens documents juridiques qui aient été rédigés à Rome, et ceci est d'autant plus frappant que Papinien, au début du IIIe siècle après J.C. paraissait fort peu se soucier de ce qu'avait dit la Loi des Douze Tables.

Le caractère contradictoire de l'oeuvre. Son intérêt au point de vue de l'histoire du droit romain

L'étude de ces caractères généraux explique pourquoi les auteurs modernes ne peuvent se mettre d'accord pour exprimer une idée d'ensemble sur ces compilations. C'est que cette oeuvre est en somme contradictoire; Justinien poursuit simultanément deux buts inconciliables; comment peut-on à la fois donner pleine satisfaction aux besoins de la pratique, et rédiger une oeuvre qui est pleine de renseignements historiques, qui renferme des allusions à des institutions de dates différentes ? Comment les praticiens sauront-ils toujours qu'ils ont affaire à une règle en vigueur dans le droit de Justinien, ou au contraire à un rappel d'une règle ancienne qui n'est plus en usage? Certainement la difficulté devait être grande pour eux, puisque les historiens modernes, malgré de longues études, réussissent parfois difficilement à discerner le droit classique du droit de Justinien dans ses compilations, à savoir quelle est exactement la règle qui était en vigueur, puisque dans cette immensité de textes on trouve bien souvent des contradictions.

Il n'en est pas moins vrai que Justinien a rendu aux historiens de l'avenir aussi bien qu'à tous ceux qui ont étudié la vie juridique un grand service puisque c'est par son intermédiaire qu'a été transmise dans son ensemble la pensée juridique romaine. Et c'est le travail des auteurs modernes d'essayer, en partant de l'oeuvre de Justinien, de reconstituer non seulement le droit de Justinien, mais l'évolution historique du droit romain.

Les commentaires sur l'oeuvre de Justinien Les Basiliques

Justinien, comme tous ceux qui ont accompli une grande oeuvre de législation, avait eu l'illusion qu'il travaillait pour l'éternité, que son oeuvre était parfaite, qu'il ne fallait plus la remanier, et c'est ce qui explique pourquoi il avait interdit dans les écoles de droit d'utiliser désormais d'autres

Source : BIU Cujas

ouvrages que les siens. Il fallait que les étudiants en droit suivent pas à pas les Institutes de Justinien, que l'on étudiait en Ière année; c'étaient désormais, non plus comme à l'époque antérieure, les "dupondii", mais les "novi Justiniani", les nouveaux de Justinien, ceux qui s'initient au droit de Justinien; tandis que les autres années conservaient leur nom, et puis on étudiait dans les années suivantes le Digeste et le Code de Justinien.

On se méfiait également des professeurs, et de tous ceux qui se livraient à l'activité scientifique du droit, car on craignait que dans leurs travaux, ils ne modifient les conceptions qui se trouvaient dans les oeuvres deJustinien; pas de commentaires trop approfondis, et surtout il ne fallait pas s'éloigner du texte, il fallait le suivre pas à pas dans son étude.

Mais Justinien ne fut pas obéi et bientôt les professeurs de droit en prirent certainement à leur aise avec les compilations de Justinien et n'hésitèrent pas sur certains points à indiquer leur point de vue.

Dans les années qui suivirent, on se livra à quelques ouvrages d'assez faible valeur, telle la paraphrase des Institutes de Justinien, qui est attribuée à Théophile. Mais par la suite, dans cet Empire d'Orient, qui continue à exister pendant des siècles, jusqu'à la conquête de Constantinople, par les Turcs en 1453, on travailla le droit et on y incorpora de plus en plus des éléments orientaux et des éléments chrétiens.

Sans vouloir multiplier les dates et les noms d'ouvrages citons simplement une oeuvre importante, qui a été accomplie au temps de l'empereur Léon le Philosophe, connu également sous le nom de Léon le Sage (fin du IXme siècle): Il s'agit des Basiliques. Les Basiliques sont écrites en grec et comportent soixante livres. C'est un essai de Groupement, suivant un plan nouveau, de tout ce qui se trouvait dans les compilations de Justinien. On réunit des textes appartenant au Code et au Digeste de Justinien, et on les fait suivre de petites remarques, ce que l'on appelle des "scolies". Les auteurs modernes utilisent ces "scolies" pour savoir quelle était l'opinion des auteurs de l'époque et parfois même il y a des "scolies" qui remontent très loin dans le passé et qui nous permettent sur certains points de diagnostiquer la règle antérieure à Justinien. De nos jours on utilise l'édition des Basiliques en huit volumes, faite par l'Allemand Heimbach. Mais cette oeuvre est fort im-

Source : BIU Cujas

parfaite et on attend l'historien du droit de bonne volonté qui reprendra le travail et le mènera à bien.

Les destinées du droit romain.

Pour terminer cette introduction historique consacrée aux sources du droit, il nous faut indiquer quelles ont été les destinées du droit romain, et surtout quelle a été la manière de l'étudier depuis l'époque que nous avons envisagée.

La Ière renaissance; la méthode exégétique.

Après une période d'éclipse, l'étude du droit romain est revenue en faveur dès les XIme et XIIme siècles, et les gens de la Renaissance ont été pris de la plus grande admiration pour le droit romain, qu'ils s'efforçaient de faire pénétrer dans les usages de leur époque.

Mais à ce moment là, c'était souvent des fins pratiques que l'on poursuivait en étudiant le droit romain; on voulait en tirer des règles applicables devant les tribunaux; on se livrait à une étude littérale des textes, à leur commentaire. C'est ce que l'on appelle faire de l'exégèse, et c'est ce que l'on a encore fait en Allemagne au XVIIIme siècle, puisque l'Allemagne n'a eu un Code qu'à la fin du XIXme siècle, et qu'au XVIIIme siècle, et même au début du XIXme le droit romain constituait encore l'un des éléments du droit en vigueur en Allemagne. C'est à cette époque, que sans souci historique direct, on rédige de gros ouvrages sur le droit romain, connus sous le nom de Traités de Pandectes.

La 2me renaissance du Droit romain: Cujas et la méthode historique.

Mais dès la Renaissance, on avait vu s'instaurer une nouvelle méthode, avec des hommes comme Alciat et comme Cujas, Cujas dont la renommée est célèbre, Cujas qui est parfois considéré comme le plus célèbre historien du droit romain, instaurait une nouvelle méthode, la méthode historique.

Cette méthode consiste à utiliser les textes qui nous ont été conservés non seulement pour connaitre le droit de Justinien, mais pour connaitre l'évolution générale du droit romain. Cette méthode, au lieu de faire appel exclusivement au sentiment juridique fait également appel au sens historique et à la critique des textes. On utilise l'archéologie, on utilise la philologie, on fait appel à toutes les sciences auxiliaires de l'histoire du droit.

Un peu plus tard, le droit romain fut également étudié d'un point de vue critique par Favre. Favre était président du Parlement de Savoie, et il conciliait ses occupations judiciaires avec l'étude des textes romains et la recherche des interpolations.

Puis, au XIXme siècle, la méthode historique fut remise en faveur en Allemagne par Savigny, qui a écrit

Source : BIU Cujas

des traités de droit romain et qui est considéré comme le premier chef de l'Ecole historique du XIXme siècle.

Ensuite, en France et en Italie on se mit également à étudier du point de vue historique le droit romain, et c'est au cours des dernières années du XIXme siècle que l'on commença à publier de véritables traités de droit romain d'un point de vue historique.

La méthode actuelle.

La méthode suivie de nos jours dans les cours de droit romain s'efforce de concilier le point de vue juridique et le point de vue historique. Il ne faut pas perdre de vue que l'on étudie le droit romain afin de mieux connaitre le droit civil moderne. Mais il ne faut jamais oublier non plus que le but de l'enseignement du droit romain est également un but de culture historique. Ce que l'on veut c'est que vous compreniez que le droit n'est pas quelque chose d'immuable, que le droit romain lui-même a été vivant; il est né, il a vécu, il a grandi et il est tombé dans une certaine mesure en décadence au cours de l'Empire.

Ainsi donc l'enssignement du droit romain donne le sens de l'évolution du droit romain et des transformations incessantes du droit, et loin de vous figer dans le conservatisme, il vous permet de comprendre comment les institutions juridiques peuvent évoluer, comment elles subissent l'influence de tous les facteurs de la civilisation, comment le droit suit lentement les progrès de la morale, est influencé par la religion, tient compte des transformations politiques et économiques. Et pour réaliser le but qu'il poursuit, le professeur de droit romain est obligé de faire appel d'une manière discrète aux sciences auxiliaires que nous avons énumérées.

Plan du cours.

Quel plan suivrons-nous pour étudier le droit privé romain? Nous suivrons cette année le plan qui avait été indiqué par M. Collinet en commençant par le droit des personnes, auquel sera consacré la Première Partie.

Seconde Partie; le patrimoine, la propriété et les les droits réels.

Troisième Partie; les successions.

Quatrième Partie: la procédure

Ce plan comporte une lacune, lacune nécessaire; c'est l'absence du droit des obligations, car le droit des obligations ne fait pas partie du programme de Première année, et il est réservé aux étudiants de seconde année.

Si on suivait un plan rigoureusement logique, si on ne détachait pas le droit des obligations, en raison

Source : BIU Cujas

de son importance, du plan d'ensemble, on devrait l'étudier immédiatement après l'examen de la propriété et des droits réels, puisque les obligations font partie comme les droits réels du patrimoine de l'individu.

Nous allons aborder immédiatement la Première Partie de notre cours, qui sera consacrée au droit des personnes, et qui comportera en particulier l'étude de la famille.

Source : BIU Cujas

PREMIERE PARTIE

LE DROIT DES PERSONNES

De nos jours, pour celui qui n'a jamais fait d'études juridiques, une personne c'est un être humain vivant. Pour le juriste, au contraire, même de nos jours, une personne n'est pas nécessairement un être humain, puisque la science du droit, à côté des personnes humaines, a reconnu l'existence de personnes juridiques que l'on appelle parfois également des personnes morales.

Distinction de la personne et de l'être humain.

A Rome également, la notion de personne, "persona" ne se confond pas avec la notion d'être humain. Si l'on se place au début du droit romain, tout être humain n'est pas nécessairement une personne, car une personne c'est un être susceptible d'avoir des droits et des obligations, et le droit romain primitif ne reconnait pas à tout être humain la capacité juridique. Seul, primitivement, est une personne au sens complet du mot, est doué de toutes les aptitudes au point de vue juridique, le chef de famille romain, le "pater familias", car il vaut mieux traduire "pater familias" par "chef de famille", que par "père de famille", "Père de famille" semble en effet indiquer dans une certaine mesure une paternité qui, en réalité, n'est pas indispensable pour être pater familias"; on peut être chef de famille sans jamais avoir eu d'enfant.

D'autre part, on a assez rapidement reconnu à Rome qu'il y avait des collectivités qui pouvaient être douées de droits; l'Etat tout d'abord, la cité romaine, des corporations, et c'est ainsi qu'au cours des siècles sont apparues en droit romain, à côté des personnes humaines, des personnes juridiques ou per-

Source : BIU Cujas

sonnes morales.

Si l'on envisage les personnes humaines, normalement l'aptitude à avoir des droits et des obligations commence à la naissance pour finir à la mort. Mais ici encore le juriste s'écarte légèrement des idées courantes, puisqu'il admet que l'on peut avoir des droits avant d'être né et que l'on peut dans une certaine mesure dans la vie juridique se survivre à soi-même dans l'intérêt de ses héritiers.

Commencement de la personnalité.

Tout d'abord les Romains ont admis que l'enfant qui était simplement conçu, mais pas encore né, pouvait bénéficier de certains droits. C'est ce que l'on a caractérisé par la règle: "Infans conceptus pro nato habetur, quotiens de commodis ejus agitur" L'enfant simplement conçu est réputé déjà né toutes les fois où il s'agit de son intérêt. Ce n'est pas pour lui jouer un mauvais tour qu'on lui reconnait une certaine personnalité juridique avant sa naissance, c'est pour qu'il puisse bénéficier de certains avantages, par exemple de la succession de son père mort entre la conception et la naissance

Toutefois, pour pouvoir bénéficier de ces droits, il ne suffit pas d'être né; il faut être né vivant et viable, et les Proculiens exigeaient que cela se soit manifesté d'une manière particulière; il fallait que le nouveau-né ait poussé un cri, et peut être que les sage-femmes modernes suivent inconsciemment la doctrine proculienne quand de nos jours elles s'efforcent de faire pousser un cri par le nouveau-né pour manifester qu'il est vivant et viable.

Fin de la personnalité.

Quand on était mort, on était également bien mort primitivement au point de vue juridique, mais par la suite les jurisconsultes ont admis qu'il pouvait y avoir intérêt à considérer dans une certaine mesure le défunt comme se survivant à lui-même, comme servant de substratum à sa succession. C'est qu'en effet, s'il ne laisse pas comme héritiers des personnes de sa famille, tant que les héritiers ne se sont pas présentés, n'ont pas accepté la succession, celle-ci est vacante, n'importe qui peut s'en emparer. Certains jurisconsultes ont admis que le défunt en quelque sorte veillerait aux intérêts de la succession, et que les esclaves du défunt par exemple pourraient agir en empruntant la personnalité de leur maitre qui était déjà mort.

En somme, ce sont là quelques exceptions à la règle que la personnalité commence à la naissance pour finir à la mort, qui ont été admises dans un intérêt pratique.

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Source : BIU Cujas
Y

Multiplicité des conditions juridiques auxquelles peuvent être envisagées les personnes.

L'étude du droit des personnes va nous amener à examiner de multiples questions, car le monde romain est très vaste et les différences des conditions juridiques sont multiples. D'autre part, suivant les époques auxquelles on se place, les situations juridiques des différents individus dans le monde romain ont varié.

C'est ainsi que si nous envisageons la société romaine dans son ensemble, ces millions d'individus qui vivent dans l'Empire romain, nous constatons qu'il y a parmi eux deux grandes classes: les esclaves et les hommes libres: hommes libres parmi lesquels d'ailleurs on fait une subdivision suivant qu'ils sont affranchis ou ingénus; les affranchis, ce sont ceux qui avaient été esclaves, les ingénus, ce sont ceux qui ne sont jamais tombés en servitude, qui ont toujours été libres.

Si l'on se place au point de vue plus restreint de la cité romaine, alors on doit parmi les hommes libres distinguer suivant leur situation juridique: les citoyens romains, qui ont la plénitude des droits politiques; les Latins, qui sont dans une situation privilégiée; et enfin les pérégrins; ce sont tout d'abord les étrangers qui viennent à Rome, qui y sont tolérés; mais par la suite, quand les armées romaines ont conquis tout le monde méditerranéen, ce sont les habitants de l'Empire qui sont soumis aux Romains et qui ne jouissent pas d'une situation privilégiée.

Enfin, au lieu de se placer au point de vue de la société romaine dans son ensemble, de la cité romaine, on peut se placer au point de vue de la famille n'envisager que la famille du citoyen romain. Alors, on constate qu'au début seul le chef de famille, le "pater familias" a la plénitude des droits, qu'il jouit de toute autorité dans sa famille, que sa femme et ses enfants doivent rigoureusement lui obéir. Mais l'étude de l'évolution historique montre que peu à peu la personnalité des différents membres de la famille va se dégager vis-à-vis du chef de famille et s'épanouir, ce qui sera surtout remarquable pour les femmes qui avaient très peu de droits à l'origine dans la famille et qui sont presque entièrement indépendantes à la fin du droit romain. Mais ceci est également vrai pour les fils et les filles de famille qui primitivement ne pouvaient avoir aucun patrimoine et qui au contraire, à la fin du droit romain, pourront avoir certains biens personnels.

Etudier ces questions, c'est étudier la capacité de droit. Mais à côté de la capacité de droit, il y a la capacité de fait. Il y a des gens qui sont aptes

Source : BIU Cujas

à avoir les droits les plus variés, qui peuvent être soumis à toutes les obligations, mais qui cependant sont en fait incapables d'exercer ces droits. Tel est le cas de ce nouveau-né qui aurait succédé au chef de famille; du moment où il n'a plus personne au-dessus de lui, il est capable de droits, mais il est en fait dans l'incapacité totale d'exercer ces droits. Et c'est pourquoi il faut étudier la théorie des incapacités de fait, examiner les règles de la tutelle et de la curatelle.

Il y a enfin des modifications qui peuvent se produire dans la vie des individus. On ne reste pas toujours nécessairement dans la même situation juridique. Un pérégrin peut être naturalisé, il devient citoyen romain; un esclave peut être affranchi, il devient un homme libre. Par contre, un individu libre, citoyen romain, peut quitter sa famille d'une manière ou d'une autre, voir se produire une rupture entre lui et les siens au point de vue juridique . Ce sont là toutes les questions que l'on étudie dans la théorie de la "capitis deminutio". La "capitis deminutio" c'est le changement qui se produit dans la personnsalité juridique d'un individu.

Plan de l'étude des Personnes

Nous nous placerons par conséquent à tous ces points de vue successifs pour étudier le droit des personnes

Titre I - Les esclaves, et les personnes dont la liberté est restreinte,
Titre II - Le droit de cité; les citoyens, les pérégrins et les latins,
Titre III - La famille.
Titre IV - La capitis deminutio.
Titre V - Les incapacités de fait
Titre VI - Les personnes morales.

Source : BIU Cujas

Titre I

LES ESCLAVES ET LES PERSONNES DONT LA LIBERTE EST RESTREINTE

Esclaves et personnes à liberté restreinte.

Il y a dans le monde romain une quantité considérable d'individus qui en droit ou en fait ne sont pas libres.

Pour les esclaves, il n'y a pas de difficultés, il est incontestable que les esclaves sont privés de la liberté.

Au contraire, pour les autres personnes, les auteurs modernes éprouvent des difficultés à les caractériser. On les appelle parfois des "demi-libres" mais cette expression est fort critiquée; on est libre ou on ne l'est pas, on ne peut pas être juridiquement un demi-libre. En réalité, les "demi-libres" sont juridiquement des personnes libres dont la liberté subit à certains points de vue des restrictions, et c'est pourquoi je préfère les qualifier par une périphrase: les appeler: les personnes à liberté restreinte.

Chapitre I

LES ESCLAVES

Importance de l'esclavage dans toute l'antiquité et dans le monde romain.

L'esclavage est une des institutions les plus importantes de l'Antiquité. En effet, c'est par l'existence de la servitude d'un grand nombre d'individus que la société antique s'oppose le plus nettement à notre société moderne. Quand on fournit comme idéal aux êtres humains de notre temps la vie du citoyen romain ou du citoyen grec de la fin de la

Source : BIU Cujas

République, on oublie trop souvent que s'il pouvait mener ainsi une vie consacrée entièrement aux loisirs, et surtout à la politique, c'est parce qu'il avait des esclaves qui faisaient tout le travail matériel et même parfois qui géraient son commerce ou son industrie.

L'esclavage en tant qu'institution de droit des gens,

L'esclavage est une institution du "jus gentium" du droit des gens, ce qui signifie qu'aux yeux des jurisconsultes romains elle est commune à tous les peuples civilisés. Vous serez peut être choqués de voir considérer l'esclavage, la servitude d'êtres humains comme une institution commune à tous les peuples civilisés, mais tel était le point de vue des jurisconsultes romains.

Effectivement, on constate que l'esclavage se retrouve avec les mêmes traits essentiels chez tous les peuples de l'Antiquité, aussi bien chez les Grecs ou chez les peuples de l'Orient que chez les Romains.

L'esclavage étant une institution du "jus gentium" il en résulte que non seulement les citoyens romains pouvaient avoir des esclaves, mais également les pérégrins, et nous avons la preuve que les plus humbles parmi les pérégrins possédaient effectivement des esclaves. Par conséquent, il y avait encore un abîme entre la condition juridique la plus inférieure, celle des pérégrins, et la condition juridique des esclaves à supposer que l'on puisse reconnaître aux esclaves envisagés une condition juridique. Ils sont un objet de droits plutôt qu'un sujet de droits, et ce que l'on envisage surtout ce sont les droits que leur maitre peut avoir sur eux.

L'esclavage et l'église

Cependant cette idée que l'esclavage est parfaitement justifiable en tant qu'institution du droit positif en vigueur dans l'Empire romain se trouvait en conflit avec l'opinion des philosophes. Dès l'époque de Sénèque on a fait remarquer que l'esclavage n'est pas justifiable au point de vue philosophique, que sur le terrain religieux et moral, tous les hommes sont égaux. Ces idées devaient être reprises avec plus de vigueur encore par les Pères de l'Eglise, par les théologiens, par les canonistes; la religion chrétienne n'est pas favorable à l'esclavage, puisque pour elle tous les hommes ont les mêmes droits.

Cependant l'Eglise chrétienne n'entra pas directement en conflit sur ce point avec le droit laïc. L'esclavage continua à être pratiqué jusqu'à la fin de l'Empire romain. L'Eglise se borna à essayer d'améliorer la condition de l'esclave et à lui faire reconnaitre une certaine personnalité juridique.

Source : BIU Cujas

§. I - condition sociale et situation juridique de l'esclave

A ces deux pointsde vue, l'évolution s emble ne pas avoir été pareille. Tandis que le droit s'efforce d'améliorer la situation juridique de l'esclave, de lui reconnaitre une certai ne personnalité, les transformations sociales du monde romain entraînent par contre-coup un agrandissement du fossé qui sépare les hommes libres des esclaves.

I - au point de vue social peu de différence à l'origine entre la situation de l'esclave et celle de l'homme libre

I) si l'on se place au point de vue social, dans la Rome de la fin de la royauté ou des débuts de la République, on ne voit pas une différence essentielle dans la manière de vivre de l'esclave et de l'homme libre. C'est qu'en effet tout le monde est très pauvre, et tout le monde se livre aux mêmes occupations. Les esclaves collaborent avec le chef de famille et ses enfants à la culture de l'exploitation agricole commune; ils mènent par conséquent la même vie de travail, et à une époque où il n'y a pas beaucoup de distractions l'homme libre ne peut pas bénéficier d'une vie de plaisir qui serait interdite aux esclaves.

De plus, et c'est là également une question importante, ces premiers esclaves proviennent des régions environnantes. Ce sont des habitants qui ont la même religion, qui sont bien souvent de race voisine des Romains. On se traite par suite avec considération, on a les mêmes usages, on a la même religion.

Par conséquent, au début,la situation de l'esclave n'est pas brillante parce que la situation des hommes libres ne l'est pas non plus, mais il n'y a pas au point de vue social une trop grande différence entre les esclaves et les hommes libres.

Transformations de la condition des esclaves à la fin de la République.La familia rustica et la familia urbana

Mais sous l'influence des conquêtes, et des transformations profondes de la vie économique, tout allait changer dans les derniers siècles de la République.

C'est l'époque des grandes conquêtes. Ce sont des troupeaux d'esclaves qui sont amenés sur les marchés romains de toutes les parties du monde méditerranéen; ce sont des peuplades entières qui sont vendues aux enchères: ce sont des gens qui viennent de partout, qui n'ont plus rien de commun avec les Romains, langue différente, moeurs différentes, religions différente, orientale parfois; il n'y a donc plus cette communauté qui existait entre le Romain primitif et ses esclaves.

Source : BIU Cujas

D'autre part, le citoyen romain enrichi par les conquêtes a changé d'occupations. Les chefs des grandes familles romaines ont cessé de vivre à la campagne, ils sont partis à la ville; ils ont une maison de vil le où ils mènent une vie de plaisir et d'activité politique; ils se soucient désormais fort peu de la vie de leurs esclaves, et on distingue alors deux grands groupes parmi ces esclaves: "la familis urbana" et la "familia rustica".

La "familia rustica" ce sont les esclaves qui sont restés à la campagne, qui cultivent le fonds du maitre, qui sont sous la surveillance d'intendants souvent féroces qui leur prodiguent les coups de bâton plus souvent que les compliments. Le maitre vient parfois faire un tour à la campagne, parcourir à cheval son domaine, mais c'est à peu près tout l'intérêt qu'il a pour les esclaves de la campagne. Par conséquent ceux-ci sont mal traités, mali soignés.

La "familia urbana" au contraire, se trouve dans une situation meilleure, puisqu'elle vit à la ville autour du maitre. Parmi ces esclaves de la "familia urbana" qui vivent dans la maison de ville, il y a des personnes qui sont soumises à tous les caprices du maitre de la maison, ou de la dame romaine qui les emploient. Et c'est à cette époque, à la fin de la République, que l'on cite les abus les plus criants: une dame romaine ayant comme coiffeuse une esclave qui lui tire un peu fort les cheveux n'hésite pas à lui plonger dans le bras une épingle pour la punir. Si la vie à la ville pour les esclaves est plus agréable d'une manière générale, il est parfois dangereux de se trouver trop près d'un maitre qui vous soumet à tous ses caprices, qui a toute autorité sur vous.

Mais parmi ces esclaves qui vivent à la ville, il y en a qui, par leur intelligence et leurs aptitudes, échappent en fait à ces inconvénients, qui vont constituer une classe supérieure d'esclaves qui jouera dans la vie romaine un très grand rôle. Ce sont d'une part les précepteurs, les pédagogues, qui enseignent la jeunesse, qui donnent des leçons, aux jeunes enfants du chef de famille. Ce sont, d'autre part, lesplus indépendants de tous, ces gens venus de Grèce ou d'Orient qui se révèlent pour le commerce et l'industrie, des aptitudes très supérieures à celles des Romains, qui sont placés à la tête d'un commerce, qui ont à faire prospérer une boutique, qui sont même promus capitaines de navires et vont faire des affaires dans les pays lointains. Il y a là une classe sociale d'esclaves qui jouit en fait d'une très grande liberté, et dont le droit romain aura à s'occu-

Source : BIU Cujas

per, dans l'intérêt bien entendu du maitre, pour lui permettre d'utiliser au maximum les aptitudes de ses esclaves.

Absence de personnalité de l'esclave

2°.- La condition juridique de l'esclave.

Dans le droit primitif romain, les esclaves ne sont pas des personnes, ce ne sont pas des sujets de droits; l'esclaveest rangé comme les animaux parmi les "res mancipi", parmi les choses qui, pour les Romains de l'époque sont les plus précieuses.

L'esclave res mancipi soumis à la dominica potestas.

L'esclave est soumis à la "dominica potestas", étant entendu que le mot "dominica" bien qu'étant latin, a été ajouté à "potestas" par les auteurs modernes pour différencier cette puissance sur l'esclave de la "patria potestas", de la puissance paternelle qui est exercée sur les descendants. En vertu de cette puissance, le maitre a toute autorité sur son esclave ; s'il en est dépossédé, il peut le revendiquer, le réclamer en justice, comme une chose quelconque. S'il désire tirer parti à prix d'argent de son esclave, il peut le vendre ou en louer les services.

Il peut, d'autre part, le cas échéant, le mettre à mort, ce qu'il fera d'ailleurs rarement puisqu'il utilise les services de l'esclave et qu'il n'a pas intérêt à le tuer.

Les enfants qui naissent d'une femme esclave sont la propriété du maitre.

Ainsi donc, le maitre a toute autorité sur son esclave.

Absence de droit de famille pour l'esclave

D'autre part, l'esclave ne va pas jouer dans la vie juridique, au point de vue du droit de famille, le même rôle qu'une personne libre. On ne tient pas compte des liens de parenté entre esclaves; l'union de deux esclaves n'est pas un mariage, c'est un pur fait, "un contubernium".

Ainsi, au point de vue juridique, la situation d'esclave est primitivement, peut-on dire, inexistante, de la même manière qu'un animal n'a aucun droit, aucune personnalité.

Transformation dans la situation juridique de l'esclave.

Mais peu à peu les nécessités pratiques, aussi bien que les influences philosophiques et religieuses, allaient faire reconnaitre à l'esclave certaines possibilités juridiques et finalement même une certaine personnalité juridique

Nous verrons que ces réformes ont d'abord été inspirées par l'intérêt bien entendu du maitre, afin de lui permettre de tirer parti de ses esclaves d'une autre manière que par les services matériels. Puis, ce fut l'influence morale qui empêcha le maitre de commettre des abus à l'égard de ses esclaves. Enfin,

Source : BIU Cujas

au Bas-Empire on reconnut à l'esclave dans son propre intérêt une certaine personnalité juridique.

a) intervention de l'esclave dans les actes juridiques en empruntant la personnalité du maitre.

a) tout d'abord on a permis dans certains cas à l'esclave d'emprunter dans une certaine mesure la personnalité juridique de son maitre pour jouer un rôle dans la vie juridique.

En effet, quand on à affaire à un animal, il suffit que l'on puisse tirer parti de ses services matériels, qu'on puisse lui faire tirer la charrue ou qu'on puisse monter sur le cheval. Au contraire, pour un esclave ce n'était pas tirer tout le parti qu'on pouvait de cet esclave que de permettre simplement de l'utiliser à cuire les aliments ou à participer aux travaux des champs. Les esclaves étant des êtres humains ont une intelligence, il faut permettre d'utiliser l'intelligence des esclaves en les autorisant à conclure certains actes juridiques.

Possibilité pour l'esclave de rendre le maitre créancier ou débiteur, mais non de le rendre débiteur. Inconvénient pratique de cette solution.

L'ancien droit civil était entré dans cette voie d'une manière modérée. La coutume avait permis aux esclaves d'agir exclusivement dans l'intérêt du maitre. Le maitre de l'esclave, dans un droit qui n'admet pas ce que l'on appelle la représentation dans les actes juridiques, la possibilité d'agir normalement par l'intermédiaire d'autrui, pouvait exceptionnellement être représenté par son esclave dans un acte juridique. Ceci veut dire que si l'esclave contractait avec un débiteur, ou bien encore participait à un acte d'acquisition, il pouvait directement faire acquérir à son maitre une créance ou la propriété d'une chose

Ainsi donc, la coutume de la République romaine admettait déjà que le maitre pût devenir créancier ou propriétaire à la suite d'un acte juridique passé par un esclave. Mais ceci était insuffisant. En effet, dans la vie juridique, on n'a pas l'habitude de devenir créancier sans qu'il y ait un avantage réciproque pour l'autre contractant; on n'a pas l'habitude de transférer la propriété d'une chose à une personne sans qu'elle vous paie un prix en échange; on ne trouve pas tous les jours de généreux donateurs pour faire des actes d'acquisition à titre gratuit.

La conception traditionnelle aurait pratiquement interdit la vie des affaires aux esclaves. Or, les esclaves, en raison précisément du fait que c'étaient parfois des gens appartenant à des peuples commercants, passés maitres dans les affaires, pouvaient rendre de très grands services à leurs maitres en agissant pour leur compte dans le commerce ou dans

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

l'industrie. Il fallait donc permettre dans ce but à ces esclaves de pouvoir, le cas échéant, rendre leur maitre débiteur, permettre à l'esclave le cas échéant d'aliéner certains biens appartenant au maitre

Réformes prétoriennes permettant d'agir contre le maitre à raison des dettes contractées par l'esclave. Les actions à transposition de personnes.

Mais ceci ne fut pas l'oeuvre du droit civil. Ces réformes furent accomplies par le préteur. Le préteur dès les derniers siècles de la République, est en effet intervenu dans la vie juridique afin de compléter le droit civil et de l'améliorer. C'est donc le préteur qui a fait ces réformes et qui a permis dans certains cas de poursuivre le maitre à la suite d'actes accomplis par l'esclave.

Ceci d'ailleurs ne devait pas être accompli par voie de création de règles de droit nouvelles, mais par voie de création de moyens de procédure nouveaux. En effet, le préteur n'a pas le pouvoir de créer des règles de droit nouvelles. Il a exclusivement la faculté, en sa qualité de magistrat judiciaire, de mettre à la disposition des plaideurs, des moyens d'action nouveaux, des actions en justice. Qu'allait faire le préteur? Il allait créer des actions en justice nouvelles pour faciliter cette réforme.

Dans ce but, il délivre ce que l'on appelle des actions à transposition de personnes. On dit qu'il y a action à transposition de personnes quand on indique un nom au début de la formule qui sanctionne le droit et quand on indique un autre nom à la fin de la formule. Le début de la formule délivrée par le magistrat indique ce qui s'est passé, la situation juridique que l'on veut sanctionner; la fin de la formule prescrit de prononcer une condamnation au profit ou à la charge d'une personne. Dans une formule à transposition de personnes, c'est un nom différent qui est indiqué au commencement et à la fin.

Procédé singulier, dira-t-on, c'est déjà ce que faisait remarquer Cicéron, qui déclarait que les jurisconsultes avaient de singulières manières d'agir. Mais ceci était nécessaire, car c'était l'esclave qui avait traité avec un tiers, et c'était le maitre de l'esclave que l'on voulait faire condamner. Par conséquent, on ne pouvait pas agir autrement, il fallait bien indiquer au début de la formule que c'était l'esclave qui avait agi et à la fin de la formule prescrire la condamnation contre le maitre. Donc, dans ces formules on indique au début : "attendu qu'un tel, par exemple Stichus, esclave d'un tel, a accompli tel ou tel acte". Puis on ajoute une fiction, car les actes accomplis par les esclaves n'ont aucune valeur; "fais semblant de croire que cet

Source : BIU Cujas

esclave est libre". Le juge est plein de bonne volonté, c'est un esclave qui a agi, on lui dit de faire semblant de croire que c'est un homme libre; c'est un esclave qui a traité, on lui prescrit de prononcer la condamnation contre son maitre, mais comme il doit obéir à la formule il s'en tiendra aux prescriptions du magistrat et du moment que le magistrat a rédigé la formule de cette manière, il condamnera le maître à la suite de l'acte qui a été accompli par l'esclave.

Le préteur n'agira de cette manière que dans les cas où le maitre de l'esclave a manifesté d'une manière expresse ou tacite sa volonté d'être obligé par l'acte conclu par son esclave. En effet, on ne peut pas admettre qu'un esclave puisse, à l'insu et contre la volonté de son maitre, l'obliger à rembourser ses dettes.

Cas où le maitre est tenu intégralement: a.exercitoria a.institoria, a.quod jussu

Donc, le préteur va délivrer toute une série d'actions tenant compte des différentes situations juridiques. Il y a tout d'abord des cas où le maitre va être tenu pour le tout, va être intégralement obligé à rembourser la dette contractée par son esclave. Ce sont les cas où le maitre a mis son esclave à la tête d'un commerce maritime, lui a, par exemple, confié la mission de conduire un navire à bon port avec sa cargaison, et dans ce cas on accorde l'action "exercitoria".

C'est également le cas où le maitre a placé son esclave à la tête d'un commerce terrestre, l'a chargé par exemple d'aller ouvrir une boutique, un commerce d'huile dans une ville d'Orient; c'est alors l'action "institoria".

Enfin, il y a le cas où le maitre avait chargé expressément son esclave d'accomplir un acte déterminé, et alors on accorde l'action "quod jussu" désignée des deux premiers mots de la formule accordée par le préteur "quod jussu" parce que, sur l'invitation de son maitre ....."

Cas où le maitre n'est tenu que dans une certaine mesure a. de peculio et de in rem verso.

Mais il peut arriver, - et c'est le second procédé employé - que le maitre tout en voulant utiliser les services de son esclave, veuille limiter ses risques. Il n'est pas si sûr que cela que son esclave a des aptitudes, des talents spéciaux; il veut bien consacrer une certaine somme à essayer l'activité de son esclave, il ne veut pas la dépasser. En ce cas, le maitre va confier à son esclave un petit capital; c'est ce que l'on appelle le pécule.

Cette théorie du pécule est commune aux esclaves et aux fils de famille, et nous aurons à y revenir dans la théorie du patrimoine, en montrant dans quelle mesure le pécule peut être considéré comme un

Source : BIU Cujas

petit patrimoine.

Indiquons dès maintenant que l'esclave est chargé de faire fructifier ce pécule et qu'il peut faire toutes sortes d'opérations juridiques à l'aide du pécule.

Que va-t-il se passer si l'esclave a conclu des opérations juridiques qui ont donné naissance à des dettes? Le magistrat va délivrer suivant les cas deux actions. La première est fondée sur l'idée même de pécule; c'est ce que l'on appelle l'action " de peculio et de in rem verso"; l'action "de peculio" relative au pécule, et "de in rem verso", est relative au bénéfice qui a été réalisé.

Cette action permet de poursuivre le maitre d'une part, jusqu'à concurrence de l'actif du pécule, "de peculio", et d'autre part, jusqu'à concurrence de l'enrichissement qui avait pu être procuré au maitre par l'activité juridique de l'esclave. "de in rem verso", l'"in rem versum" c'est ce qui a tourné au profit du maitre, c'est le bénéfice qu'il a réalisé grâce à l'activité de l'esclave.

l'a.tributoria

Mais il peut arriver une circonstance spéciale: de même que de nos jours, un commerçant peut faire de mauvaises affaires, un esclave qui avait fait du commerce au su et au vu de son maitre, mais sans que celui-ci l'en ait spécialement chargé, pouvait avoir mal géré ce commerce et être poursuivi par un certain nombre de créanciers. En ce cas, le maitre est tenu de tenir la balance égale entre les créanciers qui viennent demander à être payés sur le pécule, et afin de contraindre le maitre de cet esclave à faire une répartition équitable du pécule, entre les divers créanciers, on accorde l'action "tributoria" l'action en partage.

Ainsi, grâce à cette série de moyens de procédure, le préteur permet au maitre d'utiliser l'intelligence de son esclave pour participer d'une manière très large à la vie juridique. Le maitre est tenu, il est vrai, de rembourser les dettes, mais c'est en réalité dans son intérêt bien entendu, pour faciliter l'utilisation des services de l'esclave.

B) Protection de l'esclave contre les abus d'autorité du maitre.

b) Un second groupe de réformes était destiné à assurer la protection légale des esclaves contre les abus d'autorité de leur maitre. Nous avons vu que dans l'époque ancienne ceci n'était guère nécessaire, mais qu'à la fin de la République les caprices du maitre ou de son épouse avaient entrainé de véritables abus d'autorité et que certains esclaves avaient été vraiment maltraités sans raison. Aussi, au cours du Haut-

Source : BIU Cujas

Empire, les mesures de protection se multiplient, mais le droit romain agit suivant sa méthode habituelle, ne posant pas de principe général, mais se contentant de réprimer un à un les abus les plus criants.

Nous rencontrons tout d'abord une loi Pétronia au début de l'Empire, qui interdit une utilisation un peu particulière des services de l'esclave. Certains maitres, en effet, envoyaient leurs esclaves lutter contre les bêtes féroces dans les jeux du cirque. C'était un moyen de tirer une somme d'argent importante des esclaves ainsi employés. La loi Pétronia décida que désormais ceci ne pourrait plus avoir lieu que si l'esclave avait donné sujet de mécontentement à son maitre et si le magistrat avait autorisé cet emploi quelque peu anormal des services de l'esclave.

D'autre part, il arrivait que des maitres ne se souciaient pas de continuer à nourrir des esclaves vieux et malades. Pour s'en débarrasser ils les abandonnaient dans l'ile d'Esculape, au milieu du Tibre. Un édit de Claude déclare que le maitre qui a ainsi abandonné son esclave perd tout droit de propriété sur lui. Cela évidemment ne parait pas grand chose, on ne punit pas l'abandon, mais on déclare que le maitre après coup ne peut plus se repentir et revenir chercher son esclave.

Répression au IIme siècle des sévices contre les esclaves.

Si nous nous plaçons au temps de Gaius, jurisconsulte du milieu du IIme siècle, nous apprenons que désormais les empereurs ont interdit tous les sévices graves exercés sans motif légitime contre des esclaves. L'esclave maltraité peut obtenir que son maitre le vende à un nouveau propriétaire, qui sera sans doute pour lui plus bienveillant. Le maitre qui a tué sans cause son esclave est puni de la même peine que s'il avait tué l'esclave d'autrui.

Constantin devait, un siècle et demi plus tard, punir également de la déchéance de leurs droits, les maitres qui abandonnaient les esclaves nouveau-nés.

Ouverture à l'esclave de la procédure extraordinaire

Pour que ces mesures de protection soient vraiment efficaces, il fallait que l'esclave puisse se plaindre des sévices, des violences, des mauvais traitements. Or, sous la procédure formulaire, qui avait été en usage jusque-là, l'esclave ne pouvait pas ester en justice, ne pouvait pas se présenter devant les tribunaux. C'est pourquoi il fallut, sous l'Empire, permettre aux esclaves d'utiliser ce que l'on appelle la procédure extraordinaire (on l'appelle ainsi parce qu'elle est en dehors de l'ordre traditionnel de la procédure) pour déposer une plainte auprès du magistrat

Source : BIU Cujas

Donc, désormais, les esclaves peuvent venir devant le consul, devant le préfet de la ville, devant le gouverneur, et déposer une plainte contre leur maître.

c)reconnaissance à l'époque classique de la personnalité juridique de l'esclave en droit naturel.

c) Troisième question qui se rattache à la protection de l'esclave: la reconnaissance de la personnalité juridique de l'esclave.

Dans l'ancien droit romain, la personnalité de l'esclave n'était reconnue que sur le terrain religieux. Sous l'Empire, lesphilosophes firent remarquer que si l'on se place non plus au point de vue du droit civil, mais au point de vue du droit naturel, l'esclave est doué d'une personnalité comme les hommes libres. Ainsi donc ce n'est pas en droit civil, c'est en droit naturel que l'esclave est une personne. Et l'on va tirer quelques conséquences juridiques de cette idée.

Conséquence au point de vue des dettes de l'esclave.

Tout d'abord on dit que l'esclave qui n'est pas obligé civilement par ses dettes est obligé de les payer en droit naturel. Ceci n'a aucune valeur ou aucune portée tant que l'esclave reste esclave, car qu'importe qu'un esclave qui n'a pas de patrimoine soit tenu en droit naturel de rembourser des dettes. Mais ceci présente un certain intérêt si cet esclave est affranchi. Après l'affranchissement, il ne pourra pas être poursuivi en justice, mais il pourra valablement s'acquitter des dettes qu'il a contractées tandis qu'il était esclave.

reconnaissance à l'époque chrétienne de la cognatio servilis.

A l'époque chrétienne l'idée que l'esclave est une personne en droit naturel produira également des effets dans le droit des personnes. Les jurisconsultes classiques ignoraient encore l'existence de liens de parenté entre les esclaves. Au contraire, le droit chrétien admettra qu'il existe une parenté servile. Les jurisconsultes du Bas-Empire reconnaitront qu'il y a ce que l'on appelle une "cognatio" servile, certains liens de parenté entre ceux qui sont nés d'une même mère, entre la mère esclave et ses enfants. Ici encore c'est seulement en cas d'affranchissement que cette notion de parenté servile produira vraiment des effets juridiques.

Enfin, on a permis dans certains cas à l'esclave de s'adresser en justice pour obtenir l'exécution de promesses faites par son maitre, en particulier lorsque le maitre avait convenu de donner à l'esclave la liberté.

En résumé, nous voyons que cette notion de personnalité juridique de l'esclave reconnue en droit naturel ne produit guère d'effets pratiques que si l'

Source : BIU Cujas

esclave est affranchi à un moment donné de son existence.

Les esclaves publics.

Signalons enfin qu'il y a certains esclaves qui sont dans une situation juridique quelque peu différente. Les uns sont dans une situation privilégiée, ce sont des esclaves publics, les esclaves qui au lieu d'appartenir à un particulier appartiennent à l'Etat. L'Etat est un maitre moins rigoureux qu'un particulier. Et l'on admet même que les esclaves publics pourront disposer par testament de la moitié de leur pécule. Mais par contre l'Etat n'abandonne pas facilement ce qu'il tient et les esclaves publics ont très peu de chances d'être affranchis.

Les esclaves sans maitre.

Par contre, il y a des esclaves qui n'ont pas de maitres: tels ces esclaves vieux et malades, abandonnés dans l'ile d'Esculape; tels des esclaves dont le maitre serait mort sans laisser d'héritiers. Et ce n'est pas si avantageux que cela parait pour un esclave de ne pas avoir de maitres, car un esclave sans maitre est dépourvu de toute possibilité d'accomplir un acte juridique, puisqu'il n'y a pas de personne à qui il puisse emprunter dans une certaine mesure la personnalité.

d) Pour compléter cette étude de la condition juridique des esclaves, disons quelques mots des procès en liberté.

Les contestations sur le statut juridique d'une personne. Comment elles se présentent.

Il pouvait arriver qu'une contestation éclatât sur le statut juridique d'une personne. Cet individu qui se promène tranquillement dans la cité, est-il vraiment un homme libre, comme il le parait? N'est-il pas en réalité un esclave évadé ? Ce malheureux individu qui tourne péniblement la meule d'un moulin, est-il vraiment un esclave, comme il le semble ? N'est-ce pas un enfant qui au cours d'une razzia a été enlevé à un citoyen sur les bords de la Méditerranée ?

Ce sont là des questions qui se posentfréquemment dans les comédies de l'époque; il y a des cas de ce genre dans les comédies de Plaute; et les jurisconsultes consacrent d'assez longs développements à l'étude des procès en liberté.

L'adsertor libertatis

Le procès en liberté ne va d'ailleurs pas se passer entre le prétendu maitre et le prétendu esclave, car sous la procédure des actions de la loi et sous la procédure formulée, un esclave n'a pas accès au prétoire. Il faut nécessairement, du moment où son statut juridique est contesté, qu'il y ait un citoyen romain qui parle pour lui, qui soit en même temps son protecteur et son garant. Ce personnage qui intervient

Source : BIU Cujas

ainsi en justice, c'est ce que l'on appelle un "adsertor libertatis", celui qui vient affirmer en justice la liberté d'une autre personne.

Application de la procédure de la revendication. La vindicatio ex servitute in libertatem; la vindicatio ex libertate in servitutem.

Le procès se déroule dans les formes de l'action en revendication, et il y a deux situations à envisager; la première est la "vindicatio ex servitute in libertatem", la revendication en liberté de celui qui était en servitude; c'est assez difficile à exprimer en français; il faut exprimer l'idée qu'il est en servitude, qu'on essaie de le tirer de cette servitude pour le remettre en liberté, la situation où il devrait se trouver. En ce cas l'individu en question était en fait en servitude et on veut faire reconnaitre son état d'homme libre.

Au contraire, quand il s'agit d'une "vindicatio ex libertate in servitutem" c'est l'idée opposée. Notre esclave se comportait comme un homme libre; jouissait en fait de la liberté; le maitre le revendique pour l'arracher à la liberté et le faire tomber en servitude.

Mesures favorables à l'individu dont la liberté est en cause.

Il y a là deux situations tout à fait différentes. Et cependant dans les deux cas on a pris certaines mesures favorables à la situation d'homme libre. Dans les deux cas on a admis qu'il ne fallait pas qu'un individu que l'on soupçonne pouvoir être libre puisse rester en fait en servitude. Et pendant la durée du procès l'individu dont la situation juridique est suspecte jouit en fait de la liberté temporaire.

Dans le droit de Justinien il n'y a plus d'"adsertor libertatis" et dans la procédure extraordinaire qui est alors en vigueur, la lutte s'engage directement entre la personne dont la liberté est discutée et celui qui se prétend le maitre de l'individu en question.

Le fardeau de la preuve.

C'est toujours à celui qui se prétend le maitre de la personne envisagée à faire la preuve de son droit, à faire la preuve qu'il est bien propriétaire de la personne en question. Mais cependant la personne dont la condition juridique est ainsi contestée a toujours intérêt à faire une sorte de contre-offensive, à prendre les devants et à ne pas se contenter de dire: non, je ne suis pas esclave d'un tel. Car si ces personnes se contentaient d'une attitude purement passive, le procès aurait bien démontré qu'elles n'étaient pas les esclaves du demandeur, mais non qu'elles n'étaient pas les esclaves d'une autre personne. La personne a intérêt à agir elle-même et à faire directement la preuve de sa qualité de personne libre, de ce qu'on appelle - car les mots ont un sens différent

Source : BIU Cujas

de la langue française habituelle - son ingénuité, sa qualité de personne ingénue.

§. 2 - Les causes de l'esclavage

La naissance d'une mère esclave.

On nait libre, ou on le devient après sa naissance.

La première source fondamentale de l'esclavage c'est la naissance, et comme on ne tient pas compte, en dehors du droit romain des citoyens, du père, c'est uniquement la mère que l'on prend en considération; l'enfait nait esclave s'il est né d'une mère esclave; peu importe que son père soit un homme libre, on ne le connait pas, on ne veut pas le connaitre. Réciproquement, un enfant va naitre libre quand bien même son père serait un esclave, du moment où la mère est une personne libre. Ainsi donc, les maitres deviennent par la naissance d'un enfant propriétaires de cet enfant quand ils avaient la mère sous leur puissance.

Les cas de perte de la liberté.

Examinons maintenant les autres causes de perte de la liberté.

a) la capture

En tout temps, l'une des causes essentielles de perte de la liberté a été la capture. Les esclaves se recrutent essentiellement chez les peuples étrangers. En règle générale, ce sera au cours d'une guerre. Les prisonniers de guerre seront bien souvent réduits en esclavage et c'est ce qui vous explique pourquoi les esclaves prisonniers de guerre sont si nombreux dans les deux derniers siècles de la République, dans la période où les armées romaines volent de victoire en victoire. Au contraire, au cours de l'Empire, quand les victoires se font moins nombreuses, quand les armées romaines sont bien souvent réduites à une défensive plus ou moins heureuse, le nombre des esclaves prisonniers de guerre diminue singulièrement et c'est la naissance qui est la source la plus nombreuse des esclaves.

Mais ce qu'il faut remarquer, c'est qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait une guerre déclarée pour que les étrangers puissent être valablement réduits en esclavage. En effet, le droit romain ignore la situation juridique des étrangers, des gens qui vivent en dehors des limites de l'Empire romain. Un citoyen romain est par conséquent libre d'organiser à ses risques et périls une petite expédition en dehors des frontières de l'Empire romain, de s'emparer de tous les individus qu'il peut prendre, hommes, femmes et

enfants, surtout femmes et enfants parce que cela est plus facile, et de les ramener sur les marchés romains. C'est là quelque chose de parfaitement légal et les personnes qui, à la suite de cette expédition, auront été vendues sur le marché romain seront les esclaves de ceux qui les ont achetées.

b) La vente du citoyen trans Tiberim

En dehors de la capture, nous trouverons d'autres modes de réduction en esclavage qui ont varié suivant l'époque envisagée. Au temps du vieux droit civil, un citoyen romain ne peut pas être esclave sur le sol même de Rome, et par suite, quand un citoyen romain mérite d'être puni très sévèrement on se contentera de le vendre à l'étranger. C'est pourquoi la perte de la liberté se manifeste par la vente de l'individu envisagé au-delà du Tibre. Pourquoi au-delà du Tibre? C'est parce que à l'époque de la loi des XII Tables, où l'empire romain est encore réduit à sa plus simple expression; le Tibre est la frontière de la cité. Au-delà du Tibre, ce sont les Etrusques; on vend donc aux Etrusques les individus que l'on veut punir.

le déserteur, le citoyen qui ne s'est pas fait recenser.

C'est le cas en particulier des déserteurs, ainsi que des citoyens romains qui ont négligé de se faire inscrire sur les registres du cens. De nos jours, lorsque l'on procède au recensement, on ne risque pas grand chose à ne pas se faire inscrire, tandis qu'au contraire dans l'ancien droit romain, on risquait tout simplement sa liberté.

Le débiteur insolvable,

De même les créanciers peuvent procéder de cette manière un peu brutale à l'égard de leurs débiteurs insolvables; après une procédure de manus injectio, ils peuvent les vendre également au-delà du Tibre.

le voleur pris en flagrant délit.

Enfin, il en est de même de la victime d'un vol à l'égard du voleur pris en flagrant délit. Certains jurisconsultes avaient soutenu que ce voleur pris ainsi sur le fait devenait immédiatement l'esclave de celui qu'il avait volé; tandis qu'au contraire d'autres jurisconsultes déclaraient qu'on devait le vendre au-delà du Tibre comme un débiteur insolvable.

Tous ces procédés de l'ancien droit civil sont tombés en décadence, puis en désuétude dès la fin de la République.

Nouveaux cas de réduction en esclavage sous l'Empire

Sous le Haut-Empire on voit apparaître de nouveaux cas de réduction en esclavage, et dans un Empire romain désormais très vaste, très étendu, où la notion primitive de l'esclavage n'est plus aussi nette, on admettra que des citoyens romains peuvent être en servitude sur le sol même de Rome, dans l'Empire romain.

Source : BIU Cujas

L'individu qui se fait vendre frauduleusement comme esclave

L'édit du préteur a tout d'abord prévu une fraude assez singulière fondée sur l'idée qu'un citoyen romain ne peut pas aliéner sa liberté, ne peut pas être esclave sur le sol romain. Un jeune homme à court d'argent (à condition d'ailleurs qu'il soit âgé de plus de vingt ans, il faut envisager cette hypothèse pour que la répression soit possible), s'est entendu pour se faire vendre, avec un compère, avec lequel il partagera le bénéfice de l'opération. Les esclaves sont mis en vente par dizaines, par centaines, un homme libre ressemble parfois à un esclave. Le compère et le jeune homme sont d'accord pour que ce jeune homme se fasse passer pour l'esclave du compère. On l'amène sur un marché, on le met en vente comme esclave; ou bien encore, on prend le bateau et l'on débarque à Athènes; nos personnages sont inconnus; on va trouver une riche personne d'Athènes et on lui vend notre jeune homme. Quelques jours après, le jeune homme proteste avec indignation: je suis un homme libre, je revendique ma liberté. Il va trouver le magistrat, il revendique sa liberté; le compère, de maître se transforme en "adsertor libertatis" et le tour est joué.

Le magistrat trouve un moyen élégant de parer à cette fraude. Il déclare tout simplement qu'en cas de fraude de cette nature il refuserait l'action en revendication de la liberté. Il ne pouvait pas priver l'individu de sa liberté, mais il pouvait lui refuser sa protection, et bon grémal gré notre jeune homme aura beau crier sur tous les toits qu'il est un homme libre, il ne pourra plus jouir de sa liberté puisque le magistrat lui refuse sa protection. Finalement, à la fin de l'Empire, on transforme en droit ce qui n'était encore que procédure et l'on considère qu'il y a là un cas véritable de perte de la liberté.

Les condamnés à mort ou aux mines.

D'autre part, d'après le droit impérial, on punit de la peine de la perte de la liberté les condamnés à mort et les condamnés aux travaux forcés. Pourquoi priver de la liberté les condamnés à mort? Qu'est-ce que cela peut bien leur faire puisqu'ils vont être mis à mort? Ceci est en réalité dirigé contre leurs héritiers éventuels; c'est pour pouvoir s'emparer de leurs biens, car le fisc confisque à son profit les biens des condamnés qu'il a privés de la liberté. Quant aux individus qui sont condamnés aux travaux forcés et qui travaillent dans les mines, ils ne sont pas des esclaves à proprement parler d'un maître, ils sont, dit-on, les "esclaves de la peine".

Le S.C. Claudien

Un senatus-consulte rendu sous l'empereur Claude en l'an 52 après J.C. et connu sous le nom de senatus-

Source : BIU Cujas

consulte Claudien, prévoit une hypothèse un peu fâcheuse; c'est celle où une femme libre aurait entretenu des relations illicites avec un esclave, malgré la défense du maître. Le maître a dit qu'elle devait s'abstenir, elle a continué, on la punit en décidant qu'elle sera désormais l'esclave du maître; puisqu'elle avait tant d'affection pour les esclaves de ce maître, elle tombera aussi sous l'autorité de celui-ci.

Enfin, les constitutions impériales ont admis dans certains cas la révocation de l'affranchissement pour cause d'ingratitude.

Justinien a aboli le senatus-consulte Claudien. Il a également supprimé la perte de la liberté pour les condamnés aux travaux forcés.

Les autres sources d'esclavage ont survécu, et jusqu'à la fin de l'Empire romain, c'est la guerre, et surtout la naissance d'une mère esclave, qui sont les deux sources principales de l'esclavage.

§. 3 - La théorie du "postliminium" et la loi Cornelia "de captivis"

Le "postliminium", c'est le retour, c'est le fait de franchir le seuil de sa maison en revenant, ou c'est le fait, d'une manière plus large, de franchir la frontière en revenant dans l'empire romain.

Quant à la loi Cornelia "de captivis", c'est une loi relative aux captifs, le "captivus" étant le prisonnier de guerre.

Comment le postliminium, retour du captif à Rome, s'est transformé de simple circonstance de fait en institution juridique

Le citoyen romain qui avait été fait prisonnier par l'ennemi se trouvait, évidemment, dans une fâcheuse situation. Il était en fait l'esclave de l'ennemi qui l'avait capturé. Cependant en droit il ne semble pas que primitivement il soit un esclave aux yeux des Romains, car s'il est en servitude, c'est en vertu de la loi étrangère, et le droit romain primitif ignore la loi étrangère, n'applique pas la loi des pays étrangers.

A cette époque ancienne, le "postliminium" était un simple fait; c'était le retour du chef de famille au foyer, s'il avait été relâché par l'ennemi, ou s'il avait réussi à s'évader. On lui faisait fête et il recouvrait de plein droit toute l'autorité qu'il avait auparavant.

Mais par la suite, les jurisconsultes s'en mêlèrent. Ils élaborèrent la doctrine en vertu de laquelle l'esclavage est une institution du "jus gentium"

Source : BIU Cujas

une institution du droit des gens. Ils dirent: mais si l'esclavage est une institution du droit des gens, commune à tous les peuples civilisés, alors on doit considérer non seulement que l'ennemi capturé par les Romains est un esclave, mais que le citoyen romain capturé par l'ennemi l'est également.

Après avoir élaboré cette idée, ils dirent: mais alors ce n'est pas tout simple que celui qui revient à Rome après sa capture recouvre ses droits; c'est une faveur qu'on lui donne, puisque du moment où l'esclavage est une institution du "jus gentium" il est devenu un esclave et normalement il devrait le rester, même de retour à Rome.

Effets du "postliminium" au point de vue des conséquences juridiques de l'esclavage: maintien des conséquences de fait.

C'est ainsi que les jurisconsultes firent de ce retour à Rome accompagné de récupération des droits, un véritable privilège, qu'ils y virent un droit de "postliminium". Et ils s'exprimaient de la manière suivante: la rentrée à Rome de celui qui revient sans esprit de retour et sans avoir juré de retourner en pays étranger va bien lui restituer ses droits mais ne va pas rétablir en sa faveur les situations de fait qui avaient été interrompues.

Il était, par exemple, marié sans que sa femme soit sous son autorité, mariage sans "manus", sans puissance, c'est une situation de fait, une cohabitation effective; on ne peut pas faire qu'il ait vécu avec sa femme, quand il n'y a pas vécu, disent les jurisconsultes. Donc, son retour à Rome ne va pas faire renaître son mariage "sine manu", qui était interrompu. Au contraire, si nous prenons une autre forme de mariage, le mariage "cum manu", le mariage avec "manus", comme la notion de "manus", de puissance, est une notion juridique, alors on admet que la "manus" renaît avec le retour du captif.

a fiction juridique du postliminium

Ce n'était pas tout. Les jurisconsultes allaient continuer à approfondir cette question et en même temps l'obscurcir. Ils allaient y introduire une fiction, car la fiction est chère aux juristes. C'est ainsi que certains jurisconsultes comme Pomponius déclarèrent que c'était une fiction, que tout devrait se passer "comme si" notre captif n'avait jamais été fait prisonnier par l'ennemi. S'il n'avait jamais été fait prisonnier par l'ennemi, il aurait cependant encore été marié; il aurait continué à posséder des biens; par conséquent, normalement il aurait dû recouvrer non seulement ses droits, mais une situation de fait conforme à celle qu'il aurait eue sans la captivité. Les jurisconsultes ne l'ont pas entendu ainsi; ils ont déclaré que la fiction ne s'appliquait qu'aux droits et non pas aux faits. Du moment où cette

Source : BIU Cujas

fiction ne s'appliquait qu'aux droits et non pas aux faits, elle était parfaitement inutile et ainsi l'intervention des jurisconsultes en cette matière n'a fait qu'obscurcir la question. C'est pourquoi, quelle que soit notre admiration pour les jurisconsultes romains classiques, il ne faut pas la pousser à l'extrême,

Cette théorie du postliminium a été complétée par la loi Cornelia "De captivis", la loi Cornelia relative aux prisonniers de guerre. Cette loi a été vraisemblablement édictée au temps de Cornelius Sylla, qui fut dictateur au début du Ier siècle avant J.C. Cette loi prévoit le cas où le captif est mort en captivité et décide qu'en ce cas tout doit se passer comme s'il était mort au moment où il a été fait prisonnier par l'ennemi. S'il était mort à ce moment-là, sa succession aurait été déférée à ses héritiers légitimes, et par suite on le traite comme s'il était mort sans avoir été fait prisonnier. Sa succession s'ouvre au profit de ses héritiers et ses enfants tombent sous la tutelle légitime de leurs parents.

La loi Cornelia.

Ainsi donc, cette série de mesures a été prise en vue de réduire le plus possible les inconvénients de la règle qui faisait du captif l'esclave de l'ennemi.

§. 4 - L'acquisition de la liberté: l'affranchissement

Les différents cas où un esclave devient libre.

Sous la République, la seule manière pour un esclave de devenir un homme libre, c'était d'être affranchi, tandis que sous l'Empire dans des cas exceptionnels la loi est intervenue pour libérer de la servitude certaines personnes, tels les esclaves vieux et malades abandonnés par leurs maîtres. Et même dans l'année 300 ap. J.C. une constitution de Dioclétien et de Maximien a décidé que l'esclave qui aurait vécu en fait, de bonne foi en liberté pendant vingt ans serait désormais un homme libre. C'est donc l'acquisition de la liberté par la prescription de vingt ans.

Ce sont là des cas exceptionnels. Normalement c'est la volonté du maître qui va faire de l'esclave homme libre.

Pour étudier l'affranchissement, nous suivrons un plan historique. Nous examinerons d'abord l'affranchissement sous la République romaine; puis nous étudierons les transformations accomplies sous le Haut-Empire; et enfin nous examinerons la question au Bas-

Source : BIU Cujas

Empire.

La collaboration de la puissance publique et du maître à l'affranchissement.

I - L'affranchissement sous la République romaine.

Primitivement, l'affranchissement était l'oeuvre à la fois de l'autorité publique et du maître qui voulait donner la liberté à son esclave. C'est qu'en effet, pendant des siècles à Rome, la liberté et la qualité de citoyen étaient indissolublement liées. On ne pouvait conférer la liberté à un esclave sans en faire en même temps un citoyen romain, et c'est pourquoi l'autorité publique assurait un contrôle très efficace de l'affranchissement.

Mais par la suite le contrôle de l'autorité publique devint de pure forme, et il en résulta qu'à la fin de la République romaine c'est la volonté individuelle du maître qui donne à l'esclave la liberté et le droit de cité.

Pour qu'un maître puisse ainsi conférer la liberté à son esclave, il faut évidemment qu'il en soit propriétaire et il faut, de plus, qu'il ait la capacité de l'aliéner; qu'il puisse en disposer librement. Mais ceci ne suffit pas. On exige en outre l'emploi de l'un des trois procédés solennels requis sous la République pour affranchir les esclaves; deux sont des procédés entre vifs, le troisième est un procédé pour cause de mort, dont l'effet ne se produit qu'après la mort du maître.

a) la vindicta, mode d'affranchissement direct sous le contrôle du magistrat

a) le premier de ces procédés, c'est l'affranchissement par la vindicte, du mot "vindicta" qui signifie baguette. Les auteurs modernes ne sont pas d'accord sur la signification exacte du rituel de l'affranchissement par la vindicte. Suivant la majorité des auteurs, c'est un procès fictif en revendication de la liberté. On accorde la liberté à l'esclave en faisant semblant de croire qu'il a toujours été un homme libre.

Dans ce but, un "adsertor libertatis" se présente devant le magistrat en compagnie de l'esclave et du maître. L'"adsertor libertatis" affirme qu'il s'agit d'un homme libre, fait la revendication en liberté. Le maître ne conteste pas, ou reconnait ce qui est faux, et le magistrat constatant que tout le monde est d'accord reconnait que l'esclave est un homme libre. Mais M. Lévy-Bruhl a montré que ce système était inconciliable avec les textes, qu'il n'y avait pas de fiction, qu'il n'y avait pas de procès fictif, mais un procédé direct d'affranchissement des esclaves sous le contrôle des magistrats.

En réalité, le cérémonial ancien de l'affranchis-

Source : BIU Cujas

sement par la vindicte comprenait des formalités qu'on ne rencontre jamais dans le procès en revendication de liberté, et si les auteurs ont pu se tromper, c'est parce que, au cours des siècles, le formalisme de l'affranchissement a décru, que certaines formes ont disparu, que l'on a mélangé certains rites. En réalité il y avait toute une cérémonie qui comportait la présence du maître, de l'esclave, du licteur et du magistrat.

C'était le licteur qui plaçait sur la tête de l'esclave affranchi une baguette, la "vindicta"; puis le maître prononçait une déclaration solennelle, où il indiquait sa volonté d'affranchir: "je veux que cet esclave soit un homme libre". Puis il lui donnait un soufflet, le saisissait par la main et lui faisait faire une pirouette sur lui-même. C'était là le geste décisif par lequel il manifestait qu'il voulait libérer son esclave, le détacher en quelque sorte de lui. Mais tout n'était pas fini; il fallait que le magistrat sanctionne cette volonté d'affranchissement et consacre la liberté de l'esclave. C'est le magistrat qui prononçait l'"addictio libertatis", l'attribution de la liberté à l'esclave qui avait fait l'objet de tout ce rite.

b) le cens

b) Le deuxième procédé d'affranchissement entre vifs, c'est l'affranchissement par le cens. On allait trouver le censeur, qui était chargé à Rome de tenir les registres où étaient inscrits les citoyens romains, leur fortune, leur famille. On demandait au censeur d'inscrire l'esclave sur les registres du cens parmi les hommes libres. De même que le citoyen qui n'avait pas été inscrit cessait d'être citoyen, l'esclave qui par la volonté du maître avait été inscrit sur les registres devenait un citoyen romain. C'était d'ailleurs un procédé peu commode, car le censeur n'exerçait ses fonctions que dix-huit mois par cinq ans. Le censeur était nommé pour cinq ans, mais il n'exerçait ses fonctions effectivement que pendant dix-huit mois; ce qui fait que pendant trois ans et demi on ne pouvait pas affranchir un esclave par le cens.

Ce procédé est encore indiqué par les jurisconsultes classiques. Il en est question encore dans les Institutes de Gaius; mais en réalité, sous l'Empire, par suite de la disparition des recensements faits tous les cinq ans, l'affranchissement par le cens est tombé en désuétude dès la fin du Ier siècle après J.C.

Source : BIU Cujas

c) le testament - intervention de l'autorité publique dans le testament primitif

c) le troisième procédé, c'est l'affranchissement par le testament. Nous étudierons le testament beaucoup plus tard, mais il faut savoir dès maintenant que le testament est un acte solennel par lequel un chef de famille dispose de ses biens pour le temps où il ne sera plus. C'est ce qu'on appelle un acte de dernière volonté.

Ici encore si le testament peut renfermer des affranchissements, c'est parce que primitivement le testament était un acte fait devant les comices curiates, un acte qui était soumis, sinon à l'approbation, du moins au témoignage solennel du peuple romain réuni dans les assemblées populaires. Par conséquent, ici encore, il y avait contrôle de l'autorité publiquz, du peuple romain sur l'affranchissement.

Mais, par la suite, le testament cessa d'être fait devant les comices curiates, devint un acte purement privé, et c'est ainsi que le testateur par sa simple volonté peut conférer la liberté et la qualité de citoyen romain à un esclave.

Affranchissement à terme ou sous condition. Le statu liber

De plus, l'affranchissement testamentaire peut comporter un terme ou une condition. Ceci veut dire que le testateur n'est pas tenu de conférer la liberté à l'esclave pour le moment même où lui, testateur, viendra à mourir. Il peut fixer une date ultérieure, déclarer par exemple: un an après ma mort, que Stichus devienne un homme libre. Ou bien encore soumettre l'affranchissement à une condition: que Stichus devienne un homme libre s'il travaille bien, s'il gagne beaucoup d'argent dans le commerce, par exemple.

L'esclave ainsi affranchi dans un testament à terme ou sous condition bénéficiait cependant, alors qu'il était encore esclave, d'un statut juridique auquel l'héritier ne pouvait pas porter atteinte. Il était ce que l'on appelle un "statuliber" il avait une vocation éventuelle à la qualité d'homme libre.

Situation des esclaves affranchis par un procédé non solennel

A la différence des affranchis entre vifs, qui sont les affranchis de celui qui les a libérés, ceux qui ont été affranchis dans un testament sont considérés comme les affranchis du défunt, ce qui fait qu'ils ont moins d'obligations que s'ils étaient les affranchis d'une personne vivante.

Ainsi, sous la République romaine, l'esclave n'acquiert la liberté que si on a utilisé l'un des trois procédés formalistes d'affranchissement. Mais il arrivait fréquemment qu'un maître n'ait pas accompli de telles formalités et se soit borné à mani-

Source : BIU Cujas

fester simplement sa volonté de libérer un esclave, ce qui arrivait parfois au cours d'un banquet; le maître disait à l'un de ses esclaves: tu peux t'en aller, tu es libre. Une telle déclaration n'avait en elle-même aucune valeur, et le maître pouvait revenir sur son affirmation, faire rentrer l'esclave sous son autorité. Mais le magistrat, ému par de telles pratiques abusives, déclara qu'il ne prêterait pas son concours au maître pour faire rentrer l'esclave sous sa puissance. Il déclara qu'il refuserait au maître l'action en revendication en servitude. Et ainsi l'esclave bénéficiera en fait de la liberté, bien qu'étant toujours juridiquement un esclave.

2 - L'affranchissement sous le Haut-Empire

1) Nouveaux procédés d'affranchissement.

Dès le début même du Haut-Empire, l'affranchissement devait être sévèrement réglementé par la loi, en même temps que vont apparaitre de nouveaux modes d'affranchissement et que les modes anciens seront simplifiés.

a) le fidéicommis de liberté

Tout d'abord on a admis la possibilité d'affranchir les esclaves par desprocédés nouveaux. On utilise en particulier dans ce but le fidéicommis de liberté. Un fidéicommis, c'est une disposition qui repose primitivement sur la confiance et non pas sur la forme. Une personne, au lieu de faire un affranchissement testamentaire se borne à prier son héritier ou un légataire d'affranchir un esclave après sa mort. Primitivement l'héritier ou le légataire était moralement tenu d'exécuter le fidéicommis. Mais par la suite les empereurs en assurèrent l'exécution judiciaire et permirent aux esclaves de venir se plaindre en justice de l'inobservation du fidéicommis.

b) Reconnaissance des affranchissements non formalistes. La loi Junia

D'autre part, une loi Junia est venue consacrer la validité des affranchissements non formalistes. On discute la date de cette loi, mais il est certain qu'elle a dû être votée sous Auguste. Cette loi Junia a décidé que les esclaves affranchis entre amis ou par lettre seraient désormais juridiquement des hommes libres. Mais elle n'assimile pas l'affranchissement entre amis ou par lttres à un affranchissement formaliste. Elle décide que ces nouveaux hommes libres seront dans une situation juridique particulière, seront des affranchis latins juniens, "latini-juniani", latins, parce que leur condition juridique ressemble à celle des Latins, juniens, parce qu'ils ont été institués par la loi Junia.

2) Répression des abus de

Il ne suffisait pas d'assouplir les règles de l'affranchissement. Il fallait se préoccuper de l'abus

Source : BIU Cujas

l'affranchissement.

des affranchissements, chose qui n'avait jamais inquiété le législateur de la République. Cependant, l'abus de l'affranchissement était devenu un véritable danger social. Les Romains qui avaient fait tant de difficultés pour accorder le droit de cité aux Latins qui étaient des frères de race, qui vivaient à leurs côtés depuis des siècles, admettaient sans difficulté sous la République qu'un maître puisse donner la liberté à un esclave quelconque, appartenant à des races très différentes de la race romaine, et quelquefois à des individus qui ne méritaient pas l'honneur qu'on leur faisait.

C'est pourquoi Auguste, qui se préoccupait du relèvement de la moralité publique, fit voter des lois destinées à réprimer les affranchissements excessifs et à prendre les mesures de protection nécessaires, aussi bien vis à vis du maître que de ses créanciers et de l'Etat.

Deux lois furent votées : la loi Fufia Caninia, en l'an 2 avant J.-C. (en l'an 752 de la fondation de Rome), l'autre, la loi Aelia Sentia, votée en l'an 4 après J.-C.

a) Loi Fufia Caninia limitant les affranchissements à cause de mort.

La loi Fufia Caninia est destinée à limiter les affranchissements pour cause de mort. C'est qu'en effet c'était une manière facile de se rendre populaire, que de faire des affranchissements au détriment de ses héritiers. Le riche patricien romain durant sa vie bénéficiait des services de ses douzaines, ou même de ses centaines d'esclaves, et tranquillement dans son testament il mettait une clause où il affranchissait presque tous ses esclaves. Qui en subissait le préjudice ? C'étaient ses héritiers; ils croyaient hériter de toute la fortune de leur père ou de leur oncle, et dans le testament presque tous les esclaves avaient acquis la liberté. C'était également une manière d'avoir un enterrement somptueux, où l'on célébrait les vertus du défunt, puisque les affranchis coiffés du bonnet de la liberté suivaient les obsèques de celui qui les avait libérés.

La loi Fufia Caninia mit fin à ces excès. Elle décida que désormais le défunt ne pourrait plus affranchir qu'un certain nombre d'esclaves, proportionnel au chiffre total des individus qu'il avait sous son autorité (les chiffres varient suivant la quantité d'esclaves possédés). Ce qu'il faut remarquer, c'est que le chiffre maximum est de cent esclaves, même si le testateur avait possédé plus de 500 esclaves. Ceci suffit à montrer le chiffre considérable d'esclaves que pouvait posséder parfois un riche citoyen romain.

Source : BIU Cujas

Sanction de la loi Fufia Caninia.

Que va-t-il se passer si le testateur a dépassé le chiffre fixé par la loi ? On suivra l'ordre qu'il a indiqué dans son testament. Seront affranchis les esclaves indiqués en tête. Mais la loi prévoyante a songé à une fraude possible. Que se passerait-il si, au lieu de les mettres les uns en dessous des autres, il les avait écrits en rond, de manière qu'il n'y ait pas de premier ? Dans ce cas, la loi Fufia Caninia a décidé qu'aucun esclave ne serait libéré.

b) La loi Aelia Sentia sur les affranchissements entre vifs.

La deuxième loi, c'est la loi Aelia Sentia, qui a pour but de prévoir tout ce qui peut se passer à propos d'affranchissements entre vifs. Cette loi renferme de très nombreuses dispositions.

Elle veut tout d'abord protéger contre leur inexpérience les jeunes gens âgés de moins de vingt ans. C'est qu'en effet, à Rome, dès l'âge de la puberté le jeune homme est capable et il a la possibilité de disposer de son patrimoine. La loi Aelia Sentia va donc protéger ces jeunes gens contre les manoeuvres accomplies par certains esclaves qui vivaient dans leur entourage, qui parfois même avaient contribué à leur éducation et qui essayaient de se faire affranchir. Désormais le mineur de vingt ans ne peut plus affranchir un esclave sans une justa causa, sans un motif légitime d'affranchissement.

Age du maître.

Cette juste cause d'affranchissement doit être appréciée par une sorte de tribunal, de conseil, qui est composé à Rome de cinq chevaliers et de cinq sénateurs; et en province, vingt citoyens présidés par le gouverneur de province. Il ne faudrait d'ailleurs pas croire que ce conseil d'affranchissement se montre très rigoureux. Il fait preuve de bienveillance; il estimera par exemple que le jeune homme est justifié à affranchir sa vieille nourrice, ou bien encore une jeune esclave qu'il désire épouser. Par contre il n'admettra pas qu'une jeune fille veuille épouser un esclave et par suite l'affranchir au préalable.

Ainsi, si le motif légitime d'affranchissement a été reconnu et si le maître utilise l'affranchissement par la vindicte, l'esclave deviendra citoyen romain.

Age de l'esclave.

Une autre disposition empêche les esclaves de moins de trente ans de devenir citoyens par affranchissement. Ils seront désormais rangés dans la catégorie des Latins Juniens.

Répression des affranchissements faits en

Une disposition importante de la loi réprime les affranchissements faits en fraude des droits des créanciers. On suppose le cas où un débiteur est insolvable, où il n'a plus la somme nécessaire pour payer ses

Source : BIU Cujas

fraude des créanciers.

créanciers et où par suite il dilapide son patrimoine, fait des donations, des libéralités. En règle générale, c'est le magistrat qui intervient. Il réprime les fraudes commises par les débiteurs envers leurs créanciers. Mais contre les affranchissements frauduleux le magistrat est impuissant, car on ne peut révoquer que des actes révocables, et la liberté est par sa nature même un acte irrévocable.

Il fallait par suite que la loi intervint, non pas pour déclarer qu'on révoquerait les affranchissements frauduleux, mais pour proclamer que de plein droit, ab initio, dès le début, ils seraient nuls et non avenus. On s'en tire de cette manière. On ne dit pas : les affranchissements frauduleux seront révoqués; la loi déclare : celui qui affranchit frauduleusement un esclave ne fait rien; l'acte qu'il accomplit est dénué de toute valeur.

De même la loi Aelia Sentia annule les affranchissements qui seraient faits par un affranchi en fraude des droits successoraux de son patron.

Affranchis deditices

Enfin, la loi Aelia Sentia ne veut pas que le droit de cité soit conféré à des individus indignes. Tels ces esclaves qui ont été combattre les bêtes féroces dans les jeux du cirque; tels ces esclaves qui ayant commis de graves méfaits ont été marqués du fer rouge ou torturés. Tous ces individus si on leur octroie la liberté seront relégués dans la classe inférieure des hommes libres, seront ce que l'on appelle des affranchis "déditices".

3.- L'affranchissement au Bas-Empire.

La favor libertatis.

A la différence de la législation du début du Haut-Empire, la législation du Bas-Empire allait se montrer entièrement favorable à l'affranchissement et aux affranchis. C'est ce que l'on appelle la "favor libertatis", la faveur de la liberté. Des mesures impériales sont prises en faveur de la liberté, et ceci s'explique avant tout par l'influence chrétienne. L'Eglise ne va pas définitivement proscrire l'esclavage, mais va créer un mouvement favorable à la libération des esclaves.

Simplification des formes d'affranchissement.

En même temps, le Bas-Empire est une période de décadence du formalisme, et c'est pourquoi au point de vue de leurs effets juridiques les affranchissements sans formes seront assimilés aux affranchissements formalistes traditionnels, du moment où le maître a exprimé clairement sa volonté.

L'affranchissement par la vindicte ne comporte plus l'intervention de la baguette, ni des paroles solennelles; c'est devenu simplement une déclaration

Source : BIU Cujas

d'affranchissement faite devant le magistrat ou devant le conseil impérial. Par conséquent toute cette série de rites minutieux que nous avions vus à la période précédente est remplacée par une simple déclaration du maître devant le magistrat ou le conseil de l'empereur.

D'autre part, pourvu qu'ils aient été faits en présence de cinq témoins, les affranchissements sans formes confèrent désormais à l'affranchi la qualité de citoyen romain. Non seulement on affranchit entre amis, non seulement on affranchit par lettre, mais on affranchit également à table et le symbole de l'affranchissement peut être que le maître a fait asseoir son esclave à sa table. Il a ainsi manifesté sa volonté d'en faire un homme libre.

L'affranchissement dans les églises.

Mais les chrétiens manifestaient leur faveur pour un mode d'affranchissement nouveau, dont la pleine valeur juridique a été reconnue par Constantin, et dont l'existence même prouve incontestablement que c'est l'Eglise qui a favorisé la libération des esclaves au Bas-Empire. Il s'agit de l'affranchissement dans les églises. Habituellement le chrétien qui veut affranchir un esclave ne va pas le faire asseoir à sa table, mais va le présenter à l'église en présence du peuple et des prêtres et proclamer qu'il fait de cet esclave un homme libre.

Abolition par Justinien de nombreuses restrictions de l'affranchissement et des différentes catégories d'affranchis.

Ainsi on a, au Bas-Empire, de multiples procédés à sa disposition pour affranchir les esclaves. Justinien, d'autre part, allait abolir la plupart des mesures restrictives des affranchissements. Il conserve les mesures destinées à protéger les intérêts des jeunes gens inexpérimentés. Toutefois il admettra qu'ils pourront faire des affranchissements par testament à un âge où ils ne pourront pas encore affranchir leurs esclaves librement entre vifs.

D'autre part, il n'y a plus à craindre, semble-t-il, les abus des affranchissements par testament et l'on abolit expressément la loi Fufia Caninia.

Enfin, l'empereur a supprimé toutes les différences entre les différentes catégories d'esclaves et a décidé que désormais tous les esclaves affranchis seraient des citoyens romains. Ainsi, parfois l'évolution du droit nous ramène au point de départ. Sous la République romaine il n'y avait que des affranchis citoyens romains; sous le Haut-Empire, il y a plusieurs catégories d'affranchis; et sous le règne de Justinien on en revient à une condition juridique uniforme pour tous les affranchis.

Source : BIU Cujas

Chapitre II

LES RESTRICTIONS A LA LIBERTE

Nous allons étudier ici la condition juridique ou sociale d'individus qui en droit conservent la qualité d'hommes libres tout en étant privés en fait d'une partie des attributs reconnus normalement aux personnes libres.

Nous distinguerons l'ancien droit romain et le Haut-Empire de la période du Bas-Empire, où nous aurons à insister un peu plus sur le colonat.

§. I - La République et le Haut-Empire

I.- Les personnes "in mancipio", les personnes dans le mancipium; il n'existe pas de mot français correspondant; on est obligé d'employer le mot latin "mancipium" pour désigner la situation juridique où ces personnes se trouvent.

Personnes mancipées par leur chef à un autre chef de famille.

Il s'agit de personnes libres qui se trouvent sous la puissance du chef de famille, des fils ou des filles de famille, ou même des femmes mariées "cum manu", des femmes qui en vertu de leur mariage sont tombées sous l'autorité maritale. Le chef de famille, qui a tout pouvoir sur les personnes libres placées sous son autorité, va les aliéner au profit d'un autre chef de famille romain, et il va utiliser dans ce but un procédé que nous rencontrerons à plusieurs reprises et que nous étudierons à propos du transfert de la propriété, la "mancipatio". Ces personnes vont donc, par suite d'une mancipation tomber sous le "mancipium" d'un autre chef de famille romain, et tant qu'elles seront "in mancipio", dans le pouvoir qui est né de la mancipation, elles seront tenues d'obéir à ce chef de famille, d'accomplir des prestations à son profit, et à de multiples points de vue la personne "in mancipio" est assimilée à un esclave.

Situation de la personne in mancipio -

Les jurisconsultes voulant faire comprendre par voie d'analogie leur situation disent que les personnes "in mancipio" sont "loco servi", dans la situation

Source : BIU Cujas

loco servi.- Différence avec la situation de l'esclave.

d'un esclave. Certains auteurs modernes franchissent la distinction, suppriment la nuance et déclarent que primitivement les personnes "in mancipio" étaient des esclaves. Nous ne le croyons pas. Quand les jurisconsultes romains disent que la femme mariée est "loco filiae", dans la situation d'une fille, ils ne veulent pas dire que la femme mariée est la fille du chef de famille; quand ils disent qu'une personne est dans la situation d'un esclave, ils ne veulent pas dire à proprement parler que cette personne est esclave.

Et en effet, tout au moins à l'époque historique nous constatons que la personne "in mancipio" conserve ses droits politiques, alors que l'esclave n'a aucun droit dans la cité. De plus, les personnes "in mancipio" sont protégées par l'action d'injure contre les mauvais traitements de celui qui les a sous sa puissance. On peut pendant longtemps brutaliser impunément ses esclaves; on ne peut pas impunément se livrer à des violences à l'égard des personnes "in mancipio". Au contraire, le chef de famille pourra utiliser librement les services de ces personnes, et les faire travailler à son profit.

Utilisation du mancipium pour tirer parti du travail des personnes soumises à la puissance du chef puis pour réaliser un abandon total.

Quelle est l'origine historique du "mancipium" ? Selon toute vraisemblance, c'est la faculté pour un chef de famille d'utiliser à prix d'argent l'activité de toutes les personnes qui sont soumises à sa puissance, qu'elles soient libres ou esclaves. Il s'agissait anciennement d'une sorte de location faite par le chef de famille qui, à prix d'argent, mancipait son fils à une autre personne qui le ferait travailler à son profit.

Mais de très bonne heure également, le "mancipium" apparait sur le terrain délictuel dans la théorie des actions "noxales" qu'on étudiera en Seconde Année. Il faut cependant savoir d'un mot ce que c'est. On suppose qu'un délit a été commis par un fils de famille. La victime du délit se plaint et exige du chef de famille du délinquant qu'il paie l'amende qui frappe le délit ou qu'il abandonne le coupable. S'il a beaucoup d'affection pour son fils ou pour sa femme, il conservera son fils ou sa femme et paiera l'amende. Si, au contraire, c'est un fils qui ne lui a joué que de mauvais tours, il renoncera à ses droits sur lui et le mancipera au plaignant. Il lui en fera ce que l'on appelle un abandon noxal, et le fils ainsi abandonné tombera sous le "mancipium" du plaignant.

Ce cas d'application de la théorie du "mancipium" a survécu jusqu'au Bas-Empire. L'abandon noxal pour

Source : BIU Cujas

les fils et les filles de famille n'a été définitivement abrogé que par Justinien.

Les utilisations fictives du mancipium à l'époque classique.

Au contraire, à l'époque classique, on a cessé pratiquement de louer les services des membres de sa famille de cette manière et le "mancipium" n'a plus que des utilisations fictives. C'est une institution qui, grâce à l'art des jurisconsultes, a été détournée de son but primitif pour obtenir des résultats différents.

On rencontre par suite le "mancipium" et l'utilisation de la mancipation dans la théorie de l'émancipation et dans la théorie de l'adoption. Mais alors il ne s'agit plus d'une puissance acquise par une autre personne pour une longue durée de temps; c'est une opération à effet instantané. Le mancipium, nous dit Gaïus, ne dure alors qu'un moment, un instant.

2.- Les "addicti" et les "nexi". Les addicti et les nexi sont des individus qui ne paient pas leurs dettes.

Les "addicti", ce sont des débiteurs qui, après avoir été condamnés, ont été attribués par le magistrat à leur créancier. Quant aux "nexi", on expliquera l'année prochaine ce que c'est, puisque le "nexum" est une opération juridique qui sert à faire naitre des obligations; nous n'entrons pas dans les détails volontairement, car le "nexum" est une théorie si obscure que beaucoup d'auteurs ont sur lui une opinion différente; la seule chose qui est certaine, c'est que les "nexi", ceux qui ont fait l'objet de cette opération juridique appelée "nexum", doivent de l'argent, sont tenus de rembourser des lingots d'airain, et s'ils ne les remboursent pas sont amenés comme les "addicti" dans la prison privée de leur créancier. Il s'agit de "lingots d'airain", car le "nexum" est une institution des premiers siècles de la République romaine, époque où la monnaie est l'airain et non pas encore l'argent ou l'or.

Le créancier conserve chez lui temporairement ces individus. Ils restent pour le moment des personnes libres, mais en fait sont des personnes étroitement surveillées. Au bout de soixante jours, si personne ne s'est présenté pour payer la dette, ou si aucun arrangement n'est intervenu, les "addicti" peuvent être mis à mort ou vendus en Etrurie, au-delà du Tibre. Quant aux "nexi", il semble qu'ils travaillent pour le compte de leur créancier jusqu'à ce qu'ils aient remboursé leur dette par leur activité.

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

3.- Les "redempti ab hoste", les captifs rachetés à l'ennemi.

Le rachat des captifs.

De nos jours, ou tout au moins il y a quelques années, puisque les temps ont changé, on ne songeait guère aux prisonniers rapatriés, tandis qu'au contraire à Rome, comme au temps de Louis XIII ou de Louis XIV, la question des prisonniers de guerre qu'il s'agissait de faire revenir sur le sol national et de libérer était une grosse préoccupation. Vincent de Paul s'est rendu illustre par ses efforts en vue d'obtenir le rachat des Français captifs des Barbaresques. La même question se posait à Rome. Il fallai s'efforcer à prix d'argent de racheter les citoyens faits prisonniers par l'ennemi.

Primitivement, c'était là un devoir moral. Dans une famille étroitement unie, dans de vastes groupes où clients et patrons ont des droits et des obligations réciproques, on rachetait les captifs du même clan, du même groupe, sans se faire prier, et le remboursement de la rançon était un simple devoir moral.

Mais tout allait changer à la fin de la République. Tout d'abord la solidarité familiale est beaucoup moins grande; les liens familiaux sont moins stricts, et par suite, on se soucie beaucoup moins de racheter des parents éloignés. D'autre part, en ce qui concerne la situation juridique des captifs, les notions juridiques ont changé, puisque nous avons vu que les jurisconsultes considéraient la capture comme un mode de création de l'esclavage du "jus gentium", ce qui fait que l'on considérait ces gens que l'on avait rachetés comme ayant été esclaves aux mains de l'ennemi.

L'ex-captif esclave de celui qui l'a racheté jusqu'au remboursement.

Aussi désormais, le captif ne va pas, une fois revenu sur le sol romain, être immédiatement libéré; il tombe sous l'autorite de celui qui l'a racheté, à moins que celui-ci ne soit un bienfaiteur, ne lui fas remise de la dette.

Si celui qui a racheté le captif manifeste sa volonté d'être remboursé de ses frais, le prisonnier de guerre va être temporairement l'esclave de celui qui l'a racheté. C'est là une solution que les auteurs se sont refusés à admettre pendant longtemps et qui parait découler très nettement des textes. Le captif rentré à Rome reste esclave tant qu'il n'a pas remboursé sa rançon. Et lorsque sa rançon est remboursée, on exige qu'il soit affranchi par celui qui l'a vait sous son autorité.

transformation de la situation

Mais, au contraire, les empereurs du Bas-Empire ont manifesté à l'égard de ce captif leur faveur;

Source : BIU Cujas

du Rédemptus au Bas-Empire

ils sont toujours pour la liberté. Ils ont décidé finalement que ce ne serait plus un droit de propriété, mais un simple droit de gage qu'aurait le citoyen romain qui avait racheté le captif, et que d'autre part, au bout de cinq ans de bons et loyaux services le captif racheté serait libéré de plein droit.

Ainsi, au cours du Bas-Empire, la situation des prisonniers de guerre qui étaient revenus sur le sol romain après avoir été libérés à prix d'argent, a été très fortement améliorée.

4 - Les "auctorati".

"Auctorati" vient du verbe "auctorare", qui signifie: louer ou vendre au plus offrant.

Dépendance des auctorati à l'égard de leur entrepreneur.

Les "auctorati" sont des gladiateurs qui louent leurs services aux entrepreneurs des jeux du cirque; en tenant compte des différences d'époque et de milieu, on pourrait dans une certaine mesure les comparer aux joueurs professionnels de foot-ball que l'on connait aujourd'hui. Tout en restant des hommes libres, ils sont en effet sous la dépendance de l'entrepreneur de jeu qui a loué leurs services. De même que le joueur professionnel de nos jours dépend étroitement du club, qui peut même le transférer à prix d'argent à un autre club.

Aussi, en raison de la restriction de fait de la liberté de ces gladiateurs qui ont promis de risquer leur vie dans les jeux du cirque, on exige une déclaration devant les tribuns de la plèbe.

Leur disparition au Bas-Empire.

Ces gladiateurs ont peu à peu disparu au cours du Bas-Empire, car la religion chrétienne était hostile à ces jeux dans lesquels des êtres humains risquaient leur vie. Et finalement, dans le droit de Justinien, il n'y a plus nulle part dans l'Empire de jeux de cette nature, et par suite les "auctorati" ont disparu.

L'homme libre qui de bonne foi est un serviteur

5.- Enfin signalons pour mémoire les hommes libres qui sont de bonne foi en servitude. Ce sont des personnes qui ignorent leur situation juridique réelle, qui croient être des esclaves alors qu'en réalité ce sont des hommes libres. Théoriquement, ils jouissent de la capacité juridique mais en fait ils sont en servitude, et par suite tout ce qu'ils acquièrent par leur travail ou à l'aide d'un capital fourni par leur maître est acquis à celui-ci.

Du jour où sa liberté sera reconnue, ce personnage, cet homme libre qui est en servitude de bonne foi, jouira de la même capacité juridique que les autres personnes libres de l'Empire.

Source : BIU Cujas

§. 2 - Les colons du Bas-Empire

C'est là une question qui pourrait présenter le plus grand intérêt pour l'étude de l'histoire du droit français si l'on avait complètement débrouillé la question des origines du servage et du lien qui unit le colonat du bas-Empire au servage. Mais M. Collinet, dans l'une des dernières études qu'il ait publiées, en 1937, sur le colonat, a montré que la question était encore fort obscure.

I - Les origines du colonat sont d'ailleurs assez mystérieuses et la seule chose qui soit absolument certaine, c'est l'importance prise par le colonat au cours du Bas-Empire.

Le "colonus" du Bas-Empire - on traduit par colon, mais on pourrait correctement traduire par fermier - est un fermier attaché à la terre qu'il cultive, qui ne peut librement quitter le sol qu'il travaille.

Le colon fermier attaché à la terre -transformation d'une situation de fait en situation juridique.

Si les origines de cette institution sont encore obscures, c'est, semble-t-il, parce que c'est une situation de fait qui s'est progressivement transformée en une condition juridique et dans des cas de cette nature il est très difficile de fixer des dates, d'avoir des points de repère, puisqu'au début de l'évolution, il n'y a qu'une situation de fait, un rapport entre une personne et une terre, tandis qu'au terme de l'évolution il y a une situation de droit; un fermier qui se trouve dans une étroite dépendance et qui est limité dans son activité et sa liberté d'action.

La tendance générale au Bas-Empire à l'hérédité des conditions sociales.

Comment cela a-t-il pu se réaliser ? Il semble qu'il y ait une grande idée qui domine la question: c'est la tendance générale du droit du Bas-Empire à rendre héréditaires les conditions sociales. Si l'on étudie le droit du Bas-Empire, on voit qu'à tous points de vue les empereurs et les hauts fonctionnaires impériaux s'efforcent de maintenir les enfants dans la profession de leur père, de les empêcher d'exercer un autre métier que celui de leurs ancêtres.

Cette tendance générale du Bas-Empire appliquée aux fermiers devait amener les empereurs à attacher littéralement le fermier à la terre qu'il cultive, d'une manière indissoluble, à l'empêcher de quitter le sol, lui et ses descendants.

Source : BIU Cujas

Précédents de fait du colonat.

Quels sont les premiers débuts de cette institution ? Il y a sous le Haut-Empire, semble-t-il, dès le règne de Marc-Aurèle, des peuples barbares vaincus par Rome, qui au lieu d'être réduits en esclavage sont attachés à un domaine déterminé, et il est possible que dès le Haut-Empire ces barbares n'aient pas pu quitter la région dans laquelle ils étaient installés.

D'autre part, il y a sous le Haut-Empire, dans les domaines d'Afrique et d'Asie, et en particulier dans les vastes domaines impériaux, de nombreux fermiers de condition fort modeste qui vivent pendant des générations sur le petit lopin de terre qu'ils cultivent. En vertu des usages locaux, des usages du domaine, ils peuvent rester aussi longtemps qu'ils le désirent sur la terre qu'ils exploitent, et les clauses de la location prévoient parfois qu'ils pourront laisser certaines terres à leurs héritiers. Il n'y a pas situation juridique à proprement parler, puisque ce fermier des domaines impériaux pourra toujours, s'il le veut, quitter le domaine, mais il y a situation defait qui commence à s'établir; il y a tradition de vivre de père en fils sur la même parcelle de terre. Et au Bas-Empire les empereurs tiendront compte de cette situation pour imposer à ces fermiers de rester sur le petit domaine qu'ils cultivent.

La réglementation du colonat au Bas-Empire. Les coloni ad scripticii - Origine fiscale des institutions.

C'est au Bas-Empire que la loi s'est vraiment préoccupée de transformer le fait en droit, d'imposer au "colonus" de vivre sur le domaine auquel il est attaché.

Ceci apparait tout d'abord, semble-t-il, à l'époque de Constantin, dès l'année 322 ap. J.C., pour une catégorie particulière de colons: les "coloni-adscripticii". Ce sont les fermiers qui sont inscrits personnellement sur les registres du cens, qui sont personnellement redevables de l'impôt, tandis qu'au contraire les autres fermiers des grands domaines étaient inscrits sous le nom du propriétaire, du maître de ce domaine, qui payait l'impôt globalement pour tous ses fermiers.

Ainsi donc les "coloni-adscripticii" sont des individus qui sont sous l'oeil des autorités fiscales, qui exigent d'eux le paiement des impôts, et qui estiment qu'il y a grand intérêt à ne pas voir s'envoler le contribuable, qui par suite estiment que la meilleure manière d'être bien sûr de pouvoir toucher l'impôt c'est de ne pas voir celui qui y est astreint quitter le domaine qu'il cultive et échapper à leur contrôle.

Source : BIU Cujas

Ainsi, le point de vue fiscal tend, comme le point de vue général des empereurs du Bas-Empire, à empêcher les fermiers de quitter le domaine.

Extension du colonat pour des raisons économiques.

Mais plus tard, au temps de Valentinien Ier et de Théodose, en l'année 371 ap. J.C. cette mesure tout d'abord d'apparence fiscale se généralise. On va étendre le caractère obligatoire de la culture de la terre à tous les fermiers quelle que soit leur situation vis-à-vis du paiement des impôts, et désormais c'est le point de vue économique, le point de vue étatique, en même temps, qui l'emporte. On craint de manquer de subsistance. C'est là quelque chose dont on n'a plus peur aujourd'hui, où on ne parle en économie politique que de surproduction et de limitation de la production. Mais, au contraire, à bien des époques et surtout dans les périodes de décadence et de troubles sociaux, on a la terreur de manquer de pain: on a la crainte qu'il n'y ait pas suffisamment de gens qui cultivent la terre pour nourrir la population. Et c'est pourquoi les empereurs étaient si préoccupés de contraindre les fermiers de père en fils à cultiver la terre, de peur de voir une partie des cultivateurs s'enfuir, aller dans les villes et par suite de voir diminuer la production des denrées alimentaires.

Infériorité de la condition juridique du colon.

Ainsi, à la suite des réformes impériales, la culture des terres pour les fermiers devient obligatoire, et ces fermiers ainsi attachés au sol qu'ils cultivent vont voir progressivement leur condition juridique se modeler sur leur situation inférieure: leur situation sociale subalterne entrainera pour eux des infériorités juridiques, sans que pour cela ils cessent jamais d'être des personnes libres.

2°.- Ayant ainsi vu en premier lieu les origines et le développement du colonat, étudions à présent, les sources du colonat; comment devient-on colon au Bas-Empire?

Multiplicité des sources du colonat. la naissance.

Les sources du colonat sont très nombreuses, puisque le désir des empereurs, c'est précisément d'assurer le plus grand nombre possible de personnes pour cultiver la terre. Mais puisque la profession de fermier est devenue héréditaire, il est facile de comprendre que la source la plus nombreuse de la condition du colonat sera la naissance, l'hérédité. Ceci ne fait aucune difficulté si le père et la mère sont tous deux fermiers; l'enfant dès sa naissance sera voué à la culture de la terre. Il en sera de même si c'est la mère qui est fermière, tandis que le

Source : BIU Cujas

père avait une autre situation sociale. Primitivement au contraire, si c'était la mère qui exerçait une autre profession, tandis que c'était le père qui était un colon, l'enfant n'était pas obligé de cultiver le sol. Mais les propriétaires des grands domaines réclamaient, et finalement on nait colon que ce soit le père ou la mère qui soit voué, à la naissance de l'enfant, à la culture du sol.

Le captivité et la mendicité

D'autre part, ainsi que nous l'avons déjà signalé, les barbares qui sont faits prisonniers par les armées romaines sont rattachés à de grands domaines qu'ils sont tenus de cultiver. Et il en est de même des mendiants valides. La mendicité fait courir le risque à cette époque-là de devenir fermier pour le restant de ses jours. Les propriétaires de grands domaines réclament et obtiennent l'attribution comme fermiers des mendiants.

La mise sous la protection d'un grand propriétaire.

Il existe également au Bas-Empire des périodes d'insécurité sociale; des hommes libres jusque là indépendants, de petits propriétaires fonciers qui ne se sentent plus en sécurité viennent se placer sous la protection d'un propriétaire d'un grand domaine. Ceci fait songer au Moyen age, et aux rapports entre le seigneur et ceux qui sont placés sous son autorité. C'est effectivement le grand propriétaire foncier du Bas-Empire qui est l'ancêtre du seigneur du moyen age.

Une Novelle de Valentinien, confirmée par Justinien, exige pour la transformation du petit propriétaire foncier en colon une déclaration faite sur les registres municipaux.

La prescription

Enfin la qualité de colon s'acquiert par la prescription. Celui qui s'est fait fermier, qui a loué une terre dans un domaine, doit prendre garde de ne pas rester sur le lopin de terre qu'il cultive trop longtemps, car s'il y est resté plus de trente ans, il se trouve définitivement attaché au domaine; la qualité de colon s'acquiert par la prescription trentenaire. Mais les empereurs considèrent que ces fermiers qui sont ainsi devenus colons par prescription doivent être traités plus favorablement; ils les considèrent comme des colons libres par rapport aux "coloni adscripticii".

Limitation des cas d'émancipation du colonat.

3 - Comment cesse-t-on d'être colon?

C'est toujours la même préoccupation qui apparait; il faut le moins possible diminuer le nombre des fermiers, et par conséquent il faut le moins possible autoriser un fermier à changer de condition sociale. Les empereurs qui facilitent l'affranchisse-

Source : BIU Cujas

ment des esclaves n'admettent que dans des cas exceptionnels qu'un fermier puisse cesser d'être colon.

La prescription.

Pendant longtemps on admit que la condition de colon pouvait se perdre par la prescription de trente ou de quarante ans, si le colon avait réussi à entrer dans une autre corpoeation, ou s'il avait fait partie d'un sénat municipal; mais, toujours sur les réclamations des propriétaires fonciers, cette possibilité disparut à la fin du Bas-Empire.

L'entrée dans les ordres

D'autre part, il est facile de comprendre que la qualité de fermier et l'entrée dans les ordres religieux est inconciliable. Et c'est pourquoi avec l'autorisation du propriétaire du grand domaine un fermier pourra le quitter pour entrer dans un monastère ou pour devenir evêque.

Abandon au colon de la propriété de la terre

Enfin on admet que le colon passe dans la situation sociale supérieure si on lui a abandonné en toute propriété la parcelle qu'il cultivait, mais cela est un exemple purement théorique; il est bien évident que le propriétaire du grand domaine ne va pas ainsi bénévolement faire cadeau à un colon de la parcelle qu'il exploite.

4 - Condition juridique et sociale des colons.

Rapprochement avec la situation de l'esclave bien qu'en droit le colon soit un homme libre

Le fermier reste toujours théoriquement un homme libre. Mais sa situation sociale s'abaissant de plus en plus, à de nombreux points de vue il finit par être traité un peu comme un esclave. Ce qui est frappant, c'est de voir que cette évolution se reflète dans les constitutions impériales. Au IVme siècle, les empereurs considèrent comme une chose toute naturelle d'assimiler les colons libres à des personnes libres ingénues; au contraire, Justinien, à propos de la classe inférieure des colons, se demande quelle différence au fond il peut bien y avoir entre un "colonus adscripticius" et un esclave, puisque tous deux sont soumis à l'autorité d'un maître.

Comparaison avec la situation de l'esclave

Cependant le juriste est bien obligé de faire une différence, car l'esclave n'a pas de droits de famille, tandis qu'au contraire le colon bénéficie des règles du droit de famille. Le mariage du colon est valable et ses enfants sont reconnus comme légitimes. Le colon, d'autre part, peut posséder en pleine propriété une petite parcelle de terre à côté de celle qu'il cultive pour le compte du grand propriétaire foncier. D'autre part, les rapports entre fermiers et propriétaires des grands domaines sont minutieusement réglementés, tandis qu'au contraire les esclaves dans une large mesure sont soumis à l'arbitrairede leurs maitres.

Source : BIU Cujas

Les rapports du propriétaire du grand domaine et du colon

Le propriétaire du grand domaine a tout d'abord une certaine autorité sur ses colons. Il jouit à leur égard d'un certain droit de correction, à condition de ne pas abuser.

D'autre part, comme le colon est attaché à la terre qu'il cultive, il peut le faire revenir de force sur le domaine s'il s'enfuit. Le grand propriétaire foncier a une véritable action en revendication pour faire réintégrer de gré ou de force le domaine au colon, et malheur au colon qui s'est ainsi enfui, qui risque d' être traité comme un esclave fugitif

Enfin, il n'y a que dans certains cas que le colon peut plaider contre le grand propriétaire foncier, en raison du respect qu'il lui doit. Il ne pourra agir contre le grand propriétaire que si celui-ci veut augmenter la redevance qu'il paie en échange de l'exploitation de la terre, que s'il veut intenter une accusation criminelle, si, par conséquent, il prétend que le grand propriétaire a commis un crime, ou bien enfin si le colon prétend à la propriété pleine et entière du fonds qu'il exploite.

Réciproquement, le fermier bénéficie de certains avantages, qui tiennent toujours à l'idée qu'il est attaché à la terre, que l'on veut maintenir un certain équilibre dans la vie économique du pays. Si le colon ne peut pas quitter la terre, s'il ne peut pas modifier la manière de l'exploiter, par contre le grand propriétaire ne peut pas augmenter le taux de la redevance. Nous avons donc des fermiers qui à perpétuité, peut-on dire, paieront toujours le même fermage, dont les corvées, dont les obligations ne pourront pas être accrues, ce qui est d'ailleurs une singulière conception au point de vue économique.

D'autre part, en principe, le propriétaire foncier ne peut pas expulser le colon du domaine. Cependant on admet certaines atténuations; on permet des transferts de colons de domaine à domaine, ou le remplacement d'un colon par un autre, mais ce sont là des exceptions; normalement, de génération en génération, les mêmes fermiers cultiveront les mêmes domaines.

Tels sont les traits généraux du colonat, tels qu'on peut les tracer d'après les travaux les plus récents. Mais ces études sont encore imparfaites et c'est une question qui mérite encore de nouvelles études.

Source : BIU Cujas

Titre II

LES HOMMES LIBRES

Les deux catégories d'hommes libres: ingénus et affranchis.

Les hommes libres, ce sont ceux qui ne sont soumis à la puissance d'aucun maître, et je vous ai déjà dit qu'on en distinguait deux grandes classes; les ingénus qui ont toujours été des personnes libres et les affranchis, qui à un moment donné de leur existence ont été en servitude.

Chapitre I

LES INGENUS

Les 3 catégories d'ingénus

Parmi ces ingénus, parmi ces personnes qui de leur naissance à leur mort ont bénéficié de la condition de personne libre, on distingue les citoyens romains, les Latins et les pérégrins.

§. I - Les citoyens romains

Le civis romanus investi de la plénitude des droits publics et privés.

Le citoyen romain, le "civis romanus" est le personnage le plus respecté de l'Empire romain. C'est celui qui a le droit d'utiliser toutes les institutions juridiques que l'on étudie dans les cours de droit romain; c'est celui qui a la plénitude des droits privés et des droits publics.

Les débuts de la République romaine ont été marqués par les luttes violentes entre deux classes de la population qui ne vivaient pas anciennement sur un pied d'égalité; les patriciens, qui appartenaient aux "gentes" qui ont fondé la cité romaine, et les plébéiens, qui appartenaient soit aux Ligures,

Source : BIU Cujas

population de l'Italie soumise par les conquérants, soit aux étrangers, qui étaient venus se fixer très anciennement sur le sol romain.

Mais progressivement, les plébéiens, dont les intérêts furent vigoureusement défendus par les édiles plébéiens et par les tribuns de la plèbe, réussirent à arracher petit à petit tous les droits civils et politiques aux patriciens. Nous n'entrerons pas dans le détail des nombreuses lois qui furent nécessaires pour arriver à un tel résultat, et nous nous placerons à l'époque où l'égalité complète a été enfin établie entre patriciens et plébéiens.

A cette époque, tous les citoyens romains, qu'ils fussent patriciens ou plébéiens, ont en droit public la plénitude des droits politiques.

Les droits politiques du citoyen : jus suffragii; jus honorum

Ils ont tout d'abord le "jus suffragii", le droit de vote, dans les comices centuriates et dans les comices par tribus. Mais ce droit de vote s'exerce suivant la classe que l'on occupe, suivant la centurie à laquelle on appartient, et l'on est classé suivant sa richesse; par conséquent, ceux qui sont les plus riches votent les premiers et votent bien souvent seuls.

D'autre part le citoyen romain a ce que l'on appelle le "jus honorum", "honos" signifie magistrature; le "jus honorum" d'être magistrat, c'est l'accès aux magistratures romaines. Les citoyens romains sont éligibles aux diverses magistratures. Mais il faut remarquer qu'à la fin de la République il y a une tendance à ne plus élire ceux que l'on appelle des hommes nouveaux, les hommes nouveaux étant ceux dont les parents n'ont jamais été magistrats. Il se forme une sorte de noblesse héréditaire de magistrats.

Enfin, les citoyens romains peuvent servir dans les légions. L'accès des légions est par conséquent réservé à ceux qui ont droit de cité.

Les droits privés du citoyen romain.

En droit privé, on résume les droits des citoyens en disant qu'ils ont le "jus conubii", le "jus commercii", et le droit à la "legis actio".

Le jus conubii

Tout d'abord le "jus conubii". Le "conubium", c'est le mariage romain; le "jus conubii", c'est le droit de contracter le mariage romain. Primitivement, plébéiens et patriciens ne pouvaient pas se marier entre eux; un jeune plébéien ne pouvait pas épouser une patricienne, quel que soit leur désir réciproque de se marier. Il avait fallu pour permettre de telles unions entre patriciens et plébéiens le vote de la loi Camuleia, quelques années après la Loi des Douze Tables.

Le jus commercii

Le "jus commercii" se rattache à la vie des

Source : BIU Cujas

affaires. Ce ne sont plus des liens sentimentaux, ce sont des échanges commerciaux dont il s'agit On discute le sens primitif du "commercium", d'après l'opinion la plus récente, le "commercium", c'est primitivement simplement le droit de procéder à des échanges commerciaux, "commercium" ayant pour racine "merx" qui signifie marchandise. Auraient donc bénéficié du "jus commercii" tous les gens qui pouvaient faire des affaires entre eux. Mais par la suite, le sens de l'expression se restreint et l'on désigne par "jus commercii" le droit d'utiliser certaines opérations juridiques qui sont réservées en principe aux citoyens, qui appartiennent au "jus civile", à la partie du droit romain qui n'est pas accessible aux pérégrins. Dans ce sens nouveau, le "jus commercii", c'est essentiellement le droit d'utiliser un procédé solennel d'aliénation des biens, la "mancipatio". On assimile par suite le "jus commercii" et le droit d'utiliser la mancipation, mode romain d'aliéner les biens.

Le Jus lege agendi

Enfin, le citoyen romain avait primitivement seul le droit d'utiliser les actions en justice. C'était alors le système archaïque des actions de la loi et les pérégrins ne pouvaient pas en principe utiliser le vieux système de procédure. L'action de la loi se déroulait suivant des rites immuables et seuls les citoyens romains pouvaient plaider entre eux selon ces rites.

Le nom du citoyen.

La situation du citoyen romain se reflète dans son nom, car seul le citoyen romain a droit de porter le triple nom romain, c'est-à-dire le "praenomen", le prénom, le "nomen", plus exactement le "nomen gentilicium", le nom gentilice, dont l'origine se trouve dans le nom que portaient primitivement tous les membres d'une même "gens"; et enfin le "cognomen", le surnom. Seuls les citoyens romains peuvent porter le "praenomen" et le "nomen" par opposition au "cognomen" qui se rencontre également chez les pérégrins et chez les esclaves.

"Praenomen" et "nomen gentilicium" sont strictement interdits aux pérégrins. Ceux-ci de même que les esclaves, ne pourront adopter un prénom romain qu'après leur affranchissement ou leur naturalisation, et à titre de reconnaissance, ils prendront généralement le nom et le prénom de leur patron, ou le nom et le prénom de l'empereur qui les a naturalisés. C'est pourquoi il y a des époques où dans une région déterminée de l'Empire on voit de très nombreux noms identiques, Ce sont les gens qui ont été naturalisés par un empereur, qui ont tous pris le nom gentilice de cet empereur.

Source : BIU Cujas

De plus, le citoyen romain, pour bien montrer sa filiation et son droit de vote, indiquait dans son nom l'indication qu'il était le fils d'un tel, et précisait la tribu à laquelle il appartenait. Et c'est ainsi que le nom complet de Cicéron est le suivant: Marcus, Tullius; Marcus est le prénom; Tullius, le nom gentilice; Marci filius fils de Marcus, son père s'appelait déjà Marcus; Cornelia tribu, de la tribu Cornelia, Cicéron appartenait à la tribu Cornelia; quand on procédait au vote par tribu, il était rangé dans cette tribu; et enfin Cicero, c'est le surnom, qui signifie pois-chiche.

S'il s'agissait d'un esclave affranchi par Cicéron, au lieu de Marci filius, il aurait marqué Marci libertus, affranchi de Marcus.

Enfin, tout au moins certains auteurs l'indiquent, mais cela est discuté, s'il s'agissait d'un bâtard, il rencontrait certaines difficultés pour indiquer sa filiation dans son nom, et l'on prétend que l'on s'en tirait par un jeu de mot. On mettait la filiation en abrégé; on mettait: Sp. f.; cela signifie "spurius filius", mais si on était poli, on supposait que c'était le fils d'un personnage romain dont le nom commençait par "Sp". On pouvait ainsi indiquer qu'on était un enfant naturel et laisser entendre aux gens qu'on pouvait être aussi bien le fils d'une personne dont le nom débutait par Sp.

Acquisition de la qualité de citoyen romain

On peut acquérir la qualité de citoyen romain après la naissance par la naturalisation ou l'affranchissement. On peut perdre également la qualité de citoyen romain, mais normalement on est citoyen dès sa sa naissance et jusqu'à sa mort. Il faut donc se préoccuper de savoir qui devient par la naissance citoyen romain.

La naissance

Ceci ne présente aucune difficulté si le père et la mère ont la qualité de citoyens, aussi bien au moment de la conception de l'enfant qu'au moment de l'accouchement. Mais dans les autres cas les solutions peuvent varier. On peut supposer tout d'abord, chose assez rare, que les parents tout en étant de situation juridique différente ont contracté le mariage romain. C'est là chose rare, puisque habituellement le mariage romain n'est permis qu'entre citoyens. Dans ce cas exceptionnel où l'on a permis un mariage romain entre citoyen et étranger au droit de cité, l'enfant suit la condition du père au moment de la conception.

Au contraire, si les deux époux ne sont pas mariés selon la loi romaine, l'enfant suit anciennement la condition de la mère au moment de l'accouchement, car, en dehors du mariage romain, c'est toujours la

Source : BIU Cujas

condition juridique de la mère que l'on envisage.

Mais aux derniers siècles de la République il y a une sorte de sentiment de réaction, d'hostilité vis-à-vis de l'admission par la naissance d'un citoyen romain dont le père est latin ou pérégrin. Et c'est pourquoi, au début du Ier siècle av. J.C. une loi vint refuser la qualité de citoyen à l'enfant issu d'un pérégrin ou d'un latin, quand bien même sa mère serait citoyenne.

Un peu plus tard, un sénatus-consulte édicté sous Hadrien atténua la portée de la loi et reconnut à nouveau la qualité de citoyen à l'enfant né d'une citoyenne et d'un Latin, tandis que temporairement les enfants nés d'un citoyen et d'un pérégrin continuaient à être pérégrins.

Contestations sur le droit de cité

Quant aux contestations relatives au droit de cité, elles sont réglementées, en vertu de lois du dernier siècle de la République par un jury et on punit l'individu qui a usurpé la qualité de citoyen romain.

§. 2 - Les Latins

Communauté de race avec une partie des Romains. Situation privilégiée des Latins

Les Latins sont par excellence et originairement les habitants du Latium, ceux qui appartenaient à la même communauté qu'une partie tout au moins des Romains que l'élément romain de la ville de Rome, puisque la cité romaine est constituée de Latins, de Sabins et d'Etrusques. Par conséquent les Latins sont bien dans une communauté de race avec les Romains, mais avec une partie seulement des citoyens romains.

Ces Latins ont toujours eu une situation privilégiée . A un certain moment, en effet, Rome n'a été qu'une ville latine comme les autres, faisant partie comme les autres villes du Latium de la Ligue latine. Par la suite, quand Rom eut substitué à l'égalité son hégémonie, on garda toujours le souvenir de cette communauté primitive entre Latins et Romains et l'on conserva toujours une situation privilégiée aux habitants des villes du Latium.

Les colonies latines

Mais Rome devait ensuite installer des colonies latines dans toute l'Italie. Pour surveiller les régions soumises, Rome en effet fonde dans les différentes régions d'Italie des colonies qui gardent les routes, qui sont des centres militaires. Bien souvent, au lieu d'y envoyer des Romains, car cela diminuerait trop la population de Rome, on y envoie des Latins. C'est ainsi que les Romains fondent des colonies latines qui

Source : BIU Cujas

bénéficient d'un statut privilégié.

Concession de la qualité de Latins

Enfin, pour ne pas trop gaspiller le droit de cité romain, il arrive que Rome confère à certaines populations soumises la qualité de Latins. C'est ainsi que la loi Pompeia en l'an 89 av. J.C. éleva au rang de Latins les pérégrins de la Gaule transpadane, c'est-à-dire des régions situées au-delà du Pô, car l'Italie du Nord était alors peuplée de Gaulois, était une partie de la Gaule; la région située au-delà du Pô, transpadane, c'est la Gaule.

Plus tard, au Ier siècle, ap. J.C., un édit de Vespasien devait également conférer le droit de cité latine aux habitants de l'Espagne. Si bien qu'il arrivera un moment où la seule région de l'Empire romain où il n'y aura plus de Latins, ce sera le Latium.

1 - Condition juridique des Latins

Il faut distinguer: les "Latini veteres", et les "Latini colonarii", les Latins vieux et les Latins coloniaires.

I) Latini veteres.

"Latini veteres" est pratiquement intraduisible en français. Ce sont les Latins de vieille souche, les Latins de race, Les Latins primitifs. Ce sont les Latins qui vivaient dans les villes de Latium ou dont les ancêtres avaient fondé les colonies latines antérieures à l'année 268 av. J.C. On est par la naissance "Latini veteres" lorsque l'on est issu de parents nés dans le Latium ou dans les colonies fondées avant l'année 268 av. J.C.

Ces "Latini veteres" primitivement avaient la même situation juridique que les Romains. On ne faisait pas de différence. Par la suite ils continuent à bénéficier d'un statut juridique spécial.

Droits civiques et politiques du Latin dans sa Cité

Tout d'abord il ne faut pas oublier qu'ils font partie d'une ville latine ou d'une colonie latine, où ils exercent des droits analogues à ceux que le citoyen romain exerce à Rome. Ceci ne présente plus grande importance quand Rome étend sa domination uniforme sur tout le monde méditerranéen, lorsque ce qui compte, c'est d'être citoyen romain; mais au début, quand Rome n'avait pas encore un tel prestige, c'était quelque chose d'être citoyen d'une ville latine, d'y exercer les droits civiques, les droits politiques.

Droits privés des Latini veteres à Rome

De plus, lorsque ce Latin de race vient à Rome, il y est traité beaucoup mieux que les étrangers, que les pérégrins. On l'accueille avec bienveillance, on lui permettra généralement d'épouser s'il le désire une citoyenne romaine; on reconnait généralement aux "Latini veteres" le "conubium". On l'autorise, d'autre

Source : BIU Cujas

part, à faire des échanges commerciaux, il a le "commercium". On lui permet même, semble-t-il, de plaider devant les tribunaux romains. Les auteurs modernes admettent généralement que les "Latini veteres" avaient droit d'utiliser les actions de la loi. On lui permet de bénéficier des dispositions testamentaires des citoyens ou de faire un testament au profit d'un citoyen.

Ainsi donc, au point de vue du droit privé, les Latini veteres sont, semble-t-il, traités généralement comme les citoyens.

Droits politiques des Latini veteres à Rome, Jus suffragii mais non jus honorum ni le droit de servir dans les Légions romaines.

Mais il n'en est pas de même au point de vue du droit public, et cela se comprend, puisque les Latins étaient des citoyens de villes latines, pourquoi auraient-ils eu tous les droits politiques à Rome même ? Cependant on les traite encore avec bienveillance puisqu'on leur reconnaît le droit de vote quand ils se trouvent à Rome le jour du vote. Généralement, c'est un Latin qui est venu au marché; il avait une vache à vendre sur le marché romain, et c'était justement le jour où l'on tenait les comices par tribus. Il dit: nous allons en profiter, nous allons voter. Et au temps de Cicéron on tirait encore au sort les tribus où les Latins de passage exerceraient leur droit de vote.

Par contre, l'éligibilité leur est strictement interdite. Un Latin ne peut pas être magistrat romain, et chose plus curieuse, peut-être indice de méfiance, crainte de trahison, les Latins n'ont pas accès aux légions romaines. C'est là un principe qui s'est maintenu bien qu'il semble être peu justifié si l'on se place aux derniers siècles de la République romaine.

2) Latini coloniarii

A côté des "Latini veteres", nous rencontrons à partir de l'année 268 avant J.C. de nouveaux Latins, les Latins coloniaires. On les appelle ainsi parce qu'ils appartiennent aux nouvelles colonies latines fondées à partir de cette date. Rome trouve que le statut des Latins était vraiment trop privilégié, qu'on ne peut pas continuer ainsi. Ces Latins coloniaires, ces Latins appartenant aux nouvelles colonies latines seront dans une situation quelque peu inférieure. Remarquons d'ailleurs que ce sont les seuls qui survivront à la fin de la République ou sous l'Empire, du jour où le Latium tout entier aura été incorporé dans la cité romaine.

Jus suffragii des Latins coloniaires; exclusion du jus conubii"

Ces Latins coloniaires possèdent cependant encore le droit de vote, quand ils viennent à Rome, Mais ce qui les différencie, c'est qu'ils n'ont pas le "conubium", sans que l'on puisse préciser pourquoi. Il semble donc que ce que l'on veut éviter, c'est le

Source : BIU Cujas

mélange entre citoyens romains et Latins coloniaires Ils ne peuvent pas contracter le mariage romain, épouser des habitants doués de la qualité de citoyen romain.

2 - Acquisition du droit de cité par les Latins

L'acquisition de la cité pour les Latini veteres par la fixation de leur domicile à Rome.

Les Latins peuvent facilement acquérir le droit de cité. Anciennement, en vertu des usages de la Ligue latine, il suffisait à un Latin de transporter définitivement son domicile à Rome pour acquérir de plein droit la qualité de citoyen romain. Comme Latins et Romains étaient sur un pied d'égalité, le Latin pouvait ainsi se transformer en Romain, en citoyen romain, en venant s'installer à Rome.

Mais au début du IIe siècle avant J.C., à une époque où Rome jouit du plus grand prestige, il semble que tous les Latins cherchent à quitter leurs cités d'origine pour venir à Rome. Aussi, en vue d'éviter la dépopulation des villes latines, exigea-t-on que le Latin laisse au moins un enfant mâle dans sa ville d'origine. Ainsi donc, il ne peut devenir citoyen en s'installant à Rome qu'à condition de laisser un de ses enfants pour le remplacer et continuer la race dans sa ville d'origine.

Puis, au début du Ier siècle, Rome refuse définitivement aux Latins cette faculté d'acquérir le droit de cité en venant vivre à Rome, et c'est là une des multiples causes de la fameuse guerre sociale qui mit aux prises Rome et certains de ses alliés avec de nombreuses villes d'Italie. Ce fut une guerre effroyable, puisque les Italiens étaient aussi bien armés et connaissaient la technique militaire romaine, Finalement, les Romains sentirent qu'il était nécessaire d'abandonner l'opposition qu'ils faisaient aux Latins.

Concession à la fin du Ier siècle du droit de cité à tous les Latins d'Italie, puis aux habitants de la Gaule transpadane.

A la suite de cette guerre, des lois de l'an 90 et de l'an 89 av. J.C. ont accordé le droit de cité romaine à tous les Latins d'Italie. Par conséquent, à partir des années 90-89 avant J.C. il n'y aura plus que des Latins coloniaires.

Quelques années plus tard, une nouvelle région devait bénéficier de l'acquisition du droit de cité. Il s'agit de la Gaule transpadane. Nous avons vu que les Gaulois vivant au-delà du Pô avaient déjà acquis la qualité de Latins. En l'année 49 avant J.C. on les élève à la dignité de citoyens romains.

Acquisition de la cité par un latin coloniaire.

Pour les Latins coloniaires, l'acquisition du droit de cité est attachée à l'exercice de certaines fonctions dans la colonie latine. Rome veut s'adjoindre comme citoyens les personnes qui ont la situation la plus élevée dans la colonie. Certaines de ces colonies

Source : BIU Cujas "Les Cours de Droit" Y Répétitions Écrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction interdite

latines jouissent de ce que l'on appelle le "majus Latium", le droit de latinité supérieur. Dans les colonies ceux qui exercent des magistratures ou qui sont décurions, c'est-à-dire qui font partie du sénat municipal, deviennent par là même des citoyens romains. Au contraire, dans les cités qui ne bénéficient que du "minus Latium", de moindre droit de latinité, seuls les magistrats municipaux deviennent de plein droit citoyens, tandis que les membres du sénat municipal ne le sont pas.

Mais il y a également d'autres moyens pour un Latin coloniaire de devenir un citoyen. C'est, par exemple, - ce qui n'arrivera pas tous les jours - de faire condamner comme concussionnaire un magistrat romain. Comme c'est très périlleux d'engager un procès pour concussion contre un haut magistrat romain, on attache comme prix à celui qui a obtenu la condamnation l'acquisition du droit de cité.

Peut-être également, comme pour les affranchis latins juniens, peut-on devenir citoyen soit en construisant un navire, soit en servant pendant un certain temps dans le corps des vigiles de Rome, ce qui correspond dans une certaine mesure aux sapeurs-pompiers contemporains.

Disparition des Latins

Il est douteux par contre que la constitution de Caracalla de l'an 212 ait accordé le droit de cité à tous les Latins. On ne peut se prononcer avec certitude, puisque cette constitution ne prononce pas le mot "Latins"; et d'autre part, on trouve encore un peu plus tard des Latins dans une constitution de l'Empereur Gordien du milieu du III° siècle. En tout cas, à l'époque de Justinien, il y a longtemps qu'il n'y a plus de Latins dans l'Empire romain; tous sont devenus citoyens romains par naturalisation individuelle ou collective.

§ 3 - Les Pérégrins

Evolution du sens et de la notion d'hostis, peregrinus.

Dans les versions latines que l'on fait au lycée, on traduit habituellement "hostis" par ennemi; mais ce n'est pas là le sens originaire du mot. Le mot "hostis" a précédé le mot "peregrinus" pour désigner les étrangers, ceux qui n'étaient ni citoyens, ni Latins. Et même anciennement il semble que l'"hostis", puis le "peregrinus" était un étranger qui pouvait venir à Rome sans risquer d'être fait prisonnier et réduit en esclavage. C'étaient donc des personnes participant à des collectivités unies à Rome par certains

Source : BIU Cujas

liens, par certains intérêts.

Mais par la suite, le sens de ces expressions, la conception même du pérégrin, allait complètement changer du fait que les armées romaines ont conquis tout le bassin de la Méditerranée et même bien au-delà, le nord de la Gaule par exemple, et sont même allées dans le sud de la Grande-Bretagne. Désormais il n'est plus question de peuples qui soient unis par traités avec les Romains sans faire partie de l'Empire romain, et par suite les pérégrins sont les habitants libres de l'Empire romain qui ne bénéficient pas de la condition juridique de citoyen ou de Latins.

Les deux grandes catégories de pérégrins.

La condition juridique des pérégrins est très variable; de même que dans l'Empire français contemporain, dans les colonies françaises, la situation des habitants varie suivant des conditions locales, suivant les lois qui leur ont été appliquées, suivant leurs coutumes traditionnelles.

Cependant, il est légitime de faire une distinction fondamentale dans l'Empire romain entre deux grandes catégories de pérégrins, les pérégrins ordinaires et les pérégrins déditices.

I°.- Les pérégrins ordinaires.

I - Peregrini certae civitatis - application entre eux du droit de leur cité

C'est là une expression, il faut le reconnaitre, assez médiocre pour éviter d'employer une expression latine trop longue. Ce sont les pérégrins qui sont dans une situation normale, qui correspond à la règle générale, ce sont les "peregrini certae civitatis", les pérégrins appartenant à une cité pérégrine déterminée. Ceci tient à ce que, dans le monde gréco-romain, on connait l'organisation municipale; l'organisation type, c'est l'organisation de la cité; la situation normale, c'est la situation de citoyen d'une cité déterminée.

Par opposition, dans certaines régions de l'Empire dont la civilisation sera moins avancée, il n'y aura pas d'organisation municipale.

Ainsi donc, les "peregrini certae civitatis" sont des pérégrins qui appartiennent à une communauté pérégrine bien précise, qui ont une cité dans laquelle ils bénéficieront de certains droits. Ces pérégrins vivront sous l'empire des lois de leur cité.

Par conséquent, pour bien comprendre la vie juridique habituelle de ces pérégrins, il ne faut pas se placer sur le terrain proprement dit du droit romain, il faut aller les voir vivre chez eux, d'après leurs coutumes. Ils vivent selon leur droit national, ils peuvent librement utiliser toutes les opérations

Source : BIU Cujas

juridiques prévues par leur droit national et parfois même ils peuvent y mener une certaine activité politique limitée, participer à la vie municipale de leur cité.

On a remarqué depuis longtemps que certaines cités de Grèce, par exemple, avaient un droit beaucoup plus évolué que le droit romain contemporain, que Rome avait parfois emprunté, ou tout au moins utilisé, certaines règles juridiques qui avaient été employées depuis des siècles dans certaines cités grecques ou certaines cités de l'Orient.

Mais, par contre, dans les rapports avec les Romains, ces pérégrins, en principe, ne pouvaient pas utiliser le droit civil romain puisque, par définition même, le "jus civile" est le droit qui est réservé aux citoyens et par voie d'analogie aux Latins. Pour qu'un pérégrin puisse avoir le "commercium", il faut qu'il lui ait été expressément concédé par les Romains, et, en règle générale, un pérégrin ne pourra jamais contracter le mariage romain avec une citoyenne romaine.

Application entre eux et les Romains du jus gentium dans le domaine des contrats et des biens.

Par contre, les nécessités de la vie commerciale et industrielle ont amené, au cours des derniers siècles de la République et de l'Empire, l'élaboration d'un droit nouveau essentiellement commercial qui est le "jus gentium", le droit commun à tous les peuples civilisés, mais en même temps le droit applicable dans tout l'empire romain, qui peut être utilisé par tous les habitants libres des bords de la Méditerranée.

Ce "jus gentium" a été appliqué à Rome par le préteur pérégrin, et puisque le préteur pérégrin a été créé en l'an 242 av. J.C. (512 ab. U.C.) on peut voir dans sa création l'indice que les débuts du "jus gentium" peuvent être reportés vers le milieu du IIIme siècle avant J.C. Mais c'est au dernièr siècle de la République que ce droit progresse rapidement, que le nombre des institutions qui y sont incorporées se multiplient. Comme il s'agit de la vie des affaires, c'est surtout en Seconde Année, à propos des obligations, qu'il sera question des institutions qui s'y rattachent, en particulier les contrats consensuels, et avant tout la vente, puisque la vente est au point de vue juridique l'instrument principal des échanges. Mais déjà au Cours de Première année, nous étudierons, parmi les modes d'acquisition de la propriété, la "tradition", qui est un mode d'aliénation du "jus gentium".

Au contraire, le "jus gentium" est particulièrement pauvre en ce qui concerne le droit des personnes et ceci s'explique par le fait qu'on ne se marie qu'

Source : BIU Cujas

exceptionnellement entre personnes de cités différentes, et que les Romains ne désirent pas favoriser de telles unions. C'est seulement sous l'Empire que les jurisconsultes parleront timidement d'un mariage du droit des gens, mais ce ne sera pas pour eux un mariage "justum", légal, légitime, ce sera un mariage "injustum", ce qu'il ne faut pas traduire par injuste, mais un mariage qui n'a pas de conséquences juridiques importantes.

Enfin, il ne faut pas oublier qu'à un moment donné, sous l'empire des idées philosophiques, les jurisconsultes ont considéré qu'il y avait certaines règles de vie qui devaient s'imposer à tous les habitants de l'Empire, quelle que soit leur race, quelle que soit leur cité.

C'est ainsi que certains jurisconsultes estiment que la monogamie est d'ordre public dans l'empire romain; ou bien encore qu'on ne doit pas épouser sa soeur; ou bien, et ceci depuis les constitutions d'Antonin le Pieux, que même un pérégrin n'a pas la faculté de tuer ou de maltraiter son esclave. Ce sont là des règles qui vont s'imposer désormais à tous les habitants de l'Empire.

Acquisition par les peregrini certae civitatis de la qualité de citoyens romains.

Comment ces pérégrins ordinaires, comment ces pérégrins qui appartiennent à une cité pérégrine, vont-ils pouvoir devenir citoyens romains?

Tout d'abord ils peuvent le devenir en vertu d'une disposition légale pré-établie. C'est encore le cas du pérégrin; qui a fait condamner un magistrat concussionnaire. On sait en effet combien les gouverneurs de province s'y connaissaient, en compagnie des publicains, des fermiers de l'impôt, pour exploiter dans les derniers siècles de la République les provinces conquises. Ils s'enrichissaient au détriment des provinciaux. Et c'est pourquoi certaines lois prenaient des mesures pour faire rendre gorge à ces exploiteurs des provinces, et comme on savait que les pérégrins avaient peur de protester, on leur permettait, s'ils triomphaient dans les poursuites, de devenir citoyens. Mais cela était très rare, puisqu'en général les juridictions romaines, et en particulier le Sénat romain, se montraient indulgentes pour les magistrats concussionnaires, les sénateurs ayant eux mêmes bien souvent exploité les provinces.

Les naturalisations individuelles. La civitas sine suffragio

On procédait également à des naturalisations, soit individuelles, soit collectives. La naturalisation est l'oeuvre en principe du pouvoir législatif, ce n'est pas comme de nos jours la mission du pouvoir exécutif; c'est théoriquement le peuple qui devait se prononcer dans les comices. Mais en fait le peuple

Source : BIU Cujas

n'a pas le temps de se préoccuper de ces questions, ou plus exactement, il ne s'en soucie guère. C'est pourquoi il délègue sa mission à des commissaires ou à un général vainqueur. Sous l'Empire ce sera d'une manière permanente l'empereur qui recevra la mission de procéder aux naturalisations.

Dans certains cas, d'ailleurs, la naturalisation n'est pas complète. De nos jours, après avoir admis la naturalisation complète des étrangers, on revient à l'idée que l'on pourrait leur accorder certains droits sans leur accorder immédiatement la plénitude des droits du citoyen. C'était déjà ce qui avait lieu parfois à Rome. Sous la République, on accordait aux habitants de certaines villes les droits privés sans les droits politiques, la "civitas sine suffragio", le droit de cité sans le droit de vote.

La concession du conubium aux soldats pérégrins à leur libération.

Sous l'Empire, chose assez curieuse, c'est par le sentiment que l'on essaie de prendre les soldats pérégrins et quand ils se retirent de l'armée, on ne leur donne pas toujours la plénitude des droits privés ou des droits politiques, mais la consécration de leur mariage, soit qu'ils vivent déjà avec une pérégrine, soit qu'ils veuillent épouser une citoyenne romaine; on leur accorde par un diplôme militaire la reconnaissance officielle de leur union; on proclame que le soldat pérégrin mis ainsi en congé et qui se retire de l'armée sera légitimement marié avec son épouse, selon la loi romaine. C'est une petite satisfaction sentimentale qu'on lui donne, en même temps qu'on lui donne aux yeux de la loi romaine l'autorité sur ses enfants.

Les naturalisation collectives.

Mais ce qui est plus important, ce sont les cas de naturalisation collective d'un groupe de pérégrins, des habitants de toute une cité ou même de toute une région de l'Empire.

Les lois de l'an 90 et 89 av. J.C. avaient accordé le droit de cité romaine non seulement aux Latins, mais aux pérégrins d'Italie, puisqu'auparavant il y avait en Italie non seulement des cités latines, mais d s cités pérégrines. Marius, le fameux vainqueur des Cimbres, en l'an IOI, avait naturalisé un certain nombre de ses soldats pour les récompenser de leur bonne conduite à la guerre.

Auguste et son successeur Tibère ne favorisèrent pas les naturalisations collectives, mais sous leurs successeurs, les naturalisations se font à une allure accélérée.

Tout d'abord les empereurs manifestent de la bienveillance pour les gens d'Occident, et en particulier pour les Gaulois; tel l'empereur Claude. Puis,

Source : BIU Cujas

par la suite, leur faveur s'exerce également à l'égard de certaines cités d'Orient, et plus particulièrement des cités grecques de l'empire.

La naturalisation en vue du service militaire.

La naturalisation complète sous l'Empire a lieu souvent en faveur de militaires. Il y a certains militaires qui non seulement reçoivent le conubium à leur sortie de l'armée, mais le droit de cité complet, et surtout, chose plus étrange au premier abord, il y a des pérégrins que l'on naturalise avant de les faire entrer dans l'armée. Ceci tient à ce que les légions étaient réservées aux citoyens romains, et que les habitants d'Italie, sous le Haut-Empire, ne manifestaient plus le moindre goût pour le service militaire. Au lieu de déclarer simplement que désormais on admettra les pérégrins dans les légions, on procéda d'une autre manière, on décida que puisqu'il faut être citoyen pour entrer dans les légions, on naturaliserait d'avance les pérégrins que l'on voudra faire entrer dans l'armée des légionnaires. Ainsi donc, comme les légions ne sont accessibles qu'aux citoyens, on transforme les pérégrins en citoyens pour les faire entrer dans les légions.

La politique d'assimilation à partir du IIme siècle. L'édit de Caracalla de 212. Portée et but de la constitution.

Enfin, à partir de la fin du Ier siècle, et au cours du IIme siècle après J.C. on constate qu'il y a une véritable politique impériale d'unification de l'Empire romain, qu'il y a une volonté systématique chez les empereurs d'assimiler aux habitants de l'Italie tous les habitants les plus civilisés, les plus cultivés de l'empire romain. Les empereurs sentent le danger d'un Empire où seule une minorité, d'ailleurs en décadence, exerce tous les droits, possède tous les droits: ils estiment que c'est renforcer la puissance de l'Empire que d'adjoindre aux citoyens romains anciens l'élite des provinces.

L'empereur qui a pris la mesure la plus célèbre en vue de cette unification politique et morale de l'Empire est l'empereur Antonin Caracalla, et la constitution qu'il a édictée date de l'année 212 ap. J.C. On admet souvent, mais nous verrons que cela est fort contestable, qu'il a naturalisé en bloc tous les pérégrins, et même tous les habitants libres de l'Empire romain. On suppose que d'un trait de plume il a ainsi élevé à la dignité de citoyen romain des millions d'individus. En tout cas, ce qui est certain, le seul point qui nous intéresse pour l'instant, c'est que sa constitution s'applique incontestablement à tous les pérégrins qui jouissaient d'une organisation municipale, à tous les pérégrins qui avaient déjà le droit de cité, dans une cité pérégrine.

Si on est si mal renseigné, c'était parce qu'on

Source : BIU Cujas

manquait de textes, et depuis la découverte au XXme siècle, d'un papyrus en grec reproduisant la constitution de Caracalla, c'est parce que le papyrus est en partie effacé et qu'il y a une lacune au beau milieu de la phrase essentielle du document.

L'empereur Caracalla justifia sa mesure en déclaraht qu'il veut remercier les dieux de la grande victoire qu'il a remportée. Les historiens modernes, curieux, ont cherché quelle était cette victoire et se sont aperçus avec quelque dégoût qu'il s'agissai de l'assassinat par Caracalla de son frère Géta. On a dit également que le fameux jurisconsulte Papinien avait été tué sur les ordres de l'empereur parce qu'il n'avait pas voulu faire le panégyrique de ce brillant fait d'armes. Caracalla d'ailleurs ajoute qu'il veut remercier les dieux en témoignant de son amour pour l'humanité!

Mais un auteur de la même époque, Dion Cassius insinue que c'est également un motif d'ordre fiscal qui a poussé l'empereur, que s'il a généralisé ainsi la qualité de citoyen romain, c'est pour étendre aux pérégrins l'impôt sur les successions du vingtième, par conséquent de 5 %, qui n'était payé que par les citoyens romaine. A première vue il aurait été plus simple d'étendre l'impôt aux pérégrins, mais nous avons vu déjà que pour les Romains ce n'est pas si simple que cela; ils naturalisaient les pérégrins pour les faire entrer dans les Légions, ils peuvent très bien les avoir naturalisés pour leur faire payer l'impôt du vingtième sur les successions.

Persistance des coutumes provinciales.

A partir de l'année 212 après J.C. tous les pérégrins attachés à une cité pérégrine vont pouvoir librement "utiliser" le droit romain, ce qui ne veut pas dire "bénéficier" des droits politiques des citoyen romains, puisque à cette époque le citoyen romain a perdu ses droits politiques, ne vote plus, n'élit plus de magistrats. Cependant il ne faut pas négliger le droit provincial, même après cette date, car il serait incroyable que des millions d'êtres humains, du jour au lendemain, aient volontairement abandonné toutes leurs coutumes nationales pour vivre désormais sous l'empire d'un droit spécifiquement romain. Il est certain que, même après la constitution de Caracalla, on a continué comme par le passé dans les provinces à utiliser des règles nationales, des règles qui n'étaient pas romaines, et ceci explique pourquoi Justinien dans ses compilations, a tenu compte, à côté du droit romain proprement dit, des usages qui avaient survécu dans les provinces et plus particulièrement dans les provinces d'Orient.

Source : BIU Cujas

2- Les pérégrins déditices.

Origines des pérégrins déditices.

Les pérégrins déditices sont les pérégrins qui n'appartiennent à aucune cité pérégrine déterminée. C'est là une question qui a beaucoup embarrassé les historiens qui s'occupent de nos jours d'histoire romaine. Mais il semble que l'étude des textes de droit explique ce que l'histoire pure ne peut pas éclairer.

Sous la République romaine, la notion de pérégrins deditices se rattache à l'idée de "deditio", la "deditio" est la reddition. Quand Rome avait vaincu un peuple de l'Italie ou des bords de la Méditerranée, aussi bien qu'une cité gauloise, Rome exigeait de la part du vaincu un abandon complet; hommes, femmes, enfants, bestiaux, richesses de toute nature, devaient être abandonnés à la discrétion du peuple romain. Mais on savait d'avance habituellement que le peuple romain vainqueur restituerait bénévolement aux vaincus ce qu'ils avaient ainsi plus ou moins volontairement abandonné, et qu'il fixerait la situation juridique du peuple soumis par un statut local par ce que l'on appelle une "lex data"; c'était un statut imposé par Rome et généralement par les commissaires du Sénat et le général vainqueur au peuple soumis.

Mais il y avait des peuples , des cités qui n'avaient jamais rien voulu savoir pour se rendre,qui avaient lutté jusqu'à l'épuisement complet de leurs ressources. Les armées romaines alors étaient furieuses, elles réduisaient en esclavage une partie de la population, elles s'emparaient d'une partie des biens pour ne pas les rendre. Ces peuples ainsi vaincus au lieu de recevoir un statut local à la suite de leur reddition, se trouvaient dénués de toute condition juridique officielle vis-à-vis du peuple romain . Ils ne conservaient donc officiellement aucun droit national, aucune situation juridique reconnue par Rome. C'étaient au moment de leur reddition des "dediti" des gens qui s'étaient rendus,qui avaient fait abandon de tout, qui étaient par conséquent d'une manière permanente à la discrétion de Rome. Cet état se stabilisant, tout en s'améliorant en fait, ces gens portaient le nom de "peregrini deditícii", des pérégrins déditices, de gens qui se trouvaient dans une situation juridique réglée par le fait que leurs ancêtres avaient fait une reddition.

Transformation de cette notion au début de l'Empire du

Si l'on se place au début du Haut Empire, on voit que la notion de pérégrins déditices s'est quelque peu modifiée, du fait que les anciens pérégrins déditices

fait de la conquête de pays ne connaissant pas le régime des cités.

ont vu leur sort s'améliorer peu à peu à la suite d'un long séjour paisible dans l'Empire romain, tandis que d'autre part Rome a soumis de vastes régions beaucoup moins civilisées que les cités d'Italie et de Grèce, ou même de Gaule, de vastes régions qui étaient soumises auparavant à l'autorité absolue d'un despote, dont les habitants ne connaissaient pas l'organisation municipale, dont les habitants ne jouissaient d'aucun droit précis reconnu dans le royaume en question, puis que tous courbaient le front sous le joug du maître, du despote oriental. Aussi, pour ces habitants qui tombaient ainsi sous la domination romaine sans avoir jamais bénéficié de l'organisation en cité, des droits de citoyen, il ne pouvait être question pour les Romains de leur reconnaître immédiatement un statut juridique suffisamment privilégié, on les laissait dans une large mesure dans leur situation inférieure.

L'Egypte.

C'était, semble-t-il, le cas de l'Egypte, où seul les Grecs vivaient en cités, tandis qu'au contraire, les Egyptiens étaient depuis longtemps soumis à l'autorité d'un maître absolu, d'abord le Pharaon, puis les Ptolémées, avec la conquête grecque, la conquête d'Alexandre, puis enfin l'empereur , puisque l'empereur romain est en Egypte le successeur direct des Pharaons et des Ptolémées. L'Egypte n'a jamais été soumise à l'organisation normale des provinces; l'empereur s'y est attribué de plein droit toute l'autorité des maîtres précédents. Aussi en Egypte seules les cités grecques étaient peuplées de pérégrins jouissant des droits de citoyens dans leurs villes, tandis qu'au contraire les Egyptiens étaient des pérégrins déditices, des pérégrins ne bénéficiant pas officiellement d'un statut juridique particulier.

La situation des Juifs dans l'Empire.

De même sous l'Empire nous trouvons parmi les pérégrins déditices les Juifs de Jérusalem. En effet les Juifs n'avaient jamais pu s'habituer à la domination romaine et se révoltèrent contre Rome au temps de l'empereur Titus. Après un siège resté fameux, Titus s'empara de Jérusalem, il détruisit l'organisation de la cité et réduisit les Juifs de Jérusalem et des villes révoltées au rang de pérégrins déditices.

Cependant il ne faudrait pas dire que tous les Juifs de l'Empire romain étaient déditices, comme on l'a dit parfois. Il s'agit seulement des Juifs des villes qui s'étaient révoltées contre les Romains, et il y a dans l'Empire au contraire des Israélites dont la situation juridique est bien préférable.

Les condamnés à l'interdiction de l'eau et du

Enfin, sous le Haut-Empire, il y a des individus qui ont bénéficié à un moment donné de la qualité de citoyens romains, et qui ont commis un crime qui les

Source : BIU Cujas

feu ou à la déportation.

a fait punir de la perte du droit de cité. Ceci apparaît sous Tibère avec la peine de l'interdiction de l'eau et du feu. L'interdiction de l'eau et du feu, qui primitivement aboutissait à un exil, va désormais être une cause de la perte du droit de cité, plus tard il en sera de même de la condamnation à la déportation.

Participation des déditices au jus gentium; mais privation au moins théoriquement de tout droit national.

Quelle est la condition juridique des pérégrins déditices ? Les pérégrins déditices vivent en principe sous le "jus gentium", ils ont la faculté d'utiliser les institutions du droit des gens puisque le droit des gens s'applique à tous les habitants libres de l'Empire, par conséquent ils peuvent faire des opérations commerciales d'une manière assez large, puisqu'en fait le "jus gentium" est suffisant pour sanctionner la vie des affaires.

Au contraire, théoriquement, tout au moins, ils n'ont pas de droit local, de droit national, pour régler leur vie entre eux, pour régler leur vie de famille. En fait il ne semble pas possible pratiquement qu'il y ait eu des régions entières de l'Empire qui n'aient pas pu utiliser de règles relatives au droit de famille, au droit des personnes. Et il semble, mais sous toute réserve, que la solution de la difficulté c'est que pour les pérégrins déditices les gouverneurs de province prenaient des mesures applicables à ces pérégrins. Théoriquement donc ils ne pouvaient pas invoquer un droit national, mais en fait ils pouvaient utiliser des règles juridiques conformes à leurs coutumes traditionnelles, dans la mesure où ces règles avaient été autorisées par l'autorité romaine et leur emploi permis par l'édit des gouverneurs de province.

Les jurisconsultes romains, qui se placent d'ailleurs surtout au point de vue des condamnés, des citoyens romains privés du droit de cité à titre de peine, qui incontestablement donc n'ont pas de coutumes nationales à invoquer, ont été frappés de certaines incapacités qui empêchaient les pérégrins déditices de faire certains actes, et surtout du fait que ces pérégrins déditices, s'ils pouvaient disposer de leurs biens entre vifs, ne pouvaient pas en disposer pour cause de mort; puisqu'il n'y a aucun droit de famille applicable à ces condamnés, ils ne peuvent léguer leurs biens à leurs descendants, à leur femme ou à leurs enfants; d'autre part ils ne peuvent pas faire de testament. C'est à ce propos qu'Ulpien a bien montré que les pérégrins déditices étaient les pérégrins qui n'appartenaient pas à une "certa civitas", à une cité déterminée.

Source : BIU Cujas

Il nous explique que le pérégrin déditice ne peut plus faire son testament selon la loi romaine, puisqu'il n'est plus citoyen romain, et que d'autre part il ne pourra pas disposer de ses biens selon les règles testamentaires de sa cité d'origine, puisqu'il n'appartient à aucune cité, par conséquent il n'y a rien à faire, il ne peut pas disposer de ses biens pour cause de mort.

Il existait un mariage du droit des gens, mais comme nous l'avons dit, il ne produisait pas d'effets juridiques vis-à-vis du père, qui en particulier n'avait aucune autorité sur les enfants issus d'une telle union.

Comment les pérégrins déditices vont-ils acquérir le droit de cité ? Ce n'est pas là une petite affaire, et même si l'on s'en tient à certains textes juridiques, il semblerait qu'il était impossible pour un pérégrin déditice de devenir citoyen romain. En effet, Gaius nous déclare qu'aucune loi, qu'aucune constitution impériale n'a jamais prévu la naturalisation d'un pérégrin déditice.

L'Edit de Caracalla et les pérégrins déditices.

Certains auteurs, il est vrai, supposent que l'édit de Caracalla de l'an 2I2 a naturalisé en bloc tous les pérégrins de l'Empire, sous prétexte que les auteurs littéraires ne font allusion à aucune exception. Mais ceci est bien difficile à croire puisque dans des constitutions impériales ou dans des inscriptions postérieures il est encore question de pérégrins, on les aurait tous naturalisés et il y en aurait encore ! Ceci est bien étrange . Pourquoi y aurait-il des pérégrins dans les inscriptions si tous les pérégrins étaient devenus des citoyens romains ?

D'autre part, le fameux papyrus dont nous parlions tout à l'heure semble renfermer une exception, puisque le texte grec de la phrase où l'on déclare que l'on concède le droit de cité à tous les étrangers de l'Empire renferme l'exception " χωρὶς τῶν δεδειτικίων" ce qui signifie à l'exception des déditices. Mais plusieurs historiens italiens n'ont pas voulu l'admettre. Ils ont prétendu que cette exception ne se rapportait pas à la possession du droit de cité, mais au statut municipal dont il était question au milieu de la phrase, que c'était une réserve concernant le statut municipal des pérégrins déditices. Si ces auteurs connaissaient mieux leur droit romain, ils n'auraient peut-être pas fait cette remarque, puisque les pérégrins déditices n'avaient pas de statut municipal, d'organisation municipale ; par conséquent le papyrus ne pouvait pas en parler. Aussi semble-t-il préférable de s'en tenir à l'interprétation qui avait été d'ailleurs déjà donnée en I9I2 par les premiers

Source : BIU Cujas

commentateurs du texte, et d'admettre que les pérégrins déditices avaient été formellement exclus du bénéfice de la naturalisation.

Du point de vue fiscal, d'ailleurs, cela s'explique puisque les pérégrins déditices sont en général des gens très pauvres , des paysans presque sans fortune et il n'y avait aucun intérêt à leur appliquer l'impôt sur les successions des citoyens romains, un impôt successoral sur des gens qui ne possèdent presque rien ne rapporterait qu'une somme infime.

Procédé indirect pour faire acquérir la qualité de citoyen romain à un déditice.

Mais nous savons, grâce à une lettre écrite par Pline le Jeune à l'Empereur Trajan, qu'il y avait des moyens de s'arranger, que l'on pouvait tourner l'absence totale de naturalisation des pérégrins déditices Pline le Jeune dans cette lettre explique à l'empereur Trajan la situation. Il raconte qu'il a appris de gens plus qualifiés que lui, qui connaissent mieux les subtilités du droit que lui, qu'il suffisait de faire passer le pérégrins déditice par un stade intermédiaire, par une étape, en le faisant au préalable naturaliser dans une cité. Il suffisait de transformer le pérégrin déditice en pérégrin d'une cité déterminée pour qu'alors la prohibition de naturalisation comme citoyen romain ne s'applique plus à lui. On ne pouvait pas passer directement du stade inférieur au stade supérieur, mais on pouvait y arriver en faisant un petit séjour au stade intermédiaire.

Si Pline le Jeune s'est ainsi renseigné, c'est parce qu'il avait le désir d'obtenir de l'empereur la naturalisation d'un affranchi, de son médecin. Il y a des gens qui rémunèrent largement leur médecin qui les a bien soignés; lui , avait trouvé le moyen de le gratifier aux frais de l'Etat en le faisant naturaliser citoyen romain. Mais il s'était heurté tout d'abord à ce qui lui semblait une impossibilité absolue, car ce médecin avait été affranchi par une Egyptienne, et les Egyptiens étaient des pérégrins déditices. Il avait cru d'abord que c'était impossible. Mais on lui avait dit : vous n'avez qu'à faire inscrire votre médecin sur les listes des citoyens de la ville grecque d'Alexandrie. Il suffisait donc de faire cette double transformation. Notre pérégrin déditice devient alors citoyen grec d'Alexandrie, puis, comme il est citoyen grec d'Alexandrie, on pourra en faire un citoyen romain.

Disparition progressive et à peu près complète des déditices à

Les empereurs, au cours des siècles, allaient peu à peu diminuer le domaine d'application de la condition de pérégrin déditice organisant progressivement l'Empire romain suivant le modèle gréco-latin. Quand de nouvelles régions de l'Empire sont dotées de la vie

Source : BIU Cujas

l'époque de Justinien.

municipale, les habitants vivant désormais en cités, deviennent des citoyens romains, et c'est ce qui explique pourquoi, dans le droit de Justinien les pérégrins déditices n'existent plus, l'empereur nous déclare que la condition juridique de pérégrin déditice est tombée en désuétude.

Cependant, il ne faut pas prendre au pied de la lettre cette affirmation de Justinien, car même dans le droit de Justinien il y a encore des personnes qui ne jouissent pas du droit de cité. Il y a tout d'abord les condamnés à titre de peine, car même dans le droit de Justinien il y a certaines condamnations qui entraînent la privation du droit de cité.

Il y a d'autre part des individus dont la situation juridique est encore analogue à celle des pérégrins déditices de l'époque précédente, à savoir les barbares, les peuplades germaniques par exemple qui ont été soumises aux Romains, et d'autre part des colons. Nous avons vu que la situation des colons s'était progressivement affaiblie au cours du Bas-Empire et que par conséquent leur situation ressemblait singulièrement à celle des pérégrins déditices.

Chapitre II

LES AFFRANCHIS

Les trois classes d'affranchis.

Aux trois classes d'ingénus correspondent dans l'Empire romain trois classes d'affranchis, et chacune de ces classes se trouve dans une situation juridique légèrement inférieure par rapport à la classe d'ingénus correspondante. Ce sont les affranchis citoyens romains, les affranchis latins juniens, et les affranchis déditices. Tandis que primitivement, la situation d'affranchi était héréditaire, par la suite, ses effets principaux se limitent à celui qui est affranchi. Vis-à-vis de son patron, l'affranchi est généralement appelé "libertus" tandis qu'au contraire dans ses rapports avec les autres citoyens romains il est appelé "libertinus".

Source : BIU Cujas

§ I - Les affranchis citoyens romains.

Infériorité de la situation d'affranchi citoyen romain.

Quand un citoyen romain a affranchi un esclave, en observant les conditions de forme et de fond requises, l'esclave devient un affranchi citoyen romain.

Ces affranchis, tout en étant citoyens romains, sont dans une situation inférieure par rapport aux citoyens ingénus, et ceci se manifeste en droit public, en droit privé et dans leurs relations avec leur patron.

A- En droit public, pas de jus honorum;

A- Tout d'abord, en droit public, l'affranchi a le "jus suffragii". Il a le droit de vote, mais il est toujours inscrit dans les cadres des tribus urbaines, et par conséquent son vote compte moins que celui des citoyens propriétaires fonciers, qui sont inscrits dans les nombreuses tribus rustiques. D'ailleurs, sous le règne d'Auguste, on constate la disparition du nom de la tribu dans le nom de l'affranchi, ce qui implique qu'il a cessé d'exercer le droit de vote.

D'autre part, une loi Visellia, de l'an 24 ap. J.C., a privé l'affranchi des droits qu'il avait d'exercer une magistrature municipale. Il n'avait d'ailleurs jamais pu exercer une magistrature romaine proprement dite.

B- Droit privé: commercium, restriction au jus conubii,

B- En droit privé, les affranchis ont sans difficulté le "commercium", le droit de participer aux actes juridiques romains. Mais pendant la République ils ne pouvaient pas contracter mariage avec les ingénus. Auguste y substitua la prohibition du mariage entre affranchis et membres de l'ordre sénatorial, et enfin Justinien abrogea définitivement cette incapacité matrimoniale.

C-Dépendance de l'affranchi à l'égard de son patron.

C- Mais c'est surtout vis-à-vis de son ancien maître et de la famille de celui-ci que se manifeste la situation dépendante et inférieure de l'affranchi. Dans l'ancien droit romain, il semble même que la situation de l'affranchi à certains points de vue, vis-à-vis de son ancien maître, n'était pas essentiellement différente de celle d'un esclave. Le maître par l'affranchissement devenait le patron, "patronus", de l'affranchi, et le patronat constituait une véritable puissance à l'égard de cet affranchi.

Ceci s'explique par le fait que dans l'ancien droit romain la solidarité familiale était étroite et le groupe familial constitue en même temps un groupe politique, un groupe économique. L'affranchi restait

Source : BIU Cujas

dépendant au point de vue politique et économique de son ancien maître. Il continuait à participer aux mêmes travaux agricoles, à vivre non loin de lui, et c'est pourquoi il était légitime qu'il reste sous son étroite dépendance comme les personnes libres de la famille.

Le patron d'ailleurs avait de son côté certaines obligations vis-à-vis de son affranchi. Il ne devait pas le maltraiter sans motif et il devait lui fournir des aliments en cas de nécessité.

La transformation de la situation de l'affranchi et sa règlementation à partir de la fin de la République.

Au contraire, au dernier siècle de la République, par suite des transformations économiques et sociales, l'affranchi va pouvoir désormais mener une vie autonome, vivre sa vie, loin de son patron et de la famille de celui-ci, aller s'installer dans une autre cité de l'Empire.

Le droit devait tenir compte de ce changement, mais en même temps prendre garde que l'affranchi ne se rende pas trop indépendant et continue à observer ses obligations envers son ancien maître. C'est pourquoi, tandis que la condition de l'affranchi et le patronat étaient restés pendant longtemps réglés par des traditions religieuses ou des coutumes familiales, il sera indispensable à la fin de la République et sous l'Empire que cette question soit réglementée par l'autorité publique, par le magistrat et par l'empereur.

Les obligations de l'affranchi.

Nous étudierons tout d'abord les obligations, les principaux droits du patronat et réciproquement les principales obligations de l'affranchi sont rangés habituellement sous les trois rubriques suivantes : l'"obsequium", les "operae" et les "bona". "Obsequium", le respect; "operae", les services; et enfin "bona" les biens, les droits successoraux.

I- Obsequium restrictions au droit d'agir en justice contre le patron.

I) Tout d'abord, l'affranchi doit l'"obsequium" à son patron. Il lui doit en effet la vie juridique de la même manière que le fils de famille lui devait la vie naturelle, et par suite tout deux doivent témoigner du respect, faire preuve de sentiments respectueux à l'égard du chef de famille.

Ceci se manifeste par le fait qu'un affranchi ne doit pas à la légère agir en justice contre son patron; il doit demander l'autorisation du magistrat. Il ne peut pas intenter contre son patron une action infamante, un affranchi ne doit pas risquer de couvrir d'infamie son patron. Il ne peut pas le faire condamner au delà de ses ressources, ce qui signifie que le patron peut bien devoir payer ce qu'il doit à son affranchi, mais ne peut pas, s'il n'en a pas les moyens, être soumis à la contrainte par corps. On ne conçoit

Source : BIU Cujas

pas un affranchi emmenant son patron insolvable dans sa prison privée.

De même si le patron est privé de ressources, il pourra réclamer des aliments, un logement de son affranchi.

Sanction de ce devoir par le magistrat.

L'observation de ces devoirs de l'affranchi à l'égard de son patron est assurée par le magistrat qui, le cas échéant, prononcera des peines pécuniaires ou corporelles contre cet affranchi malhonnête, qui même, sous l'Empire, dans des cas particulièrement graves, admettra la révocation de l'affranchissement pour cause d'ingratitude.

Parfois même, on admet de la part du patron l'exercice vis-à-vis de son affranchi d'un léger droit de correction.

2- Operae officiales et operae fabriles dues par l'affranchi.

2) L'affranchi doit également fournir certains services à son patron. Il y a des présents d'usage, mais il y a surtout les "operae" les services réguliers. Parmi ces services, Justinien distingue les bons offices, les "operae officiales", et les services professionnels, les "operae fabriles".

Les bons offices, ce sont tous les menus soins qu'un affranchi a pour son patron. Ce sont des services domestiques qu'on ne peut guère apprécier en argent, qu'on ne peut exiger par une action en justice, ce sont des témoignages de reconnaissance. L'affranchi vient prendre le matin des nouvelles de la santé de son patron, il viendra servir à table, lorsqu'il y aura un grand dîner.

Le contrôle du magistrat sur l'exemption de l'étendue des operae fabriles.

Au contraire, les "operae fabriles", ce sont les services professionnels. C'est l'exercice par l'affranchi de son métier au profit de son patron pendant un certain nombre de journées par an. Le patron, au lieu de recourir à des artisans libres, bénéficiera ainsi gratuitement des journées de travail qui lui seront fournies par ses anciens esclaves.

Ici, au contraire, il s'agit de services présentant une valeur pécuniaire, dont le patron peut exiger l'accomplissement en justice.

Mais le magistrat avait dû intervenir pour contrôler ces "operae fabriles", pour empêcher les abus de part et d'autre. Il y avait en effet des obligations incompatibles avec la véritable liberté. Supposons par exemple que le patron, pour affranchir un esclave, ait exigé de lui 340 jours de travail par an, il est bien évident que ce n'aurait pas été un véritable affranchissement, que le contrôle permanent du patron aurait pesé sur l'affranchi qui n'aurait pas pu travailler pratiquement pour son compte personnel et gagner sa vie librement.

Source : BIU Cujas

De même, réciproquement, il y avait des affranchis récalcitrants, qui, tant qu'ils étaient encore esclaves, pour obtenir la liberté avaient promis tout ce qu'on voulait, mais qui une fois affranchis refusaient de renouveler leur promesses. Ici encore le magistrat intervenait pour les contraindre à tenir leurs engagements.

3- Bona, droit de succession du patron.

3- Enfin, il y a les "bona", c'est-à-dire des droits successoraux. Le patron a certains droits reconnus par la loi ou par le préteur dans la succession de son affranchi. Il ne peut être question de les étudier ici en détail, puisqu'il faut d'abord connaître les principes généraux des successions, et c'est pourquoi nous reportons la question à la théorie générale des successions.

Le droit impérial, à la suite du préteur, a réglementé l'acquisition, la transmission, l'extinction des droits du patronat.

Transmission des droits du patron à ces héritiers légitimes.

Les droits de patronat s'acquièrent, cela va de soi, au profit du maître par l'affranchissement de l'esclave. Mais ces droits se transmettent après la mort du patron à ses héritiers légitime : "A ses héritiers légitimes", car les droits de patronat ne se transmettent pas nécessairement de la même manière que le reste de la succession, mais exclusivement aux membres de la famille du patron. Si le patron a disposé de ses biens par testament au profit de personnes étrangères à la famille, ses descendants ou ses agnats n'en recueilleront pas moins les droits de patronat.

Les droits de patronat s'éteignent d'une manière plus ou moins complète soit à la mort du patron, soit en cas d'indignité du patron, soit enfin, s'il s'agit d'une personne du sexe féminin, lors de son mariage, car il y a certains droits du patronat qui sont incompatibles avec les droits du mari, et on veut éviter des conflits juridiques entre les droits du patron et les droits du mari dans le mariage.

La question préjudicielle sur la qualité d'ingénu ou d'affranchi.

Il peut être indispensable de faire trancher en justice la question de savoir si une personne libre est ingénue ou affranchie. C'est ce que l'on appelle une question préjudicielle, c'est-à-dire une question destinée à régler d'avance d'autres questions. En effet, pour pouvoir exercer les divers droits de patronat, il faut être patron, par conséquent il faut au préalable, en cas de contestation, faire trancher en justice la question de savoir si la personne vis-à-vis de laquelle on veut les exercer est bien votre affranchie.

De plus, la loi Visellia punit de peines criminelles l'affranchi qui voudrait se faire passer pour un ingénu.

Source : BIU Cujas

Apparition sous l'Empire de procédés relevant l'affranchi des infériorités de sa situation. Le jus aureorum annulorum et la restitutio natalium.

Ces diverses infériorités de la condition juridique d'affranchi ne sont pas nécessairement viagères, tout au moins sous l'Empire. Sous la République, en effet, l'affranchi restait soumis à sa condition nécessairement toute sa vie, et même il est vraisemblable qu'à l'origine la condition d'affranchi se transmettait sinon à travers les générations, du moins à ses descendants immédiats.

Au contraire, sous L'Empire, les empereurs ont admis dans certains cas que l'on pourrait relever par une disposition impériale un affranchi déterminé de son infériorité, de sa condition.

La première mesure qui a été prise, c'est la concession du droit de porter l'anneau d'or, qui au point de vue des droits politiques assimilait l'affranchi à un ingénu. Ce droit de porter l'anneau d'or ne portait en aucune manière atteinte , au contraire, au droit de patronat.

Puis, au cours du II° siècle après J.C., les empereurs ont été plus loin. Ils ont libéré l'affranchi de son origine servile en lui concédant ce que l'on appelle la "restitutio natalium"; bien qu'il soit d'origine servile, on lui restitue fictivement, après coup, par décision de l'empereur, une naissance ingénue. On sait qu'il était esclave, mais on le traite juridiquement à tous points de vue comme s'il était né ingénu.

Une telle mesure efface tous les droits du patronat et c'est pourquoi on exige l'assentiment du patron. L'Empereur ne peut prononcer la restitutio natalium qu'après avoir pris l'avis du patron.

Réformes de Justinien; leur caractère contradictoire.

Quant à Justinien, il a complètement déformé les institutions antérieures. Il a décidé que désormais au point de vue du droit général les affranchis seraient assimilés aux ingénus, que tous auraient le droit de porter l'anneau d'or, que tous auraient le bénéfice de la "restitutio natalium". Mais en même temps il déclarait qu'il maintenait intacts les droit du patronat. C'est le type de la réforme contradictoire, puisque Justinien accorde à tous les affranchis la restitutio natalium, tout en privant ce bénéfice de son intérêt essentiel, qui était l'extinction des droits de patronat.

Ainsi donc, dans le droit de Justinien, ne sont maintenues que des infériorités de la condition d'affranchi à l'égard du patron et de la famille du patron.

Source : BIU Cujas

§2 - Les affranchis latin juniens.

Origines des latins Juniens Leur situation juridique; ils vivent libres mais meurent esclaves.

Quand un Latin affranchissait un esclave, celui-ci devenait bien un affranchi latin mais ce n'est pas ce que l'on vise lorsqu'on parle des affranchis latins juniens. Il s'agit d'affranchis qui ont été libérés de la servitude. Les affranchis latins-juniens sont les affranchis qui ont été prévus par la loi Junia et la loi Aelia Sentia, lois qui ont refusé à certains affranchis la condition de citoyen romain.

Les Latins-juniens ressemblent à beaucoup de points de vue aux Latins coloniaires, mais à la différence des Latins coloniaires, ils sont dans une situation juridique extrêmement défavorable à leur mort, et c'est pourquoi on a l'habitude de dire que les Latin juniens "vivent libres mais meurent esclaves".

Jus commercii, mais non jus conubii.

Durant leur existence, les Latins juniens sont assimilables aux Latins coloniaires. En effet, ils ne peuvent contracter le mariage romain, mais ils bénéficient du "commercium", ils peuvent utiliser la partie du droit romain réservée aux citoyens pour les actes juridiques, pour les opérations juridiques.

Puis, bien qu'ils ne puissent employer que le mariage du droit des gens, s'ils épousent une citoyenne romaine, l'enfant né de l'union dès la fin du Ier siècle ap. J.C. devient citoyen romain.

Situation des latins juniens au point de vue successoral.

En ce qui concerne le droit successoral, ils se trouvent dans une situation tout à fait spéciale; ils ont théoriquement la capacité d'être institués héritiers dans un testament, sans avoir la possibilité effective de recueillir les dispositions testamentaires dont on les a gratifiés. On peut valablement les gratifier, mais en principe ils ne peuvent pas recueillir ces dispositions, à moins toutefois, - et c'est là le but de la disposition - qu'ils n'aient réussi à se faire naturaliser citoyens dans un certain délai après la mort du testateur.

D'autre part, à leur décès, les Latins juniens sont traités comme des esclaves. Les descendants du Latin junien ne peuvent recueillir les biens qu'il avait pu acquérir au cours de sa vie. Il ne peut pas faire de testament, et parce que la succession du Latin junien est assimilée au pécule de l'esclave, elle fait retour de plein droit à son ancien maître.

La situation du Latin junien n'est donc peut-être pas extrêmement gênante pour lui-même, mais l'est en

Source : BIU Cujas

tout cas pour ses descendants, qui ne recueilleront pas sa succession.

Tendance de la législation à pousser les Latins juniens à la naturalisation.

Toute cette condition juridique du Latin junien semble avoir été élaborée volontairement par la loi de manière à pousser ces Latins juniens à rendre à l'Etat romain des services qui lui permettraient de les faire accéder au droit de cité. Tandis qu'on fait tout pour empêcher les pérégrins déditices de devenir des citoyens romains, on essaie de suggérer aux Latins juniens en les maintenant provisoirement dans une situation inférieure, de travailler pour l'Etat romain d'une manière ou d'une autre et de gagner le grade de citoyen romain.

Tout d'abord, à une époque où la crise de la dénatalité se fait sentir, le Latin junien , au premier siècle ap. J.C. va pouvoir gagner la qualité de citoyen romain en ayant un enfant. Il déclare qu'il se marie pour avoir des enfants; il en a effectivement, et lorsque l'enfant atteint l'âge de un an, il peut demander à être inscrit sur la liste des citoyens romains.

D'autre part, on pousse les Latins juniens à travailler pour l'approvisionnement de la ville de Rome. C'est déjà le souci de l'approvisionnement des grandes villes qui apparaît sous le Haut-Empire, parce que les gens d'Italie, et surtout des environs de Rome, ne travaillent plus beaucoup et qu'on est obligé de faire venir presque tout le ravitaillement du dehors. Le Latin junien deviendra citoyen romain s'il a ouvert à Rome une boulangerie qui fabrique suffisamment de pain, s'il a construit un navire suffisamment vaste pour le ravitaillement de la capitale, ou encore s'il a servi trois ou six ans (six ans, puis 3 ans), dans le corps des Vigiles , le corps des sapeurs-pompiers romains.

Enfin, l'Empereur peut, de son côté, naturaliser à titre personnel un Latin junien.

Ainsi il suffit de faire preuve d'une activité quelconque pour que le Latin junien devienne affranchi citoyen.

Attribution de la qualité de citoyen à tous les Latins juniens par Justinien.

Justinien n'a pas conservé cette classe d'affranchis et par une constitution de l'année 53I il a élevé tous les affranchis latins juniens à la qualité de citoyens romains. Par conséquent , à partir de l'année 53I ap. J.C. il n'y a plus de Latins juniens, tous ceux qui auparavant le seraient devenus deviennent désormais des affranchis citoyens.

Source : BIU Cujas

§ 3 - Les affranchis deditices.

Origine des affranchis déditices.

Les affranchis déditices comprennent non seulement les affranchis dont les maîtres étaient des pérégrins déditices, tel ce médecin affranchi par une Egyptienne, dont nous avons parlé, mais également, et c'est surtout d'eux que parle Gaius, les esclaves qui s'étaient révélés indignes par leur conduite, d'être citoyens romains après leur affranchissement, esclaves qui avaient participé aux jeux du cirque, esclaves torturés, esclaves marqués du fer rouge, etc....

C'est en vertu de la loi Aelia Sentia de l'an 4 ap. J.C. que ces affranchis avaient été placés légalement dans la condition juridique des pérégrins déditices.

Infériorité de leur situation. Application du jus gentium.

En fait leur situation était même pire que celle des provinciaux pérégrins déditices, puisqu'ils ne pouvaient en aucune manière bénéficier de dispositions spéciales de l'édit des gouverneurs et vivaient exclusivement sous l'empire du "jus gentium". Il n'y avait donc pas de mariage produisant d'effet juridique véritable à l'égard du père. Il n'y avait pas pour le père sur les enfants nés de l'union, de puissance paternelle. Il n'y avait pas non plus de possibilité de disposer de ses biens pour après sa mort, de faire de testament ou de laisser sa succession à ses descendants.

Interdiction de séjour dont ils sont frappés.

Ces affranchis pérégrins déditices étaient même frappés de ce que l'on peut appeler, d'une expression moderne, l'interdiction de séjour. C'étaient des interdits de séjour; ils ne pouvaient résider à Rome ou dans un rayon de 100 milles autour de Rome. Depuis quelques années, on se plaint d'infraction aux arrêtés d'expulsion ou à l'interdiction de séjour parce que les peines sont insuffisamment sévères. Si on se reporte tout naturellement au droit romain, on constate que l'infraction à l'interdiction de séjour de la part des affranchis déditices était punie avec la plus extrême sévérité. L'affranchi déditice trouvé à Rome ou aux environs de Rome était réduit à nouveau en esclavage; il était vendu publiquement aux enchères pour le compte de l'Etat, à condition que son nouveau maître ne l'affranchisse jamais et ne lui permette jamais de revenir aux environs de Rome. Ainsi donc violation de l'interdiction de séjour équivalait à perte définitive de la liberté et sans pouvoir espérer jamais revenir à Rome ou aux environs.

Source : BIU Cujas

A leur décès, les affranchis déditices ne pouvaient laisser aucuns biens à leurs descendants ; tous leurs biens faisaient nécessairement retour à leur patron.

Il faut remarquer qu'il n'y a pas d'effet juridique de l'union de l'affranchi déditice à l'égard du père et que par suite c'est toujours la condition juridique de la mère qui est suivie en cas d'union d'affranchis déditices. La condition de déditices de la mère se transmet donc à ses enfants.

Suppression de la classe des affranchis déditices par Justinien.

Ici encore le droit de Justinien a fait disparaître une condition juridique. Justinien a supprimé la classe des affranchis déditices, et décidé que désormais tous les affranchis seraient, comme ils l'étaient d'ailleurs déjà sous la République, des affranchis citoyens romains.

Source : BIU Cujas

TITRE III

L'ORGANISATION JURIDIQUE DE LA FAMILLE ROMAINE.

Chapitre I.

NOTIONS GENERALES SUR LA FAMILLE ET SUR LA PARENTE.

Il est relativement aisé de donner une définition vague de la famille, en disant que c'est un groupe de personnes unies par les liens de parenté.

Mais ceci ne nous apprend rien de précis sur la famille telle qu'on l'envisage à une époque déterminée ou dans un pays déterminé, puisque le groupe familial est plus ou moins vaste suivant les civilisations et suivant les époques, puisque la parenté elle-même est une notion essentiellement variable.

On songe immédiatement à la parenté par le sang, mais ce n'est pas la seule forme de parenté connue. Il y a la parenté fictive, fondée sur la fiction qu'une personne est de la même famille, alors qu'en réalité elle n'est pas parente par le sang, et il y a des formes de parenté où l'on exclut une partie des parents par le sang, des descendants.

Evolution de la famille romaine. La famille patriarcale.

En droit romain, la famille a profondément évolué au cours des siècles. Dans l'ancien droit romain, on se trouve en présence de ce que l'on appelle la famille patriarcale, c'est-à-dire la famille où ce qui compte au point de vue juridique, c'est l'homme, c'est le chef de famille, c'est la parenté par les mâles qui est essentielle, et le groupe familial est composé de tous ceux qui sont soumis à l'autorité d'une même personne du sexe masculin. La famille est par conséquent fondée avant tout sur une idée

Source : BIU Cujas

d'autorité, de puissance paternelle.

Les différents sens du mot familia.

Mais il faut bien remarquer que le mot "familia" est en droit romain un mot à sens multiples. Il ne faut pas mêler toutes les significations du mot, bien qu'elles aient entre elles certaines analogies.

Le mot "familia" désigne toujours un groupe, un ensemble de personnes ou de biens, mais ce groupe est essentiellement variable suivant les cas.

Le jurisconsulte Ulpien - mais cela nous porte déjà au début du IIIe siècle ap. J.C. nous explique les différentes significations principales du mot "familia". Le mot "familia" peut être pris dans le droit patrimonial pour désigner l'ensemble des biens d'une personne, le patrimoine. Nous l'avons vu utilisé en matière d'esclavage pour désigner un groupe d'esclaves, "familia urbana", "familia rustica".

Patrimoine. Groupe d'esclaves.

Personnes soumises à une même puissance.

Mais au sens propre du mot, c'est, nous dit Ulpien, l'ensemble des personnes qui sont soumises à la puissance d'un seul. Et Ulpien fait remarquer que toutes ces personnes ne sont pas nécessairement les descendants par le sang d'un chef de famille. A côté des enfants issus du mariage, il y en a qui sont entrés dans la famille par l'union avec un fils de famille, et il y en a même qui y sont entrés d'une manière purement artificielle par l'adoption. Tous les droits anciens connaissent, à côté de la parenté par le sang, la parenté fictive, les liens de fraternité ou de descendance fictive résultant de l'adoption.

La famille agnatique. Importance juridique de l'agnatio.

A côté de cette famille proprement dite, la famille type de l'époque historique romaine, on considère au sens large comme une famille l'ensemble des agnats, l'ensemble des parents par les mâles qui peuvent établir leurs liens de filiation entre eux. La famille au sens étroit, c'est la communauté familiale présente et effective, l'ensemble des agnats c'est la communauté familiale passée ou virtuelle.

Ce peut être la communauté familiale passée, si à un moment donné toutes ces personnes ont été effectivement soumises à l'autorité d'un même ascendant, un grand-père commun, un arrière grand-père commun. Mais cette communauté familiale s'est dissoute par la mort de l'ascendant mâle commun, ils ont été sous la même puissance, ils ont cessé de l'être par suite de la mort de l'arrière grand-père ou du grand-père.

Ce peut être également une communauté virtuelle, une communauté familiale qui ne s'est jamais réalisée parce que le grand-père ou l'arrière grand-père est mort trop tôt, et alors on dira que tous ces agnats auraient été soumis à la même puissance paternelle si

Source : BIU Cujas

le grand père ou l'arrière grand-père avait vécu.

La gens, le nom et le culte gentilices.

Enfin, il y a parfois l'emploi du mot "familia" pour désigner la gens, tout au moins à l'époque d'Ulpien. Il est douteux d'ailleurs que le mot "familia" ait primitivement désigné la gens, comme le disent certains auteurs, il semble plutôt que ce soit un emploi du mot 'familia" qui soit relativement tardif.

La gens n'est plus un groupe de personnes qui peuvent établir entre elles leur filiation par les mâles. La gens repose plutôt sur une croyance commune que sur une vérité commune. Ce sont tous les gens qui croient, qui supposent traditionnellement descendre d'un ancêtre commun qui est très lointain. Mais cette croyance se trouve dans une certaine mesure corroborée par deux indices qui, eux, sont très nets : la communauté de nom et la communauté de culte.

Si la gens garde une certaine activité, une certaine vie, c'est parce que tous les gens de la même gens peuvent montrer qu'ils portent le même nom gentilice et qu'ils rendent le culte à un même ancêtre plus ou moins légendaire.

La cognatio, son absence d'effets juridiques sauf quant au mariage.

Il ne faudrait cependant pas croire que l'ancien droit romain n'a jamais tenu compte , n'a jamais connu primitivement que l'agnation, que la parenté par les mâles. Il existe en réalité de tout temps une autre forme de parenté, la cognation, et ce que l'on veut dire lorsque l'on insiste sur l'agnation, c'est que seule l'agnation compte dans l'organisation juridique de la famille, seule l'agnation fait naître l'autorité du chef de famille, fait naître des droits de succession et de tutelle.

Au contraire, l'autre forme de parenté, la cognation bien qu'ayant existé dès une époque très ancienne, n'engendre pendant longtemps en règle générale, que des devoirs moraux. On est parent, on le sait , on se conduit en parents les uns vis-à-vis des autres, sans que cela produise des conséquences juridiques précises, sauf cependant - et ceci est important -dans un certain domaine, dans le domaine du mariage. Il ne faut jamais oublier que les Romains ont toujours tenu compte de la parenté par les femmes, de la cognation , en matière de mariage. Par conséquent, on n'a jamais autorisé de proches parents par les femmes à se marier entre eux.

Caractère complexe et en partie artificiel de la cognatio.

Nous avons vu que l'agnation c'était la parenté par les mâles, c'étaient tous ceux qui avaient, soit en vertu du mariage, soit en vertu d'une adoption, un parent mâle commun, arrière grand-père paternel, grand-père paternel, père. Au contraire, il est assez difficile de déterminer exactement ce qu'est la cogna-

Source : BIU Cujas

tion. Il est possible que la cognation ait été primitivement la parenté par les femmes, en ligne féminine, par opposition à la parenté par les mâles. Certains textes pourraient l'indiquer et ce serait en somme assez naturel que l'on ait opposé primitivement la parenté par les hommes et la parenté par les femmes. Les cognats seraient ceux qui sont issus d'une même mère, les enfants par rapport à la mère, au grand-père et à la grand-mère maternelle, etc....

Mais il faut bien reconnaître que telle n'est pas la conception des jurisconsultes classiques et qu'en droit classique la cognation est une notion beaucoup plus complexe et artificielle. C'est pourquoi on est assez surpris de voir parfois les auteurs déclarer encore de nos jours que la cognation est la parenté naturelle. En réalité, il n'y a rien de si naturel que cela dans la cognation des jurisconsultes romains; elle présente encore un caractère artificiel ; il y a des gens qui sont cognats entre eux bien qu'il n'y ait aucun lien du sang, aucune parenté par le sang entre eux.

En réalité, quand on décompose le groupe des cognats, sous l'Empire, on constate avec quelque étonnement qu'il comporte d'une part les parents par les femmes et d'autre part en bloc tous les agnats. On a incorporé en bloc tous les agnats dans les cadres de la cognation. Par conséquent, une personne d'une autre famille, qui a été adoptée, devient la cognate de tous les agnats de la personne qui l'a adoptée; tant qu'elle est agnate elle est cognate, mais du jour où elle aura été renvoyée de la famille, en cessant d'être agnate elle cessera en même temps d'être cognate.

La cognation n'est donc pas une parenté si naturelle qu'on le disait : il y a là quelque chose de purement artificiel, puisqu'on devient artificiellement cognat et on cesse de l'être par un autre acte aussi artificiel.

La cognatio dans la parenté hors mariage.

D'autre part, il faut remarquer que hors mariage les enfants ne sont pas les cognats de leur père. Le père en dehors du mariage est volontairement inconnu. Il n'y a pas de lien de cognation entre les ascendants paternels et les enfants en dehors du mariage. Au contraire, tous les enfants nés d'une même mère, même en dehors des liens du mariage, sont cognats. Du côté de de la mère, la naissance hors mariage comme en mariage légitime donne immédiatement naissance à un lien de cognation, tandis que du côté du père il n'y a que dans le cas de mariage que la naissance donne vis-à-vis du père création d'un lien de cognation.

Ainsi, si nous nous plaçons dans le droit romain

Source : BIU Cujas

classique, nous constatons que l'agnation est la parenté par les mâles, que la cognation est une parenté aussi bien en ligne masculine qu'en ligne faminine, mais qu'elle présente un caractère complexe et artificiel et qu'il n'y a pas de guide vraiment logique qui puisse expliquer en réalité pourquoi on est cognat ou on ne l'est pas.

Evolution de la famille romaine vers une atténuation constante de l'agnatio et la progression de la cognatio .

Toute l'évolution de la famille romaine devait consister à affaiblir peu à peu le lien d'agnation qui se rattache à la conception ancienne de la famille, à la notion de la famille patriarcale, et à renforcer les liens de cognation, à multiplier les effets juridiques attachés à la cognation, en même temps que peu à peu la famille romaine se dissociait que les liens qui unissaient les différents membres de la famille devenaient plus lâches et que chacun dans la famille, femme, enfants acquérait une certaine autonomie, une certaine indépendance.

Chapitre II

EVOLUTION GENERALE DE LA FAMILLE ROMAINE.

Nous estimons qu'avant d'étudier dans le détail , suivant un plan logique, certaines institutions juridiques du droit des personnes, il faut avoir un tableau d'ensemble de l'évolution générale de cette famille.

Dans une Ière section, nous donnerons un tableau d'ensemble de la famille, non pas "primitive", mais patriarcale, de l'ancien droit romain, car, bien qu'on soit tenté de le faire, il ne faut pas confondre famille primitive et famille patriarcale de l'ancien droit romain, car l'ancien droit romain n'est pas primitif à proprement parler. Des gens primitifs, ce sont par exemple certaines peuplades de l'Afrique Centrale qui vivent à demi-nues et qui n'ont même pas la conception du droit, tandis que le Romain de l'époque de la loi des XII Tables, tout en étant encore dans un type de droit archaïque, a déjà des règles juridiques, a déjà des règles de vie bien précises.

Puis, après avoir vu cette unité de régime de la famille patriarcale ancienne fondée sur la puissance

Source : BIU Cujas

paternelle , dans les sections suivantes, nous assisterons progressivement à la dégradation de l'autorité paternelle, ainsi qu'à la dissociation des différents éléments de la famille.

Enfin, nous verrons que dans le droit de Justinien les fondements mêmes de la famille traditionnelle ont été abolis. Justinien a consacré officiellement ces transformations profondes qui s'étaient faites au cours des quelques huit ou neuf siècles précédents. Nous verrons que désormais l'agnation ayant été officiellement abolie, la famille romaine sera exclusivement fondée sur la cognation.

Ière Section.

La famille dans l'ancien droit romain.

La gens, sa dissociation précoce, les vestiges de l'organisation gentilice à l'époque historique.

Nous ne prétendons pas ici remonter à l'origine des temps, ni même aux origines plus ou moins légendaires de Rome, Il est vraisemblable qu'à l'époque très ancienne , le groupe familial essentiel ait été la "gens". Mais à l'époque historique, la "gens" était déjà en pleine décadence,et elle semble s'être dissociée entre les différentes familles qui la composaient primitivement.

La "gens", le clan, ou tribu, suivant les uns, la grande famille suivant les autres, n'a laissé que des traces éparses dans le droit romain de l'époque historique; en particulier survivent jusqu'au début de l'Empire des droits de tutelle et de succession entre individus qui appartiennent à une même gens, entre "gentiles".

La domus à l'époque des XII Tables, le paterfamilias et les alieni juris.

Au contraire, si l'on se place à l'époque de la Loi des XII Tables, ce qui est l'élément essentiel de la cité romaine, ce qui est la famille par excellence, c'est le groupe des personnes qui sont placées sous l'autorité du "paterfamilias". La "familia" historique a pour chef le "paterfamilias".

Cette famille est également connue sous le nom de "domus", la maison, parce qu'elle est composée de tous ceux qui vivent sous le même toit, qui vivent ensemble. C'est pourquoi il y a une équivalence entre la "familia"telle qu'on la connaît à l'époque de la Loi des XII Tables , et la "domus", les personnes qui vivent dans la maison.

Dans cette famille il y a un chef, il y a des personnes subordonnées. Seul le chef de famille, "paterfamilias" est ce que l'on appelle "sui juris"; il

Source : BIU Cujas

ne dépend que de son propre droit; il n'est sous la puissance de personne, il est en quelque sorte de sa propre puissance, "suae potestatis".

On l'oppose à toutes les personnes qui sont "alieni juris", qui sont sous le droit, sous la puissance d'autrui. Ces "alieni juris" comprennent d'une part les esclaves et les personnes "in mancipio" que nous avons déjà étudiés, d'autre part les personnes qui sont unies par des liens de parenté au chef de famille. Ces personnes qui sont unies par des liens de parenté au "paterfamilias", à la différence des esclaves, ne sont dans une position dépendante que vis-à-vis du chef de famille. Au contraire, de bonne heure dans la cité, elles ont bénéficié des droits politiques; un fils de famille peut être consul par exemple.

La vieille notion de copropriété familiale et ses vestiges à l'époque historique.

Il est même vraisemblable qu'à l'origine, l'opposition entre le chef de famille et les personnes libres placées sous sa puissance était moins nette que par la suite. Des découvertes récentes ont attiré l'attention des historiens du droit romain sur la notion de communauté familiale, dans le très ancien droit romain, ont montré qu'il y eut vraisemblablement une époque où l'on considérait que tous les membres de la famille étaient dans une certaine mesure coproprétaires du patrimoine familial. Mais par la suite, et dès avant la Loi des XII Tables, à cette notion de copropriété familiale sous la direction du chef de famille, s'était substituée la notion juridique de propriété individuelle du"paterfamilias", qui relèguait dans l'ombre les droits des autres membres de la famille.

Cependant, dans le droit des successions s'est gardé, en s'estompant, ce souvenir de la lointaine communauté familiale, et l'on considère toujours que si les membres de la famille ont des droits de succession particuliers, c'est parce que, dans une certaine mesure, ils sont en quelque sorte les copropriétaires des biens de la famille. Mais cette notion ne produit d'effet qu'à la mort du chef de famille, et pendant toute la durée de sa vie, c'est lui qui a pleine autorité et seul pouvoir de disposer des biens familiaux.

Source : BIU Cujas

§ I - Le "paterfamilias", le chef de famille.

Le paterfamilias et ses caractères.

Le "paterfamilias", nous dit Ulpien, au début du IIIe siècle ap. J.C. est celui qui a la puissance, l'autorité dans la maison. Si l'on analyse les mots, on pourrait dire aussi bien que c'est celui qui dirige la famille, "paterfamilias", chef de famille.

Est "paterfamilias" toute personne libre du sexe masculin qui n'est sous la puissance d'aucun ascendant mâle. Peu importe l'âge de la personne envisagée. Si le grand-père était mort et si le père vient à mourir, le nouveau-né, qui est venu à la vie après la mort même de son père, l'enfant posthume sera en naissant un petit chef de famille. Ce n'est pas la personne dans le plein développement de son intelligence que l'on envisage, c'est la situation juridique.

Ainsi, à la mort du "paterfamilias" il y a un nombre plus ou moins grand de personnes qui acquièrent cette qualité de chef de famille.

Le "paterfamilias", dans l'ancien droit romain, jouissait d'une autorité d'autant plus grande qu'il était à la fois le prêtre de la famille, le chef de l'exploitation agricole et le propriétaire des biens de la famille.

C'est tout d'abord celui qui a la charge du culte des ancêtres et du culte du foyer, ce que l'on appelle le culte privé, les "sacra privata", par opposition aux cultes de l'Etat, aux "sacra publica". C'est donc lui qui fait les sacrifices aux mânes des ancêtres, c'est lui qui témoigne le respect nécessaire au dieu des pénates, du garde-manger, au "lar familiaris" qui vit au foyer.

C'est également lui qui dirige l'exploitation agricole. Nous avons déjà vu qu'à l'époque de la Loi des XII Tables, les Romains sont encore essentiellement un peuple d'agriculteurs et que sur un même domaine vivent les esclaves et les membres libres de la famille qui contribuent à l'élevage des bestiaux et à la culture des champs de la famille.

Enfin c'est lui qui a pleine autorité sur tous les biens et sur toutes les personnes qui dépendent de la " familia". Il n'y a , à cette époque-là, qu'un patrimoine par famille, et ce patrimoine se trouve à la pleine disposition du chef de famille, qui peut librement l'accroître par ses achats, le diminuer par ses ventes ou par ses libéralités.

Source : BIU Cujas

L'autorité absolue du pater-familias sur les membres de la famille et comment elle a été désignée.

Il a pleine autorité sur tous les membres de la famille et l'on s'est demandé comment dans l'ancien droit romain, on qualifiait cette autorité exercée par le chef de famille. Il est fort possible qu'on ne la qualifiait pas, car à cette époque-là le droit est peu développé, les notions techniques et abstraites n'existent pour ainsi dire pas. Par suite il est très vraisemblable qu'il n'y avait pas de terme juridique technique pour désigner primitivement l'autorité du chef de famille. Pour manifester que telle personne ou tel animal était sous sa dépendance, il employait le possessif, de même que de nos jours on dit : c'est mon fils, c'est ma femme, c'est mon chien.

Et ceci n'est pas purement une hypothèse, ceci se manifeste dans la plus ancienne procédure romaine, où la revendication est utilisée aussi bien pour les choses inanimées et pour les bestiaux que pour les membres libres de la famille, pour montrer le droit qu'il a sur tout ce qui constitue sa famille, il déclare :"je dis que cette chose est à moi, en vertu du droit des Quirites"; ou "je dis que c'est mon fils en vertu du droit des Quirites", ou "je dis que c'est ma femme en vertu du droit des Quirites, et que par conséquent j'ai le droit de la revendiquer".

Les différenciations entre les différentes puissances et leur désignation technique .

Mais par la suite, on commença à utiliser quelques termes techniques. Un mot qui apparaît de bonne heure pour désigner l'autorité, la puissance, c'est le mot "potestas". D'autre part on emploie également le mot "manus". Le mot "main" est couramment employé dans l'ancienne terminologie romaine pour indiquer l'autorité, qui a son siège dans la main et qui se manifeste par une prise de main, par le fait que l'on met la main sur la personne sur laquelle on a autorité.

Puis au cours des temps, au fur et à mesure que la langue romaine se perfectionne et que les jurisconsultes déterminent les différenciations entre les diverses puissances, on prend l'habitude de désigner plus particulièrement tel ou tel rapport entre une personne et le chef de famille par un mot différent.

C'est ainsi que, pour désigner la puissance sur les esclaves, on emploie indifféremment le mot "potestas" ou le mot "dominium", puisqu'en réalité les esclaves sont considérés non seulement comme des objets de puissance, mais comme des objets de propriété.

Pour désigner la puissance sur la femme mariée, on continue à employer le mot "manus"; on dit que la femme est en la main du mari.

Pour qualifier l'autorité exercée par le chef de famille sur les personnes libres qui lui ont été man-

Source : BIU Cujas

cipées par un autre chef de famille, on emploie le mot "mancipium".

Enfin, pour désigner la puissance proprement dite sur les fils et les filles de famille, on emploie le mot "patria potestas". On précise qu'il s'agit de la puissance paternelle.

Nous envisagerons ici surtout la "patria potestas" etla "manus", les deux puissances qui portent sur des personnes qui font partie vraiment de la famille du chef de famille au sens moderne du mot "famille".

La patria potestas et la manus, leur caractère durable et absolu.

La "patria potestas" et la "manus" sont toutes deux des puissances présentant un caractère durable. Ce n'est pas comme de nos jours où la puissance paternelle s'évanouit quand l'enfant atteint l'âge de 2I ans. En droit romain, au contraire, normalement celui qui a encore un ascendant mêle est soumis de la même manière à la puissance paternelle, quel que soit son âge. Si un vénérable "paterfamilias" a atteint l'âge de 90 ans, il pourra soumettre à l'autorité la plus absolue ses descendants, même s'ils sont vers l'âge de 65 ans, cela ne présente aucune importance.

Donc il y a une différence fondamentale au point de vue du caractère durable, entre la puissance paternelle moderne et la "patria potestas" romaine.

De même la femme mariée reste normalement sous la puissance de son mari ou du chef de famille du mari jusqu'au décès de l'une ou de l'autre des personnes intéressées.

Ces puissances présentent également un caractère absolu, en ce sens qu'il n'existe pas primitivement de limitation à l'autorité du chef de famille. Il peut librement abandonner ses enfants et s'il ne veut pas assumer la charge des nouveau-nés il peut les faire exposer, c'est-à-dire les faire déposer au coin de la rue, en général sur un tas de fumier. Et ceci n'éteint même pas la puissance paternelle. Si par la suite il retrouve son fils qui a été élevé par une autre personne, il pourra le revendiquer et réclamer son autorité sur lui. Mais cependant on a admis de bonne heure que cette réclamation, cette revendication serait subordonnée au paiement des frais de nourriture qui avaient été faits par cette personne généreuse qui avait recueilli l'enfant .

Le chef de famille peut tirer parti des services des personnes qui sont sous son autorité, non seulement en les faisant travailler pour son compte, mais en en louant les services ou en les vendant. Nous avons vu que le fils de famille vendu et mancipé à un autre chef de famille tombait sous son "mancipium".

Source : BIU Cujas
Reproduction interdite

Si le chef de famille est particulièrement dénué de tout sentiment familial, il n'hésitera même pas à vendre , le cas échéant, ses descendants au-delà du Tibre en Etrurie, et ces enfants ainsi vendus à l'étranger sont définitivement éliminés et tombent en fait en esclavage.

Le jus vitae necisque, le tribunal des proches.

En outre, le "paterfamilias" a le droit de vie et de mort sur tous les membres de sa famille, ce que l'on appelle généralement le "jus vitae necisque", ce que l'on appelle plutôt dans les textes, la "potestas vitae necisque", la puissance de vie et de mort.

Il ne faut cependant pas voir dans le chef de famille un bourreau permanent. Le chef de famille romain est un personnage qui a le sentiment de ses responsabilités et qui ne tuera pas son fils ou sa femme sans raison sérieuse. Avant de prendre une décision grave, il devra consulter ses proches parents, tenir un véritable conseil de famille, où il exposera les faits qu'il reproche à son descendant ou à sa femme. Le chef de famille, il est vrai, reste libre de la décision finale, mais ce n'est pas l'exercice d'un pouvoir féroce, arbitraire, c'est une véritable juridiction domestique. Le chef de famille est le juge des fautes qui ont été commises par les membres de sa famille.

Le consentement du paterfamilias au mariage de ses descendants.

Enfin, le "paterfamilias" a son mot à dire dans le mariage de ses descendants. On a même parfois soutenu qu'il n'y avait que lui qui avait voix au chapitre, que dans l'ancien droit romain, on ne consultait pas les enfants et que c'était le chef de famille seul qui les mariait. Cette manière de voir d'ailleurs a été vivement contestée par certains historiens modernes. Ce qui est certain, c'est que les enfants ne peuvent pas se marier dans l'ancien droit romain sans le consentement de leur chef de famille. Ceci s'explique tout naturellement par le fait que le mariage entraîne de profondes modifications dans la composition de la famille. Si c'est un fils de famille qui se marie "cum manu", sa femme entre dans la famille du "paterfamilias," ainsi que les enfants qui naîtront ultérieurement de l'union, si c'est une fille qui se marie "cum manu", elle cesse d'être sous l'autorité de son chef de famille pour entrer dans la famille de son mari. Il y a donc presque nécessairement une modification dans la composition de la famille et il est indispensable par suite que le "paterfamilias" donne son consentement.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Les personnes sous la puissance du "paterfamilias, les personnes "in potestate".

Personnes composant la famille.

Les personnes qui composent la famille au sens étroit qui sont unies par des liens de parentés au "paterfamilias", sont d'une part les femmes mariées, "cum manu", et d'autre part des descendants.

I) La femme mariée cum manu la materfamilias sa situation en droit et en fait.

La femme mariée "cum manu" avait seul droit primitivement au nom de "materfamilias", la"materfamilias" était primitivement la femme qui, par son mariage, était tombée sous l'autorité de son mari ou du chef de famille du mari. Mais par la suite on généralisa l'emploi de ce mot et on l'employa pour toutes les femmes qui étaient unies légitimement à leurs maris, pour toutes les femmes qui avaient contracté le mariage romain.

La "materfamilias" d'ailleurs , qui au point de vue juridique se trouve dans une situation dépendante, que théoriquement le chef de famille pourrait vendre en fait se trouve très respectée, car les Romains ont la plus grande déférence pour la mère de famille, pour la "materfamilias". On ne la relègue pas comme en Grèce dans le gynécée, elle peut participer aux côtés de son mari à certains actes de la vie publique, et au point de vue social la femme se trouve sur un pied d'égalité avec son mari. Par conséquent, le droit et les faits sont en quelque sorte en opposition. En droit, elle est dans une position subordonnée, en fait, dans la vie sociale, elle est l'égale de son mari.

2) Les descendants, leur situation à la mort du paterfamilias.

Les descendants soumis à l'autorité du "paterfamilias" sont les fils et les filles de famille, le "filius familias", la "filia familias". Fils et filles de famille vont être sous l'autorité du"paterfamilias" tant que celui-ci, en règle générale, ne sera pas décédé. Mais que se passera-t-il si l'autorité est exercée par le grand-père et si le père est mort avant le grand-père ? En ce cas, à la mort du grand-père, le petit fils devient "paterfamilias", puisqu'il n' a plus au-dessus de lui aucun ascendant mâle. Supposons au contraire, au même degré de parenté, un autre petit-fils qui aurait encore son père au décès du grand-père, il ne ferait que changer de puissance, puisqu'à la mort du grand-père il aurait encore son père au-dessus de lui, par la mort du grand-père il passerait sim-

Source : BIU Cujas

plement de l'autorité du "paterfamilias" à l'autorité de son père. On voit donc pourquoi l'on dit que l'on devient "sui juris" du jour où l'on n'a plus aucun ascendant mâle au-dessus de soi.

La situation des fils et filles de famille pendant la vie du paterfamilias: concentration de tous les droits patrimoniaux aux mains de celui-ci.

Tant que vit le chef de famille, dans l'ancien droit romain, les fils et les filles de famille n'ont aucun patrimoine personnel, n'ont aucuns biens à leur disposition, et par voie de conséquence, ils ne jouissent dans la vie juridique d'aucune capacité de contracter en leur nom personnel.

Le pécule profectice du fils de famille.

Cependant, comme pour les esclaves, il peut arriver que le chef de famille ait la bienveillance de donner à sa femme ou à son fils un petit pécule, un pécule profectice, que les auteurs modernes appellent ainsi parce qu'il est concédé par le chef de famille. Ce pécule profectice comprendra par exemple les petits cadeaux que le mari a l'habitude de faire à sa femme, les parures qu'il lui offrira. Pour les fils de famille il comprendra parfois le troupeau que l'on aura confié au fils de famille pasteur, et plus tard ceci se transformera comme pour les esclaves en un petit capital que le fils de famille fera fructifier. Mais en tout cas, ce qu'il faut retenir, c'est que ce pécule profectice n'appartient pas à l'"alieni juris"; il est toujours la propriété du chef de famille qui peut le reprendre à tout moment.

Acquisition du paterfamilias par l'intermédiaire de ses alieni juris.

D'autre part, comme pour les esclaves, on a toujours admis que le fils ou la fille de famille pourrait acquérir des biens pour le compte du chef de famille. Fils et filles de famille sont des instruments d'acquisition pour le "paterfamilias". Lorsqu'une autre personne promet au fils ou à la fille de famille quelque chose, cette chose sera acquise au chef de famille. Celui-ci deviendra créancier de la personne qui a fait la promesse. De même si une autre personne mancipe un cheval ou un boeuf au fils de famille, c'est automatiquement et immédiatement le chef de famille qui devient propriétaire du boeuf ou du cheval.

Inefficacité des obligations contractées par le fils de famille.

Au contraire, le fils ou la fille de famille n'a aucun droit personnel, ne peut même pas aller se plaindre en justice des abus de traitement commis par le "paterfamilias"; et réciproquement ne peut pas être poursuivi en justice pour les engagements pris vis-à-vis d'autres personnes; les engagements conclus par les personnes "alieni juris" sont absolument sans valeur dans l'ancien droit romain.

Les actions morales.

Cependant les mêmes règles ne gouvernent pas la matière des délits. Les "alieni juris", incapables de s'obliger par leurs contrats, sont au contraire tenus des conséquences de leurs actes illicites, et nous a-

Source : BIU Cujas

vons vu que joue alors la théorie des actions noxales, le chef de famille poursuivi en raison des délits commis par sa femme ou par ses enfants, peut payer l'amende qui frappe le délit ou abandonner le coupable au plaignant.

Section II.

La désagrégation de l'ancienne famille romaine.

Importance acquise par la cognatio comme fondement de la famille.

Nous allons étudier dans cette 2ème section les étapes successives de la transformation de la famille patriarcale de l'ancien droit romain en une famille fondée sur des principes entièrement nouveaux, en une famille fondée sur la cognation.

Cette étude est extrêmement délicate, c'est un ensemble de retouches de détail, qui fait qu'elle est extrêmement difficile à retenir dans la mémoire, car on n'a jamais procédé par grandes réformes, par principes généraux nouveaux substitués à des principes traditionnels. C'est une transformation qui s'espace sur six ou sept siècles, qui résulte d'une multitude de réformes variées, et il faut attendre le droit de Justinien, que nous étudierons dans la 3ème section, pour voir officiellement reconnaître les principes nouveaux et renverser définitivement l'ordre traditionnel des choses.

Causes de cette évolution.

Cependant il est possible d'indiquer les grandes lignes de cette évolution, les causes fondamentales.

Le mariage sine manu et la situation de la femme restant dans sa famille et étrangère à celle de son mari et de ses enfants.

La première de ces causes est une cause matrimoniale; c'est le changement qui se produit dans la manière de contracter mariage. C'est le fait que la femme montre une résistance de plus en plus grande à la forme de mariage qui la fait tomber sous l'autorité de son mari. L'autorité maritale a été battue en brèche à Rome bien longtemps avant de l'être de nos jours ! Et il est arrivé un moment où les femmes le plus possible essaient d'échapper à la "manus" et où elles favorisent par leur activité le triomphe du nouveau type de mariage, du mariage "sine manu", dans lequel la femme reste dans sa famille d'origine, reste sous l'autorité de son père ou de son grand-père.

Mais si, au point de vue de la femme mariée, il était légitime de ne pas vouloir tomber sous la puissance absolue de son mari ou du chef de famille du mari, au point de vue de l'organisation juridique

Source : BIU Cujas

de la famille romaine cela présentait de graves inconvénients, car la famille étant traditionnellement fondée sur le principe patriarcal, la femme restant dans sa famille n'entrait pas dans la famille future de ses enfants. La femme restait dans sa famille, les enfants qui naissaient du mariage entraient de plein droit dans la famille de son mari. La conséquence juridique, c'est qu'il n'y avait pas de liens d'agnation entre la mère et ses enfants. Singulière famille que celle qui ne comprenait pas la mère de famille!

De plus, s'il était légitime que la femme ne soit pas soumise à la pleine autorité de son mari, il était contestable qu'il n'y ait pour ainsi dire aucun lien juridique, aucune obligation réciproque entre le mari et la femme. Et cependant ceci s'était maintenu jusqu'à l'époque de Gaius : Gaius, au milieu du II° siècle, nous le dit encore. "Il est évident, déclare-t-il, que les enfants ne font pas partie de la famille de leur mère, puisque par leur naissance, ils entrent dans la famille de leur père", et on ne peut pas, au point de vue des liens d'agnation, faire simultanément partie de deux familles.

Ainsi ce fait capital des progrès incessants du mariage "sine manu" devait entraîner au bout d'un certain temps une décadence , une désagrégation de la famille traditionnelle et entraîner une réforme profonde de l'organisation juridique de la famille, de manière à faire place à la femme mariée "sine manu" dans la famille nouvelle, à permettre que des liens juridiques s'établissent entre tous ceux qui étaient unis par les liens du sang.

2)Influence des idées philosophiques et chrétiennes.

Une seconde cause, qui d'ailleurs fut très lente à produire ses effets, c'est l'adoucissement progressif des moeurs sous l'influence des idées philosophiques et chrétiennes qui s'opposent aux violences excessives , qui entraînent la limitation progressive de l'autorité absolue du chef de famille.

3) Le développement de la vie commerciale et le développement de l'indépendance économique des membres de la famille.

Enfin, à côté des causes sentimentales et morales, il faut faire une large place aux causes économiques, aux transformations sociales. La famille patriarcale correspond à l'unité de la vie économique de la famille, elle se justifie à une époque où tous les membres de la famille vivent ensemble et participent à la même exploitation agricole. Une telle unité de la famille cesse au contraire d'être en harmonie avec les moeurs et avec la vie économique du jour où l'Empire romain s'étend sur toutes les rives de la Méditerranée, du jour où la vie commerciale se développe à côté de la vie agricole.

Du moment où en fait les fils de famille vont

Source : BIU Cujas

mener une vie indépendante de la vie du "paterfamilias" et aller comme les esclaves ouvrir des boutiques dans des villes lointaines, ou se battre contre les barbares loin des yeux du "paterfamilias", sur les frontières de l'Empire, nécessairement une telle transformation, une telle indépendance de fait des membres de la famille devait avoir son contre-coup dans la vie juridique, entraîner au bout d'un certain temps une indépendance juridique relative des membres de la famille.

Ainsi toutes ces causes profondes de trans ormation vont concourir au même résultat : modifier l'organisation juridique de la famille, et d'autre part permettre aux membres subordonnés de la famille d'acquérir une certaine indépendance juridique, et même dans les cas extrêmes d'avoir un petit patrimoine propre dont ils pourront disposer.

§ I - Les derniers siècles de la République.

Les réformes prétoriennes.

Au cours des deux derniers siècles de la République, le mouvement de transformation est encore plus lent, et il se fait sous l'influence du préteur. A la fin du II° siècle et au Ier siècle av. J.C., c'est essentiellement le magistrat romain, qui est l'initiateur des réformes, qui tient compte des situations sociales et économiques nouvelles sans porter atteinte directement au droit civil.

Les actions à transposition de personnes.

En premier lieu, le préteur a accompli pour les fils de famille les mêmes réformes qu'il avait faites pour les esclaves non pas en vue de l'intérêt des "alieni juris", mais en vue de permettre au chef de famille d'utiliser les fils de famille comme les esclaves dans le commerce et dans l'industrie.

Le préteur reconnaît une valeur juridique à l'institution du pécule. Le préteur permet aux tiers qui ont contracté avec un fils de famille, de poursuivre le chef de famille quand celui-ci a donné son consentement exprès ou tacite à l'opération juridique envisagée. C'est le même procédé que pour les esclaves, l'utilisation des actions à transposition de personne. Une simplification, c'est que le fils de famille est une personne libre et que la formule ici ne comporte pas une fiction de liberté.

La bonorum possessio unde cognation.

En second lieu, le préteur commence à attribuer certains effets juridiques, très timidement d'ailleurs, à la cognation qui avait toujours été un empêchement

Source : BIU Cujas

au mariage. Le préteur, au Ier siècle av. J.C. à défaut de parents plus proches, appelle les cognats à la succession du cognat défunt, mais c'est encore bien timide, puisque s'il y a des agnats, les cognats même les plus proches par le sang ne recueilleront rien. C'est ce que l'on appelle la "bonorum possessio unde cognati", la possession de biens fondée sur l'idée qu'on est cognat. En effet, le préteur ne peut pas à proprement parler créer des droits de succession. Quand il veut appeler quelqu'un à recueillir les biens d'une autre personne, il l'envoie en possession des biens de cette personne. Il prononce à son profit l'envoi en possession des biens. C'est pourquoi l'on dit "bonorum possessio unde cognati".

De plus le magistrat veut que les enfants naturels manifestent à l'égard de leur mère une certaine déférence et ne la poursuivent pas en justice sans l'autorisation préalable du préteur.

§ 2 - Les réformes du Haut-Empire.

Les réformes du Sénat et des Empereurs.

Si au cours des derniers siècles de la République les modifications sont très lentes et dues exclusivement au préteur, sous le Haut-Empire au contraire, nous allons avoir à étudier de nombreuses réformes dont certaines sont particulièrement importantes.

Ces réformes sont préparées par l'activité des jurisconsultes et sont réalisées soit par le Sénat, sous forme de senatus-consulte, soit par l'empereur par voie de constitution impériale.

On sait, en effet, que le magistrat romain sous l'empire devient singulièrement timide, n'ose plus accomplir de réformes sans y être poussé par le Sénat ou l'empereur, et que par suite, l'activité véritable réside dans le Sénat et l'empereur, qui sont d'ailleurs guidés par les grands jurisconsultes qui ont vécu sous le Haut-Empire.

I- Disparition des derniers vestiges de la gens.

En premier lieu, nous assitons au cours du Haut-Empire à la disparition des vestiges de cette institution toujours quelque peu mystérieure de la gens. A l'époque de Cicéron la gens était encore une institution bien vivante, puisque Cicéron nous dit que de son temps certaines personnes, qu'il nous cite, avaient bénéficié de droits de succession à la suite de la mort d'un de leurs gentiles, d'une personne faisant partie de la même gens qu'eux. Par conséquent, il y avait encore des droits, des avantages attachés au temps de Cicéron à la qualité de membre d'une gens.

Source : BIU Cujas

Au cours du premier siècle de l'Empire, nous avons une dernière allusion à la gens dans l'inscription funéraire de Turia. Turia était une femme qui avait été très aimée par les siens, et sur sa tombe on avait inscrit toutes ses vertus familiales et quelques renseignements sur sa famille. Le hasard des choses a fait que cette inscription funéraire ait été retrouvée, et l'on constate qu'à cette époque-là, tout au moins dans la famille de Turia, on utilisait encore le mariage "cum manu", les vieilles traditions, les bonnes traditions familiales, et que la gens était encore une institution vivante; il est question des "gentiles" de Turia.

C'est peu à peu que, par suite de la difficulté qu'il y avait à faire la preuve des liens de gentilité, la gens a disparu du droit romain.

En effet, au fur et à mesure que vivaient d'une manière autonome les différentes familles qui avaient constitué la gens, il devenait de plus en plus difficile de démontrer que l'on avait toujours les droits de gentilité, et l'on finit par cesser de s'en prévaloir.

Gaius, dans ses Institutes, au milieu du IIe siècle après J.C. nous déclare que de son temps la gens a cessé d'exister. Et ceci, au point de vue de la culture générale, est extrêmement important, puisque c'est le type même de l'institution qui a disparu sans jamais avoir été abolie. Aucun texte légal n'a jamais consacré la disparition de la gens, et pourtant il y a une époque où elle existe, où les liens de gentilité produisent des effets juridiques, et puis un certain temps après, un siècle plus tard on nous déclare que la gens n'existe plus, il n'y a plus de gens, il n'y a plus d'effet juridique attaché à la qualité de "gentiles".

Ceci est la preuve que la loi n'est pas tout dans la vie des peuples, qu'il y a des traditions qui se perdent sans que l'on sache exactement comment ni quand, sans que l'on puisse rédiger un acte de décès à une date précise. C'est la démonstration même que les institutions humaines meurent comme elles ont pu naître, sans que même personne les ait mises à mort; elles meurent d'elles-mêmes, à un moment donné, elles disparaissent par voie de désuétude.

2- Les progrès du mariage sine manu et des relations hors mariage.

En second lieu, la décadence du mariage "cum manu" les progrès du mariage "sine manu" et même, parfois, des relations hors mariage, allaient amener la nécessité de tenir compte de plus en plus des liens de cognation qui unissent la mère et les parents mater-

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

nels à l'enfant.

Le droit impérial a reconnu des liens juridiques de plus en plus étroits entre la mère et l'enfant, et ces liens juridiques sont les mêmes, que l'enfant soit né en mariage légitime ou hors mariage. Le droit impérial, dans les rapports entre la famille maternelle et les descendants, ne tient pas compte du lien du mariage. Seul est pris en considération le fait matériel de la naissance, fait matériel facile à prouver et qui établit indiscutablement le lien qui unit la mère à l'enfant.

Les S.C. Tertullien et Orfitien concernant la succession entre la mère et les enfants.

Ce sont des sénatus-consultes, par conséquent des décisions prises par le Sénat, qui ont institué les droits de succession beaucoup plus importants que ceux institués par le préteur entre la mère et l'enfant. Ce sont les sénatus-consultes Tertullien et Orfitien. Ces sénatus-consultes créent du droit civil, car ils sont du II° siècle, et au II° siècle après J.C. le Sénat a acquis le pouvoir législatif complet.

De plus, on admet que tous les ascendants maternels ont droit au respect de la part de leurs descendants. On admet dans la famille naturelle qu'il y a un droit réciproque à des aliments entre les ascendants et les enfants. Et on admet également que les cognats ont leur mot à dire lorsqu'il s'agit de questions concernant l'un de leurs parents qui est encore impubère. On réunit un conseil des cognats, qui ressemble dans une certaine mesure au conseil des proches composé des agnats de l'antique famille patriarcale.

3- Restrictions des pouvoirs du paterfamilias. Incertitude sur les étapes de cette transformation.

En troisième lieu, le droit impérial a restreint dans une certaine mesure les pouvoirs du "paterfamilias" tout en décidant pour la première fois que l'autorité paternelle comportait non seulement des droits mais également des obligations.

Il est extrêmement difficile de préciser les étapes de la limitation de l'autorité du chef de famille, car les textes qui nous ont été conservés présentent des traces de remaniements et suivant que les auteurs admettent qu'ils sont authentiques ou remaniés, ils fixent une chronologie différente.

C'est ainsi que certains auteurs nous diront que le mouvement a commencé très tôt, que la loi Pompeia, dès le début même de l'Empire, interdit au grand-père de tuer son petit-fils, au beau-père de tuer sa belle-fille mariée "cum manu", et même, ce qui est plus grave, au mari de tuer sa femme, Tandis qu'au contraire les auteurs les plus récents déclarent que la loi Pompeia n'a jamais rien dit de tel et que ce droit de vie et de mort s'est maintenu plus longtemps.

D'autre part tous les auteurs sont d'accord pour

Source : BIU Cujas

admettre que jusqu'au début du III° siècle, sur son descendant direct, sur son fils ou sa fille, le "pater-familias" avait gardé le droit de vie et de mort d'une manière absolue, tout en s'exposant d'ailleurs à certains ennuis s'il l'avait exercé d'une manière injustifiée. Sans qu'il y ait de règle générale, on voit parfois l'empereur, choqué par des cas particuliers, punir un chef de famille trop brutal, ou le contraindre à émanciper son fils, à le libérer ainsi de la puissance paternelle.

La plupart des auteurs admettent qu'au cours du III° siècle on a privé le chef de famille de son droit de vie et de mort, qu'on a limité son autorité à ce que l'on appelle une "modica castigatio", des châtiments légers, des droits de correction qui ne doivent pas aller trop loin, quelques coups de bâton, quelques coups de fouet ne provoquant pas de blessures graves, mais il ne faut pas dépasser ces limites. C'est déjà beaucoup, direz-vous, et de nos jours le droit de correction du père de famille ne va plus jusqu'aux coups et suppose toujours l'intervention des tribunaux.

Mais les auteurs les plus récents soutiennent que cette limitation du droit du chef de famille est en réalité beaucoup plus tardive, ne date que du Bas-Empire, de l'époque chrétienne, et que les juriscon - sultes romains de l'époque classique avaient simplement décidé que le chef de famille ne devait pas abuser de son droit de vie et de mort et ne devait pas en particulier tuer son fils sans avoir écouté au préalable ses explications. Il y avait une forte tradition en faveur de la pleine autorité du chef de famille.

Les limitations progressives de la puissance paternelle sous le Haut-Empire n'ont donc pas été aussi grandes qu'on ne le dit quelquefois. Il faut remarquer que dès la fin de la République, la vente des descendants par voie de mancipation s'était raréfiée et au début du Haut-Empire elle avait complètement cessé d'être pratiquée. Mais par suite de l'influence de la situation sociale sur les moeurs, à la fin du Haut-Empire, période de troubles et de guerres civiles, on en revient à la pratique de la vente des enfants, et les empereurs malgré eux sont amenés à autoriser la vente des enfants en cas de nécessité, en cas d'extrême misère des parents, car il vaut encore mieux permettre de vendre les enfants que de les laisser tuer par leurs parents.

La vente des enfants.

L'exposition des nouveau - nés continue également, bien qu'elle soit condamnée par les juris-

L'exposition des nouveau - nés.

Source : BIU Cujas

consultes, à être pratiquée dans l'Empire romain, et on constate ainsi que le fait remarquer M. Volterra, dans une toute récente étude que les règles en vigueur varient suivant les provinces. Les empereurs tiennent encore compte des usages régionaux. Tandis que dans certaines provinces, conformément à la tradition romaine, on exige du chef de famille qui veut revendiquer son enfant le remboursement des frais faits par celui qui l'a recueilli, il est des provinces comme la Bithynie, en Asie Mineure, où les empereurs autorisent même le chef de famille à reprendre sans indemnité les enfants qu'il avait exposés. Quant à l'Egypte, elle est soumise à un droit particulier, on y avait pratiqué constamment, comme dans les cités grecques, l'abandon des nouveau-nés et l'on considérait que celui qui avait recueilli l'enfant ainsi exposé avait sur lui un libre pouvoir de disposition.

Sur certains points, le droit romain n'est donc pas encore uniforme sous le Haut-Empire, puisque les constitutions impériales tiennent compte des usages locaux.

Limitation du droit du paterfamilias quant au mariage.

Enfin, ce ce qui concerne le mariage, le chef de famille ne peut pas marier ses enfants malgré eux et même la loi Julia d'Auguste, qui veut favoriser les unions légitimes, permet à la fille de venir se plaindre au magistrat si son père a refusé son consentement à son mariage.

Apparition d'obligations corrélatives à la puissance paternelle.

En même temps que certaines limitations apparaissaient ainsi au pouvoir absolu du chef de famille, on constate le développement de l'idée qui est en pleine vigueur de nos jours, en vertu de laquelle la puissance paternelle n'est pas seulement une source de droit, mais une source d'obligations.

Les auteurs admettent généralement que, dès le temps d'Auguste, le père, le "paterfamilias" est tenu de doter sa fille, suivant la condition sociale du mari et suivant ses ressources propres. Puis, au cours du II° siècle, on admet que le chef de famille est tenu d'une obligation alimentaire envers les membres de sa famille, que la puissance paternelle entraîne l'obligation de nourrir ceux qui descendent du "paterfamilias" et on permet de s'adresser dans ce but aux magistrats. Les consuls contraignent le "paterfamilias" à assurer ainsi la nourriture de ses descendants en saisissant ses biens, et même, le cas échéant, en faisant vendre la quantité de biens nécessaire pour assurer ainsi la nourriture et l'éducation des descendants.

4- La reconnaissance de

4°- Les jurisconsultes du Haut-Empire ont reconnu d'une manière complète la personnalité juridi

Source : BIU Cujas

la personnalité juridique du fils de famille. Ses limitations de fait.

que du fils de famille. Ils y voient un être susceptible de contracter des obligations ou d'acquérir des droits. L'acquisition des droits par le fils de famille ne présente aucun intérêt pratique puisque, comme par le passé, en vertu de l'unité du patrimoine familial, c'est normalement le "paterfamilias" qui acquiert toutes les créances qui sont passées un instant sur la tête du fils de famille, c'est le chef de famille qui devient propriétaire de tous les biens acquis par le fils de famille.

Capacité du fils de famille de l'obliger.

Mais le chef de famille n'est pas plus tenu que par le passé des obligations contractées en droit civil par le fils de famille, et par suite c'est en quelque sorte à la charge du fils de famille que retombe sa capacité. Désormais, s'il a contracté des obligations, il en est valablement tenu en droit civil.

Cette capacité de s'obliger du fils de famille se heurte immédiatement au fait qu'il ne possède pas habituellement de biens personnels. Ces créanciers n'ont par suite aucun intérêt à le poursuivre du vivant du "paterfamilias", puisqu'ils ne pourraient rien en tirer, puisqu'il ne possède pas de biens. Ils attendront généralement le décès du "paterfamilias" pour pouvoir alors se payer sur les biens que le chef de famille aura laissés à son fils à son décès.

Le S.C. Macédonien.

Ceci constitue une situation anormale puisqu'il y aura ainsi un certain nombre d'individus qui vivront dans l'attente de la mort du "paterfamilias", puisque c'est au décès du "paterfamilias" qu'on pourra payer les dettes. Ceci entraînait des abus et c'est pourquoi dès le Ier siècle de l'Empire, dès l'époque de Vespasien, (69-79 ap. J.C) le sénatus-consulte Macédonien vint interdire de prêter de l'argent au fils de famille. Comme le Sénat n'a pas encore le pouvoir législatif, c'est au magistrat qu'il confie la mission de faire observer cette prohibition. Quand le créancier poursuivra le fils de famille en remboursement du prêt d'argent, le préteur paralysera la demande du créancier par une exception, exception fondée sur le sénatus-consulte.

Capacité exceptionnelle du fils de famille d'ester en justice.

En principe, le fils de famille n'a pas encore le droit sous le Haut-Empire de plaider en justice. Le patrimoine de la famille appartenant toujours au "paterfamilias", c'est à lui à défendre les intérêts pécuniaires de la famille. Cependant, en l'absence ou en cas d'empêchement du chef de famille, on a permis dans certains cas au fils d'agir en justice. C'est là une question très complexe, une série de réformes de détail sur lesquelles nous n'insistons pas.

Source : BIU Cujas

La seule idée qu'il faut retenir c'est que, même si c'est le fils de famille qui a poursuivi et fait condamner un débiteur, la créance tombe toujours dans le patrimoine du"pater familias".

Ainsi cette reconnaissance de la personnalité juridique du fils de famille sous le Haut Empire ne présente pas un grand intérêt pour celui qui en bénéficie.

Incapacité de la fille de famille.

Quant aux filles de famille, elles restent comme par le passé entièrement incapables de s'obliger par leurs contrats, et ceci n'est qu'une conséquence de l'incapacité générale de s'obliger qui frappe encore les femmes, même "sui juris" sous le Haut-Empire.

5°- Atteinte au principe de l'unité du patrimoine familial. Le peculium castrense, son contenu.

5°- : le pécule castrense, le "peculium castrense" le pécule des camps. Le "peculium castrense", est la seule disposition qui, dans le droit du Haut-Empire, déroge aux principes de l'unité du patrimoine familial. C'est la première apparition du droit pour un fils de famille de posséder un patrimoine personnel, des biens dont il pourra disposer.

Ce pécule, comme son nom l'indique, est alors exclusivement composé des biens que le fils de famille aura acquis dans les camps. Par conséquent, c'est la solde et le butin de guerre du fils de famille militaire. Puis, à la fin du II° siècle, on étendit l'application du pécule castrense; on y adjoignit les libéralités qui avaient été obtenues par le fils de famille lors de son entrée à l'armée. De nos jours encore, quand le fils s'en va faire son service militaire, les membres de la famille se cotisent pour lui donner encore ce qu'on appelle un petit pécule. De même, les ascendants, les parents, ou la femme du soldat, de celui qui s'est engagé dans l'armée remettent des libéralités et on les incorpore dans le pécule castrense. Enfin il pourrait arriver qu'au cours du service militaire notre soldat ait lié amitié avec un frère d'armes, que celui-ci lui ait laissé sa succession, lui ait légué ses biens. Il y a là encore un bénéfice qu'il n'aurait pas acquis s'il n'avait pas été soldat et par suite on le fait rentrer dans le péoule castrense.

Cette théorie a d'ailleurs été très longue à s'élaborer, elle a son point de départ dans des constitutions impériales qui prennent des dispositions de détail, et c'est seulement au bout d'un certain temps que les jurisconsultes songeront à élaborer une théorie du pécule castrense.

Origine et esprit de l'institution.

Le point de départ, c'est une disposition de César ou d'Auguste, qui décide que les soldats pourront disposer par testament de leurs acquisitions à l'ar-

Source : BIU Cujas

mée. Cette décision de César ou d'Auguste est confirmée par Nerva; puis son bénéfice est étendu par Hadrien. Les empereurs décident que le fils de famille pourra non seulement faire un testament, mais également disposer entre vifs librement des biens acquis au service militaire.

De plus, on étend dans le temps cette disposition en décidant que le fils de famille soldat, libéré du service militaire, devenu un vétéran, pourra continuer à disposer librement de son pécule castrense.

Pourquoi cette règle exceptionnelle? Ceci s'explique aisément. Les empereurs voyaient dans l'armée de métier leur plus ferme appui; c'est une manière de parler, puisque parfois les armées faisaient et défaisaient les empereurs; mais en tout cas les empereurs ne pouvaient pas se maintenir au pouvoir sans l'appui d'une armée de métier, et par suite ils ont pris de multiples dispositions favorisant les soldats, leur donnant une situation privilégiée.

Mais si cette mesure s'explique ainsi par la faveur des empereurs pour l'armée, elle se justifie également aisément. Il n'y a pas de raison pour maintenir le soldat dans l'étroite dépendance du chef de famille, et cela est pratiquement impossible puisque la vie du soldat est entièrement différente de celle du chef de famille. Pendant vingt ou vingt-cinq ans il vit dans les camps, dans des provinces éloignées ou sur les frontières de l'Empire. Pour lui la discipline militaire a remplacé l'autorité absolue du chef de famille, et pratiquement le chef de famille ne pourrait pas exercer un contrôle effectif sur les gains de son fils qui est soldat.

La construction juridique du peculium. Les droits respectifs du fils et du pater.

Les jurisconsultes du début du III° siècle vont transformer ces dispositions éparses en une théorie juridique. Ils vont essayer de déterminer la position respective du fils de famille et du "pater familias" à l'égard de ce pécule. Ulpien ne voit guère que la situation privilégiée du fils de famille: les fils de famille, en ce qui touche leur pécule castrense, dit-il, jouent le rôle de chef de famille.

Papinien est plus réservé. Papinien, au contraire, déclare qu'il faut tenir compte des droits respectifs du fils et du chef de famille, que le pécule castrense est en réalité soumis à un double droit. En effet, le chef de famille ne perd pas absolument tout contrôle sur le pécule castrense. Il peut arriver que le fils de famille n'ait pas dilapidé de son vivant son pécule et qu'il ne l'ait pas légué par testament; il ne s'est pas préoccupé du sort de ce pécule après sa mort. En ce cas, les biens qui le constituent, re-

Source : BIU Cujas

tournent de plein droit au chef de famille, et les jurisconsultes insistent sur l'idée que ce n'est pas à titre de succession que le chef de famille le recueillera, mais à titre de pécule comme un pécule ordinaire.

Retour du pécule au père jure peculii et non pas jure hereditario à la mort du fils.

Ainsi les biens du fils de famille militaire comme les biens du Latin junien font retour, le cas échéant, au chef de famille, à titre de pécule; par conséquent, le chef de famille a toujours conservé un droit virtuel sur eux.

Quel est l'intérêt pratique de cette distinction de savoir si c'est à titre de pécule ou à titre de succession? C'est en ce qui concerne le paiement des dettes. Celui qui recueille une succession est tenu d'une manière permanente, à perpétuité, de payer toutes les dettes qui grèvent la succession. Au contraire celui qui recueille un pécule, n'est tenu de payer les dettes que jusqu'à concurrence de l'actif net du pécule, pas au-delà, et n'est tenu de les payer que pendant une année utile. Ainsi donc, il vaut mieux recueillir des biens à titre de pécule qu'à titre de succession.

§ 3 - Les réformes du Bas-Empire.

Transformations de la puissance paternelle en une puissance purement familiale. La misère, les contradictions des constitutions.

Au Bas-Empire, la puissance paternelle a définivement perdu ce caractère souverain qu'elle avait possédé pendant des siècles. C'est devenu une puissance exclusivement familiale, qui ne doit être exercée que dans l'intérêt des membres de la famille. L'influence chrétienne se fait sentir; les devoirs des parents envers les enfants apparaissent de plus en plus nettement.

Cependant, cette volonté de faire peser des devoirs sur le chef de famille, de limiter ses pouvoirs se trouve contrecarrée par l'extrême misère qui continue à régner dans l'Empire, par la crainte que l'on a que des parents préfèrent tuer les jeunes enfants plutôt que d'obéir à leur devoir, plutôt que de les nourrir. C'est pourquoi l'on voit les mêmes empereurs qui punissent comme un meurtre le fait pour le chef de famille de tuer ses enfants, permettre d'autre part, en des termes d'ailleurs assez obscurs, de les vendre, d'en tirer de l'argent, quitte à les reprendre plus tard, quand il serait revenu à meilleure fortune en remboursant les frais ou en donnant un esclave en échange.

Les constitutions impériales de cette époque sont d'ailleurs très difficiles à interpréter, car el-

Source : BIU Cujas

les sont écrites dans un mauvais latin, en termes quelquefois sibyllins et elles semblent bien souvent se contredire, ce qui fait qu'un auteur tout récent, dans un article qui vient de paraître soutient qu'il n'y a pas moyen d'échapper à la contradiction et qu'en réalité on devait appliquer des règles différentes en Italie et dans les provinces, ce qui paraît cependant assez surprenant pour l'époque du Bas-Empire, où les habitants des provinces sont habituellement des citoyens comme les habitants de l'Italie. A une époque où tout le monde est citoyen, sauf les pérégrins déditices, il semblerait difficile que les empereurs fassent des constitutions différentes en ce qui concerne précisément le droit de la famille, le droit des personnes, pour les citoyens de l'Italie et pour les citoyens des autres régions de l'Empire.

Ainsi en ce qui concerne la situation des fils et des filles de famille, on essaie le plus possible de les protéger contre le danger de mort; on essaie d'éviter qu'ils meurent de faim ou qu'ils soient tués en bas-âge par le "pater familias". Mais au contraire on accepte le moindre mal, on autorise la vente ou la donation, la remise à une autre personne de ces enfants.

Le développement des droits patrimoniaux de l'alieni juris. Le pécule quasi castrense.

En ce qui concerne le droit des biens, les réformes du Bas-Empire sont extrêmement importantes, car sous l'influence des usages grecs, l'idée d'un patrimoine propre de "l'alieni juris" progresse rapidement.

Tout d'abord, nous assistons au cours du Bas-Empire à la constitution au profit de certains fils de famille d'un peculium quasi castrense", le pécule qui ressemble au pécule gagné dans les camps. C'est toujours le système juridique d'analogie; pour essayer de faire bien saisir ce que c'est qu'une institution, on la rapproche d'une institution antérieure bien connue. Ici, pour faire comprendre que c'est une institution qui a été établie sur le modèle du pécule du soldat, qui existait depuis des siècles, on l'appelle le pécule "quasi castrense", le pécule comme s'il avait été gagné dans les camps, alors qu'en réalité il n'est pas gagné dans les camps et ne s'applique pas à des militaires.

Ce pécule va s'appliquer à des fonctionnaires et à des personnes exerçant des professions libérales; si les empereurs du Haut-Empire manifestaient la plus grande faveur pour les militaires, les empereurs du Bas-Empire, où règne l'étatisme, où les fonctionnaires impériaux jouent un rôle de plus en plus important, vont témoigner leur faveur pour tous leurs fonction-

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

naires.

En 326 ap. J.-C., ce pécule quasi castrense est d'abord créé pour les fils de famille qui sont fonctionnaires, à la Cour Impériale; l'empereur s'occupe d'abord de ceux qui vivent non loin de lui, dans son entourage.

Puis, plus tard, l'empereur Théodose II, en l'année 422, étend le pécule quasi castrense aux avocats, les fils de famille avocats pourront désormais garder pour eux le bénéfice de leurs honoraires, au lieu que ce soit leur chef de famille qui en profite. Puis, progressivement, on étend le bénéfice de ce pécule à tous les fonctionnaires de l'Empire, et finalement, en l'an 472, aux ecclésiastiques.

Les empereurs avaient d'ailleurs négligé de préciser si ce pécule quasi castrense pouvait être valablement légué par testament par le fils de famille, ce qui fait que les jurisconsultes en avaient profité pour discuter inlassablement de la question qui est restée controversée jusqu'au temps de Justinien.

Réforme générale de Constantin, Les biens adventices, et les bona materna et bona materni generis, leur soustraction au principe de l'unité de patrimoine.

Mais Constantin devait accomplir une réforme beaucoup plus profonde, beaucoup plus importante, en ce sens qu'elle n'est plus limitée à un groupe déterminé d'individus, de privilégiés, mais qu'elle s'applique à tous les fils et à toutes les filles de famille. Pour la première fois, on va s'intéresser aux filles de famille, et cela se manifeste dans la création aussi bien à leur profit qu'au profit des fils de famille de la catégorie appelée par les auteurs modernes les biens adventices. On trouve parfois dans les ouvrages "bona adventicia", mais il est inutile de parler latin là où il s'agit d'une expression qui n'a jamais été employée par les Romains.

La réforme qui commence à être accomplie au temps de Constantin, qui progresse à travers le Bas-Empire, est une réforme, pourrait-on dire, à retardement. C'est la conséquence lointaine d'une réforme qui avait été accomplie sous le Haut-Empire. Nous avons vu, en effet, qu'au cours du Haut-Empire des senatus-consulte avaient institué un droit de succession civile entre la mère et l'enfant. Du moment où l'on reconnaissait que les enfants avaient droit à la succession de leur mère, il était équitable que ces enfants puissent en bénéficier. Mais pendant deux siècles, il n'en fut rien. Les biens qui étaient ainsi légués à l'enfant par la mère, en vertu du principe de l'unité du patrimoine tombaient automatiquement, instantanément aux mains du "paterfamilias", celui-ci pouvait en disposer de son vivant, pouvait les dilapider, il gaspillait ainsi des biens qui ne lui appartenaient vraiment pas par leur origine, qui prove-

Source : BIU Cujas

naient de la famille de la mère, et s'il n'avait fait aucun testament, et s'il s'était remarié par la suite, les biens provenant de la mère étaient ainsi partagés entre les enfants du premier lit et ceux issus du second mariage.

Constantin atténua les inconvénients de ce régime, en tenant compte des usages des provinces grecques de l'Empire. Constantin décida que désormais les biens laissés par la mère à ses enfants, les "bona materna", ne devaient plus se confondre avec le reste du patrimoine du chef de famille. Désormais, à l'intérieur du patrimoine du chef de famille, ils constitueront une masse distincte soumise à un régime juridique spécial. D'une part, le chef de famille ne peut plus en disposer librement, il doit les conserver autant que possible; c'est une masse de biens dont il ne doit pas faire un usage illicite, qu'il ne doit pas gaspiller. D'autre part, au décès du chef de famille, ces biens seront réservés aux enfants par l'intermédiaire desquels ils étaient passés dans le patrimoine familial. Les enfants d'un second mariage ne pourront pas y toucher.

Ainsi, sans reconnaître que ces biens d'origine maternelle étaient la propriété du fils ou de la fille de famille, on les a soumis à un régime spécial qui sauvegarde les intérêts légitimes du fils ou de la fille de famille.

Un peu plus tard, ce régime , par une constitution de l'année 379, fut étendu aux biens du même genre, aux biens du genre des biens maternels, "bona materni generis", c'est-à-dire aux biens qui étaient laissés au fils ou à la fille de famille par des ascendants maternels, grand-père maternel par exemple. Puis on estima que le même régime juridique devait en toute équité être étendu aux dons de fiançailles; il n'était pas légitime que le chef de famille bénéficie des cadeaux qui étaient faits à la fiancée par une personne appartenant à une autre famille.

Ainsi peu à peu se constitue une masse réservée dans le patrimoine du chef de famille. Les empereurs, les jurisconsultes, réfléchissent sur les conséquences juridiques de toutes les constitutions, et finalement au début du V° siècle, ils en arrivent à la conclusion qu'on ne peut plus considérer ces biens adventices comme faisant partie vraiment du patrimoine du "paterfamilias". On considère que désormais le père n'a plus sur ces biens qu'un droit de jouissance viager, qu'il exerce à leur égard une sorte d'usufruit légal, tandis qu'au contraire le droit éventuel du fils ou de la fille de famille est envisagé comme un véritable droit de propriété, comme ce

Source : BIU Cujas

que l'on appelle de nos jours une nue-propriété qui ne donne pas d'avantages immédiats et dont les conséquences se manifesteront au décès du chef de famille.

La pleine capacité de la fille de famille de s'obliger.

Enfin n'oublions pas que la fille de famille au Bas-Empire est devenue pleinement capable de contracter. C'est là une conséquence indirecte de la disparition de l'incapacité des femmes au cours du Bas-Empire. Désormais la fille de famille peut librement s'obliger par ses contrats.

Section III.

Le droit de Justinien.

Les fondements nouveaux de la famille sous Justinien. La Nov. II8.

Le magistrat romain, le Sénat, les empereurs, avaient progressivement amélioré la condition juridique des membres subordonnés de la famille, des effets juridiques de plus en plus nombreux avaient été attachés à la cognatio, parfois même de nouvelles théories juridiques avaient été élaborées sur des points de détail, mais on ne s'était jamais soucié de renverser officiellement l'ordre traditionnel des choses et d'élaborer les grandes lignes de la nouvelles organisation juridique de la famille. Ce fut Justinien qui consacra cette transformation radicale de la famille romaine. Ce n'était pas chose commode que de tirer en un jour ou en quelques années la conclusion logique de réformes séculaires, puisque Justinien n'a même pas accompli la majorité de ses réformes lors de la rédaction de ses grandes compilations. Les rédacteurs du Digeste ou du Code de Justinien n'ont encore accompli que des réformes partielles, et c'est seulement quelques années plus tard qu'ils se sont rendu compte que tout était en fait changé et qu'il fallait proclamer solennellement ce changement. C'est dans une novelle de Justinien, dans la novelle II8, de l'année 543, que sera consacrée l'abolition de la famille ancienne et qui seront proclamés les fondements de la famille juridique nouvelle.

Source : BIU Cujas

§ I- Le triomphe de la cognation.

La disparition de l'agnatio au profit de la cognatio.

Justinien a consacré le triomphe de la cognation en l'année 543, dans la novelle II8. C'est à partir de cette date que la famille romaine cesse officiellement d'être fondée sur l'agnation. Dans le Digeste et le Code, il est encore question des liens d'agnation qui produisent des effets juridiques; mais à partir de la novelle II8, il ne doit plus être question d'agnats, le seul fondement de la famille est désormais la cognation.

Les auteurs disent généralement que c'est le triomphe de la famille naturelle, de la famille fondée sur les liens du sang, mais ce n'est pas rigoureusement exact, puisque la cognation est une parenté qui, dans une certaine mesure, est encore artificielle. Il y a bien des gens qui sont cognats entre eux sans être unis par les liens du sang, et réciproquement il y a des gens qui sont unis par les liens du sang et qui ne sont pas cognats entre eux, tels le père et le fils né d'une union illégitime. Cependant, une atténuation sur ce point : Justinien admet qu'un lien de cognation s'établit entre le père et le fils ou la fille, non seulement en cas de mariage romain, mais encore en cas de concubinat, union illégitime durable, et en cas de légitimation ultérieure de l'enfant.

La parenté en ligne tant maternelle que paternelle.

Ce qui est essentiel, c'est que désormais la parenté se constitue dans le mariage légitime en ligne paternelle et en ligne maternelle, puisque les enfants sont les cognats aussi bien de leurs ascendants paternels que de leurs ascendants maternels dans le mariage légitime. Au contraire, l'agnation n'était qu'une parenté par les mâles.

L'obligation alimentaire entre cognats.

En même temps, Justinien a généralisé l'obligation alimentaire entre les cognats. Un droit réciproque à des aliments existe dans la famille légitime entre la mère et le père d'une part et les descendants d'autre part, dans la famille illégitime entre la mère et les enfants, en cas de concubinat également entre les père et mère et les enfants, et enfin, dans tous les cas , les frères et soeurs se doivent appui en cas de nécessité.

Disparition des derniers vestiges du

Enfin, en ce qui concerne la puissance paternelle, les derniers vestiges de l'autorité illimitée du chef de famille ont disparu. Il est certain dans

Source : BIU Cujas

caractère illimité de la puissance paternelle.

le droit de Justinien que le chef de famille ne peut plus qu'exercer un léger droit de correction, qu'il sera sévèrement puni par le magistrat s'il abuse même de son droit de correction, et s'il s'agit de prendre des mesures plus sévères le chef de famille devra aller trouver le préfet de la ville ou le gouverneur de province.

De plus Justinien a résolument abandonné toutes ces pratiques qui avaient été acceptées bon gré mal gré par les empereurs du Bas-Empire en raison de la misère qui régnait. Justinien défend à nouveau sévèrement l'exposition des nouveau -nés. Il interdit à ceux qui ont recueilli des enfants abandonnés de les maintenir en servitude. Il déclare, remaniant une constitution de Constantin, qu'il est inadmissible que l'acheteur d'un enfant nouveau-né ait sur lui un droit de propriété, et il renouvelle la notion classique qu'on ne peut pas mettre en servitude un citoyen romain. Il permet bien à l'acheteur de l'enfant de le conserver à son service tant qu'il n'aura pas été remboursé de son prix d'achat, mais il ne permet pas de le maintenir en servitude. Il proclame enfin qu'il est absolument interdit de vendre ou de donner en gage des enfants adultes.

Ainsi sous Justinien les idées chrétiennes l'ont emporté sur les pratiques abusives provoquées par les troubles sociaux et par la misère qui régnait dans l'Empire. Justinien a manifesté formellement sa volonté d'intervenir en faveur des enfants et de les protéger contre leurs chefs de famille.

Il n'est d'ailleurs pas absolument certain que ces constitutions aient été appliquées en pratique, car à l'époque de Justinien il y a beaucoup de constitutions qui restent inobservées parce qu'on n'a pas la possibilité de contraindre à les exécuter.

§ 2 - Le patrimoine du fils et de la fille de famille.

Extension de l'indépendance juridique des enfants de famille. Transformation de la théorie des pécules.

Le droit de Justinien est toujours très complexe en ce qui concerne les biens familiaux, on assiste à une tendance très nette à reconnaître dans une large mesure l'indépendance juridique du fils et de la fille de famille.

Nous rencontrons cependant comme par le passé toute une série de biens soumis à des règles différentes. Le pécule prafectice reste comme par le passé la

Source : BIU Cujas

propriété du chef de famille, qui peut le reprendre à tout moment. Mais ce pécule profectice est singulièrement restreint dans son domaine d'application. Désormais, seuls rentrent dans le pécule profectice les biens qui ont été acquis par le fils de famille à l'aide d'un capital fourni par le chef de famille, ou sur l'ordre exprès du chef de famille. Le pécule profectice ne nuit donc pas au fils de famille (ou à la fille de famille) puisque ce ne sont pas des biens qu'il a acquis pour son compte personnel, il avait reçu un petit capital du chef de famille à faire fructifier, il avait été chargé par le chef de famille d'acquérir un bien ou une créance, il est tout à fait naturel que ces biens restent la propriété du chef de famille et soient continuellement soumis à la situation du pécule profectice.

Le pécule castrense du fils de famille est maintenu et il est désormais soumis pour les règles successorales à un régime nouveau. Si le fils de famille militaire n'a pas légué ses biens par testament, au lieu de faire retour nécessairement au chef de famille, ils seront recueillis à titre de succession par les héritiers plus proches, descendants , frères et soeurs. C'est seulement à défaut de descendants et de frères et soeurs que le chef de famille les recueillera à titre de pécule.

Quant au pécule quasi castrense, qui s'étend désormais à tous les fonctionnaires impériaux, il comprend tous les traitements des fonctionnaires ainsi que les donations de l'empereur ou de l'impératrice, et l'on permet expressément, pour trancher les controverses, au fils de famille de léguer par testament son pécule quasi castrense.

Extension du régime des biens adventices.

D'autre part, en vertu d'une importante constitution de l'année 529, Justinien a fait de la théorie des biens adventices, la théorie de droit commun en ce qui concerne les acquisitions du fils de famille. Les biens adventices étaient jusque-là l'exception. Désormais ils deviennent la règle, en principe, les biens acquis par un fils de famille et qui ne rentrent pas dans les divers pécules sont soumis au régime des biens adventices. C'est ainsi que, jusque là, si le fils de famille travaillait, les bénéfices de son travail étaient acquis au "paterfamilias"; désormais, le fils de famille conserve tout au moins théoriquement, le bénéfice de son travail.

D'autre part, sans distinction, toutes les libéralités faites au fils de famille tombent dans les biens adventices.

Droit de jouis-

Mais ces biens adventices restent soumis à un

Source : BIU Cujas

sance du père sur les biens adventices.

régime qui paraît assez étrange, du moment où il est durable et destiné à continuer jusqu'à la mort du chef de famille . C'est que les biens adventices, comme par le passé, continuent à être soumis au droit de jouissance du chef de famille. Ceci paraît assez peu pratique. Le fils de famille gagne de l'argent par son travail, il ne peut pas en diposer, le fils de famille ne peut pas le dépenser, mais le chef de famille ne peut pas le dépenser non plus, puisqu'il en a la jouissance et non pas la pleine propriété. On ne voit pas très bien en pratique comment fonctionne le système , si le chef de famille doit placer l'argent qu'a gagné son fils pour en toucher les revenus et laisser intact à la banque le capital.

Ainsi, dans le droit de Justinien, la majeure partie des acquisitions du fils de famille est soumise au droit de jouissance du "paterfamilias" pendant toute la durée de sa vie. Et ces biens sont recueillis en pleine propriété par le fils ou la fille de famille quand le "paterfamilias" vient à mourir.

Ceci ressemble singulièrement au droit de jouissance légal exercé de nos jours par celui qui a la puissance paternelle sur les biens des enfants mineurs, âgés de moins de I8 ans. Mais il y a une différence fondamentale, c'est que, de nos jours, c'est un droit essentiellement temporaire, qui ne s'exerce que pendant quelques années de la vie de l'enfant, tandis qu'au contraire, à Rome, c'est un droit qui s'exerce même quand le fils ou la fille de famille a 30 ou 40 ans, et le droit de jouissance du "paterfamilias" ne disparaît qu'à son décès. C'est ce qui fait que le régime peut paraître critiquable, et ait fonctionné d'une manière assez difficile en pratique.

Les donations du père à ses enfants.

Au Bas-Empire , sous Justinien, on a pris également un certain nombre d'autres mesures de faveur en ce qui concerne les donations faites par le chef de famille à ses descendants et en ce qui concerne la pleine capacité de plaider en justice du fils ou de la fille de famille. On a permis dans une certaine mesure au chef de famille de faire de son vivant des donations au fils ou à la fille de famille. Ces donations étaient théoriquement sans valeur, puisqu'elles devaient faire automatiquement retour au chef de famille, en vertu du principe de l'unité du patrimoine familial, mais des constitutions impériales ont décidé qu'après la mort du chef de famille, ces donations seraient validées s'il était toujours resté dans la même intention de faire une libéralité.

Toutefois, si ces donations sont supérieures à 500 sous d'or - nous sommes au Bas-Empire, par con-

Source : BIU Cujas

séquent la monnaie légale est le sou d'or, et non plus le sesterce d'argent ou l'as d'airain - si ces donations sont supérieures à 500 sous d'or, il faudra qu'il les ratifie dans son testament ou qu'il les fasse enregistrer dans les actes publics.

Limitation au droit d'ester en justice.

Quant à la capacité d'ester en justice des fils et des filles de famille, elle est toujours limitée en pratique par le fait que c'est le chef de famille qui administre les biens adventices et qui a la pleine disposition du pécule profectice. En fait il n'y a guère que les militaires et les fonctionnaires. qui auront l'occasion de plaider en justice fréquemment pour la défense de leurs droits pécuniaires.

Conclusion sur l'évolution de la famille.

Quelle est la conclusion que l'on peut tirer de cette étude de l'évolution et de la transformation de la famille romaine ? Nous constatons qu'après les réformes radicales de Justinien, la famille romaine ressemble dans une large mesure à la famille moderne. On peut dire que la novelle II8 de Justinien est le point de départ de la conception moderne de la famille. Désormais, comme de nos jours, on reconnaît d'une manière complète aussi bien au point de vue patrimonial qu'au point de vue personnel la personnalité des membres de la famille, des fils et des filles de famille. Mais on constate également que les praticiens et les jurisconsultes ne voient pas immédiatement toutes les conséquences logiques des réformes qu'ils accomplissent et que, même après la mort de Justinien, survivent dans le droit romain certains principes qui ne se justifient pas. Nous avons vu en particulier que le régime des biens adventices appliqué à des personnes majeures était difficilement justifiable et difficile à faire fonctionner en pratique. On ne comprend pas surtout pourquoi le fils ou la fille de famille ne peut pas disposer par testament de ses biens adventices, alors qu'il peut disposer de son pécule castrense ou quasi-castrense.

D'autre part, malgré l'autonomie acquise par les différents membres de la famille, on maintient comme par le passé la prohibition de toutes relations juridiques entre eux. Deux frères ne peuvent pas contracter entre eux des obligations, ne peuvent pas conclure entre eux d'opérations juridiques, chose qui a également disparu de nos jours.

Au contraire, on ne doit pas considérer comme une anomalie le fait de la survivance du pécule pro-

Source : BIU Cujas

fectice. En effet, bien loin d'être un inconvénient, vis-à-vis du droit commun de l'époque de Justinien, c'est un avantage. Normalement un citoyen romain ne peut pas acquérir par l'intermédiaire de personnes étrangères à la famille parce que le droit romain n'admet pas le principe de la représentation dans les actes juridiques. On ne peut pas devenir créancier par un acte accompli par une personne étrangère à la famille. Au contraire, le maintien de la théorie du pécule profectice permet légitimement au chef de famille d'acquérir ou des droits ou des biens par l'intermédiaire d'un fils ou d'une fille de famille, ce qui est tout à fait légitime.

Chapitre III.

LE MARIAGE ROMAIN.

Les justae nuptiae.

Le mariage romain porte le nom de "justae nuptiae", et de nos jours encore on parle de personnes mariées en "justes noces". Mais ce n'est pas exactement la même chose. Ce que l'on veut dire surtout par "mariage romain", c'est un mariage reconnu par la loi romaine, par opposition au "matrimonium injustum", au mariage qui ne produit pas d'effets juridiques à l'égard de la loi romaine, et il y a des personnes qui a Rome sont mariées sans être cependant mariées en justes noces.

Les 2 types de mariage romain.

Le mariage romain peut se présenter sous deux formes différentes, suivant que la femme tombe ou ne tombe pas sous la puissance maritale, suivant que la femme reste dans sa famille d'origine ou entre dans la famille de son mari.

La forme, sinon la plus ancienne tout au moins presqu'uniquement utilisée anciennement du mariage, c'est le mariage "cum manu", le mariage dans lequel la femme tombe sous la "manus" de son mari ou du chef de famille de son mari.

Au contraire, la forme la plus usitée sous l'Empire, c'est le mariage "sine manu", le mariage dans lequel la femme reste dans sa famille d'origine.

Notion générale du M. romain.

Mais de toute manière le mariage est une union de l'homme et de la femme qui comporte une habitude de vie en commun et la volonté réciproque d'occuper le même rang social. C'est avant tout cette égalité

Source : BIU Cujas

sociale de l'homme et de la femme qui caractérise le mariage à Rome.

Nous étudierons dans une Ière Section les fiançailles ; puis dans une 2ème Section les conditions de fond de validité du mariage, qui sont communes à l'union "cum manu" et "sine manu"; la 3ème Section sera consacrée au mariage "cum manu" et la 4ème Section sera relative au mariage "sine manu", qui nous retiendra beaucoup plus longtemps en raison de l'importance de la théorie de la dot, du régime dotal, qu'il nous faudra étudier à ce propos.

Ière Section.

Les fiançailles.

Les fiançailles; leur évolution.

Pas plus à Rome que de nos jours, on ne se marie au bout de quelques minutes de présentation; le mariage est précédé de fiançailles, mais les fiançailles dans la Rome primitive ne présentaient pas le caractère poétique et sentimental qu'on leur attribue de nos jours, et même elles peuvent nous paraître quelque chose de trop juridique et de trop formaliste.

En effet, c'était le contrat oral formaliste de la "sponsio" que l'on utilisait pour les fiançailles, et c'est pourquoi les fiançailles s'appellent des "sponsalia". C'était généralement le chef de famille de la jeune fille qui promettait par contrat de la donner en mariage, de même que généralement c'était le fiancé qui promettait de l'épouser. Il y avait donc un double contrat faisant naître des engagements réciproques.

Les sponsalia dans l'ancien droit, leur caractère juridique et son atténuation progressive.

Dans le droit des villes du Latium, les jurisconsultes attestent qu'aux derniers siècles de la République les fiançailles ont encore une véritable valeur juridique, lient juridiquement celui qui s'est engagé. Et l'on permet, dans le droit des villes du Latium, d'intenter une action en justice contre celui qui n'exécute pas le contrat de fiançailles, de même qu'on permettrait d'agir contre celui qui n'exécuterait pas une obligation quelconque.

Il est presque certain qu'il en a été de même à Rome, que les fiançailles dans l'ancien droit romain avaient une valeur juridique obligatoire. Mais sous l'influence des théories des jurisconsultes de la fin de la République, les fiançailles avaient cessé d'être assimilées à un contrat quelconque, et c'était

Source : BIU Cujas

une idée toute différente, une idée qui préside encore à notre droit français moderne, qui l'avait emporté. On considérait que l'on devait jusqu'à l'instant suprême être libre de renoncer au mariage projeté. Le principe de la liberté absolue du mariage avait triomphé, et à l'époque classique on n'admet même pas la validité de la clause pénale, c'est-à-dire qu'on ne peut pas d'avance fixer une pénalité pour celui qui romprait les fiançailles. On ne peut pas dire: Promets-tu d'épouser ma fille ? Si tu ne l'épouses pas, promets-tu de me verser cent sesterces ? Une telle clause serait sans valeur.

Les effets des fiançailles à l'époque classique.

Cependant, si à l'époque classique les fiançailles ne peuvent plus être assimilées à un contrat ordinaire, elles produisent encore certains effets, C'est ainsi que les jurisconsultes conseillaient de s'abstenir avant d'avoir rompu les fiançailles d'épouser la mère de sa fiancée, ou bien encore le père de son fiancé.

D'autre part, on considère que le fiancé est atteint dans son honneur par l'insulte qui est faite à sa fiancée. Celui qui a injurié la fiancée peut être poursuivi en justice par le fiancé.

De même le préteur estime qu'il n'est pas convenable de se fiancer à nouveau ou de se marier avant d'avoir rompu des fiançailles antérieures, et les empereurs chrétiens frappent de tels agissements de l'infamie.

Renforcement du caractère juridique des fiançailles au Bas-Empire.

Pour en revenir à un droit plus strict de la matière des fiançailles, il faut en arriver au Bas-Empire, Par un singulier retour des choses, le Bas-Empire va attribuer aux fiançailles une valeur aussi grande que l'ancien droit romain, et ceci non pas par l'évolution interne du droit romain, mais par l'influence exercée par les traditions de l'Orient.

Le droit romain au Bas-Empire a adopté les usages que l'on rencontre dans toutes les législations orientales, où les fiançailles étaient accompagnées da dation d'arrhes, où l'on donnait des arrhes en gage de l'exécution des fiançailles.

C'est ce que l'on appelle la pratique de l'"arra sponsalicia", la pratique des arrhes des fiançailles. L'un des fiancés donne à l'autre des arrhes à titre de garantie qu'il l'épousera. Si les fiançailles sont rompues, celui qui a donné les arrhes les perdra, le fiancé les gardera à titre de dédommagement. Si, au contraire, c'est le fiancé qui avait reçu les arrhes qui refuse d'exécuter la promesse, alors il doit les rendre tout d'abord au quadruple, puis à partir de Justinien au double.

Source : BIU Cujas

D'autre part, Constantin au début du Bas-Empire a estimé nécessaire de réglementer la matière des cadeaux de fiançailles, car nous sommes à une époque où les cadeaux de fiançailles présentaient parfois une assez grande importance. On exige également la restitution des cadeaux de fiançailles de la part de celui qui rompt injustement les fiançailles, et l'on prévoit même le cas où le fiancé est mort et où la fiancée avait déjà reçu le baiser de fiançailles, en ce cas elle n'est tenue de restituer que la moitié des dons qu'elle avait reçus.

Les justes causes de rupture des fiançailles.

Du moment où les fiançailles produisaient des effets juridiques, il était nécessaire de réglementer les causes de dissolution des fiançailles. Il est bien évident que les fiançailles sont rompues légitimement par la mort de l'un des fiancés ou par le mutuel dissentiment. Du moment où l'on est d'accord pour rompre les fiançailles, tout va bien. Au contraire, quand c'est un seul des intéressés qui veut rompre les fiançailles, il est passible des pénalités que j'ai indiquées, lorsqu'il n'a pas de motif légitime de les rompre.

On considère comme des motifs légitimes de rupture des fiançailles la mauvaise conduite de la fiancée, le fait qu'elle tarde trop à vouloir contracter le mariage convenu, ou bien encore un empêchement survenant après coup. Le droit du Bas-Empire assimile d'ailleurs au point de vue pénal à un adultère cette mauvaise conduite de la fiancée dont nous venons de parler.

Après la mort de Justinien, à l'époque byzantine, les empereurs comme Léon le Philosophe ont reconnu la validité de la clause pénale, et par conséquent on peut alors fixer une indemnité qui sera due en cas de rupture injustifiée des fiançailles.

Le droit canonique a suivi la tradition orientale et le droit du Bas-Empire en ce qui concerne la validité juridique du contrat de fiançailles, tandis qu'au contraire le droit français moderne ne considère pas les fiançailles en elles-mêmes comme un acte juridiquement obligatoire. Ce sont les droits anglo-saxons, qui, au contraire, permettent d'intenter, comme l'ancien droit romain, une action en justice pour rupture injustifiée de fiançailles.

Source : BIU Cujas

Section II.

Les conditions de validité du mariage.

Nous distinguerons deux périodes : la période républicaine sous laquelle c'est le mariage "cum manu" qui est la règle, et la période impériale, sous laquelle c'est au contraire le mariage "sine manu" qui est courant.

§ I - Le droit de la République.

Dès l'ancien droit romain, la validité du mariage est soumise à un certain nombre de conditions de fond. Il faut certains consentements, il faut un certain âge, il faut que les deux époux aient entre eux le "conubium", il faut enfin qu'ils ne soient pas déjà mariés, et s'il s'agit d'une veuve, qu'elle respecte le délai de viduité.

I- Il faut en premier lieu certains consentements.

I- Le consentement du paterfamilias au mariage de l'alieni juris.

On discute si dans l'ancien droit le consentement des futurs époux était exigé quand ils étaient "alieni juris"; mais ce qui est certain, c'est que les personnes "alieni juris", quel que soit leur âge, ne pouvaient pas se marier sans le consentement des chefs de famille. Le mariage est une affaire familiale par excellence, on ne peut pas se marier sans le concours du "paterfamilias".

Le consentement des futurs époux.

Plus tard, à la fin de la République, il est incontestable qu'on exige en outre le concours des futurs époux, qu'on ne peut plus marier son fils ou sa fille contre leur volonté, et même on exige parfois un troisième consentement, un troisième type de consentement : c'est quand le "paterfamilias" est le grand-père du mari, en ce cas on exige également le consentement du père, car après l'union les enfants qui naîtraient du mariage pourraient tomber un jour éventuellement sous sa puissance, par suite du décès du grand-père, pourraient devenir ses héritiers légitimes, et on estime qu'on ne peut pas lui donner malgré lui des descendants et des héritiers. Par conséquent, pour le mariage d'un petit- fils,"alieni juris" on exige le consentement du grand-père, du père et de

Source : BIU Cujas

celui qui se marie.

Le M. des sui juris, consentement du tuteur de la femme.

Il peut arriver que les futurs époux soient au contraire "sui juris", qu'ils n'aient personne au-dessus d'eux dans la famille. En ce cas, s'il s'agit d'un jeune homme, il peut toujours librement se marier; dès qu'il a atteint l'âge où l'on peut se marier, il peut contracter une union sans avoir à demander le consentement de qui que ce soit.

Au contraire, la jeune fille "sui juris" ne peut pas se marier sans le concours de son tuteur. En effet, les femmes, dans l'ancien droit romain, sont soumises à la tutelle pendant toute leur vie, et l'on requiert le concours du tuteur pour le mariage de la jeune fille "sui juris".

2- Age Dequis pour pouvoir contracter M.

2- Conformement à l'un des buts essentiels du mariage, au but essentiel même du mariage pour les Romains de la République, on exige que les futurs époux soient en âge d'avoir des enfants, que la jeune fille soit nubile et que le jeune homme soit pubère. Dans un sentiment de dignité facilement explicable, on fixa de bonne heure à douze ans l'âge de nubilité des jeunes filles. Au contraire, pour les garçons on garda le principe traditionnel suivant lequel c'était au chef de famille qu'il appartenait de fixer si le garçon était bien arrivé ou non à l'âge de la puberté suivant les circonstances de fait. Par conséquent pour les garçons l'âge de la puberté était essentiellement variable, et c'était le chef de famille qui le décidait en toute liberté. En règle générale, on considérait que son père l'avait déclaré apte au mariage en l'autorisant à porter la toge virile, ce qui arrivait souvent vers l'âge de I7 ans.

3- Jus conubii.

3- Pour contracter mariage, il faut que les futurs époux aient entre eux le "conubium". Il y a d'une part des gens qui sont radicalement incapables, par suite de leur situation juridique, de contracter le mariage romain, et il y a d'autre part des personnes qui, pour des raisons de différence de condition sociale ou des raisons de parenté, ne peuvent se marier entre elles.

a) Personnes ne possédant pas le jus conubii.

Tout d'abord il n'y a qu'un nombre limité de personnes qui peuvent contracter le mariage romain. Ni les esclaves, ni les pérégrins ne peuvent s'unir en justes noces. Pour les esclaves, l'union est un simple fait. Pour les pérégrins, c'est un mariage valable selon leur droit national, ou un mariage "injustum", un mariage qui n'est pas légalement reconnu par la loi romaine comme produisant certains effets juridiques précis.

Nous savons qu'en dehors des Romains, des citoyens romains, on a permis de contracter le mariage

Source : BIU Cujas

romain aux "Latini veteres", aux Latins du Latium.

b) Empêchement à mariage entre certaines personnes. Pour des considérations d'ordre social.

Il y a également des empêchement qui tiennent à la différence de la condition sociale. La plus ancienne prohibition fut celle qui empêchait les unions légitimes entre plébéiens et patriciens. Cette prohibition, qui mécontentait vivement les plébéiens, avait été maintenue par la Loi des Douze Tables, mais elle fut levée quelques années plus tard par la loi Canuleia en l'an 445 av. J.C.

Au contraire, l'interdiction du mariage entre ingénus et affranchis fut maintenue jusqu'à la fin de la République.

Ou de parenté.

Enfin, il y a entre individus des prohibitions de mariage qui sont fondées sur la parenté, et la parenté dont on tient compte en matière de mariage, ce n'est pas uniquement la parenté par les mâles, l'agnation, c'est la cognation.

En ligne directe, cela va de soi, le mariage est toujours prohibé à l'infini, aussi bien entre l'arrière grand-mère et l'arrière petit-fils, qu'entre le père et la fille; on n'a pas à tenir compte du degré de parenté. Au contraire, en ligne collatérale, on doit tenir compte du degré.

On ne sait pas exactement ce qui se passait dans le très ancien droit romain. Ce sont plutôt les sociologues que les historiens du droit qui en discutent, car les textes sont trop rares.

On a par exemple soutenu que patriciens et plébéiens avaient des conceptions morales différentes; que les plébéiens étaient très rigoristes et interdisaient sévèrement les unions entre parents, tandis qu'au contraire chez les patriciens on avait l'habitude de ne se marier que tout à fait exceptionnellement en dehors de la gens; normalement on choisissait sa fiancée et plus tard sa femme dans la gens à laquelle on appartenanit.

En réalité, nous ne sommes suffisamment renseignés que pour l'époque où le droit est identique pour les plébéiens et pour les patriciens, et l'on constate qu'après la Loi des XII Tables, on ne pouvait se marier qu'au delà du sixième degré, par conséquent le mariage était interdit dans l'ancien droit romain entre cousins issus de germains.

On dit d'ailleurs qu'un patricien viola cette règle, voulut épouser sa cousine issue de germaine, et qu'il provoqua un violent mécontentement de la plèbe, on en a tiré la conclusion que les plébéiens étaient très rigoristes en ce qui concerne la parenté en matière de mariage. Seulement, ce n'est pas très sûr, parce qu'on nous dit, d'autre part, que le patricien en question avait en réalité enlevé la fiancée

Source : BIU Cujas

d'un chef de la plèbe, ce qui fait qu'on ne sait pas exactement d'où provenait le mécontentement, si c'était du fait qu'on avait enlevé la fiancée d'un plébéien ou du fait qu'on avait épousé la cousine issue de germaine.

Finalement, à la fin de la République, on se montra beaucoup moins sévère et l'on finit par permettre d'épouser non seulement une cousine issue de germaine, mais même une cousine germaine.

ou d'alliance. Quant à l'alliance, qui résulte du fait qu'une personne est parente avec le conjoint, on n'en a pas tenu compte sous la République. Ce n'était pas une cause d'empêchement de mariage, par conséquent, sous la République romaine, un gendre après la mort de sa femme aurait pu épouser sa belle-mère, à supposer qu'elle soit libre.

4- Absence d'un précédent mariage non encore dissous. 4- Le droit romain a toujours été fondé sur le principe de la monogamie, et le fait d'être déjà marié vous empêche de contracter un nouveau mariage. Mais il y a toujours des moyens de s'en tirer et Cicéron disait que l'on pouvait considérer, peut-être, qu'on avait tout au moins discuté si on ne pouvait pas considérer le fait de se remarier comme la manifestation d'avoir rompu le mariage précédent. Ce qui fait qu'au fond il serait à peu près impossible d'être bigame, puisque du fait que l'on contractait un nouveau mariage, par là même on divorçait d'avec la première femme. Mais c'est là une manière quelque peu excessive d'interpréter les faits.

5- Délai de viduité imposé à la veuve. 5- Enfin, tandis que le veuf peut se remarier dans les jours qui suivent le décès de sa femme, la veuve au contraire est invitée à respecter un certain délai, qui est fixé par la religion romaine à dix mois. C'est ce que l'on appelle le délai de viduité. Mais il faut remarquer que l'inobservation de ce délai par une veuve pressée de se remarier n'était pas une cause de nullité du mariage; c'était simplement la violation d'une règle religieuse et par suite elle pouvait s'en tirer en se purifiant par un sacrifice expiatoire.

l'Edit du préteur a d'ailleurs adjoint à cette idée religieuse ancienne une idée nouvelle, l'idée qui est encore prédominante aujourd'hui, qu'il faut éviter des confusions, car si la femme se remariait trop vite, on ne saurait pas si l'enfant qui vient à naître dans les mois qui suivent son remariage est du premier mari ou du second. C'est pourquoi on avait fini par admettre que si la veuve avait accouché dans les semaines qui suivaient la mort de son premier mari,

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

elle pouvait se remarier immédiatement sans inconvénient.

L'étude des moeurs à la fin de la République prouve qu'effectivement on se remariait parfois très vite et que même une femme n'attendait pas après un divorce d'avoir mis au monde l'enfant qu'elle attendait, pour épouser un nouveau mari.

§ 2 - Les conditions de validité du mariage sous l'Empire.

Nous retrouvons sous l'Empire les mêmes règles fondamentales que sous la République, mais interprétées différemment avec des variantes.

I- Importance essentielle du consentement des époux, atténuation de la nécessité du consentement du paterfamilias.

I- A la fin de la République et sous l'Empire, c'est désormais le consentement des futurs époux qui est considéré comme essentiel, même s'ils sont "alieni juris", le consentement du chef de famille est toujours requis, mais il n'est plus aussi rigoureusement exigé et parfois, exceptionnellement, on tâchera de s'en passer.

C'est ainsi que pour les filles on posera le principe que le consentement ne doit plus nécessairement être formellement exprimé, qu'il peut être donné d'une manière tacite, que l'absence d'opposition du chef de famille suffit à permettre le mariage.

L'exigence antique considérant le consentement du chef de famille comme absolument essentiel présentait en effet de graves inconvénients dans certaines situations, quand le père de famille était absent ou captif, quand il était fou. On ne pouvait pas se marier dans ces hypothèses parce que le chef de famille ne pouvait donner un consentement en connaissance de cause. Aussi décida-t-on de tourner les règles ou d'y apporter des exceptions.

En cas de captivité, on décida que le silence forcé du "paterfamilias" serait considéré comme un consentement tacite au mariage de sa fille. Toutefois Justinien a décidé , pour les garçons comme pour les filles, qu'il faudrait attendre un délai de trois ans, ce qui pouvait peut-être paraître parfois bien long.

De même, en cas de folie, on a déclaré pour les filles, de très bonne heure, que le silence du chef de famille équivalait à un consentement tacite. Au contraire, pour les fils, on se montrait plus difficile. Un rescrit de Marc-Aurèle déclara qu'on pourrait se passer du concours du chef de famille qui était fou,

Source : BIU Cujas

lorsque sa folie était permanente. Et alors les jurisconsultes discutèrent à perte de vue ce qui devait se passer quand il avait des intervalles lucides, devait-on attendre paisiblement que le chef de famille consente à avoir un intervalle lucide, pendant lequel on lui demandera son autorisation de se marier ? Finalement Justinien déclara expressément que, quelle que soit la nature de l'aliénation mentale du chef de famille, le jeune homme ou la jeune fille pourrait valablement se marier à condition d'avoir le consentement du préfet de la ville ou du gouverneur de province.

Signalons également qu'Auguste, au début de l'Empire, dans la loi Julia, avait décidé que la jeune fille à laquelle le "paterfamilias" avait refusé sans raison légitime son consentement pourrait s'adresser au magistrat. Il y a donc possibilité pour les jeunes filles de recourir au magistrat contre le refus non suffisamment motivé du chef de famille.

En ce qui concerne les personnes "sui juris", le droit classique, et même le droit du Bas-Empire, a toujours maintenu pour les personnes du sexe masculin la possibilité de se marier dès qu'elles seraient pubères, sans le consentement de qui que ce soit. Ce qui prouve que le fondement de l'autorisation en droit romain n'était pas l'intérêt de celui qui se mariait mais la puissance paternelle de celui qui donnait son consentement.

Le consentement familial au mariage de la fille sui juris.

Au contraire, pour les filles, on voit apparaître, lors de la décadence de la tutelle des femmes, l'idée que l'on doit les protéger contre leur inexpérience, et qu'il faut que quelqu'un puisse les conseiller.

Il semble d'ailleurs y avoir des conflits, tout le monde se croit qualifié pour donner son consentement, pour se mêler du mariage des jeunes filles ; il y a conflit entre le tuteur et la mère de la jeune fille, et, au Bas-Empire, où à côté de la tutelle apparaît la curatelle, les empereurs sont hostiles à l'intervention des curateurs dans le mariage des jeunes filles. Finalement, on décida que les jeunes filles "sui juris" n'auraient plus besoin du consentement de personne à partir de l'âge de vingt-cinq ans.

2- Fixation de l'âge de la puberté, de la nubilité.

2- On exige toujours que la jeune fille soit nubile et le jeune homme pubère. La jeune fille est toujours réputée nubile à l'âge de douze ans, tandis que pour les jeunes gens, il y eut une controverse qui est restée fameuse entre les deux écoles de jurisconsultes rivales du début de l'Empire, les Sabiniens et les Proculiens. Les proculiens estimaient que l'on devait s'en tenir à une règle fixe, que l'on devait

Source : BIU Cujas

adopter comme âge de la puberté, l'âge de quatorze ans. Tandis qu'au contraire les Sabiniens restaient fidèles à l'ancien droit romain, restaient fidèles à l'âge variable suivant les cas individuels. C'est seulement Justinien qui s'est rallié à la doctrine proculienne et qui a fixé d'une manière permanente et générale, à quatorze ans, l'âge auquel les jeunes garçons pourraient se marier.

3- Extension du jus conubii.

3- On exige toujours que les époux aient le "conubium" aient la capacité de contracter le mariage romain. Mais cette capacité a un champ très élargi puisque le nombre des citoyens ne cesse de se multiplier sous l'Empire, et qu'après l'édit de Caracalla de 212, à l'exception des pérégrins déditices, tous les habitants libres de l'Empire vont pouvoir désormais contracter le mariage romain. De plus nous savons qu'il y a certains soldats qui, en vertu d'un diplôme spécial, pouvaient contracter le mariage romain sans être citoyens.

4- Empêchements à mariage.

4-Il faut que les futurs époux, que nous supposons avoir le "conubium", soient capables de se marier entre eux. Il existe sous l'Empire romain toute une série d'empêchements tenant à la parenté, à l'alliance, à la différence de condition sociale.

a) la parenté .

Tout d'abord, à la parenté. La parenté fait toujours obstacle au mariage en ligne directe à l'infini , mais en ligne collatérale, on peut sous le Haut-Empire, se marier entre cousins germains, Et même, en l'an 49 après J.C., un senatus-consulte a admis une règle exceptionnelle, pour permettre le mariage de la fameuse Agrippine avec son oncle, l'empereur Claude ; le sénatus-consulte décida que le mariage serait désormais licite entre l'oncle paternel et la nièce tandis qu'au contraire le neveu ne pouvait pas épouser sa tante. On voit le caractère anormal de cette disposition; mais le droit est tellement conservateur que cette mesure d'exception fut maintenue pendant près de trois siècles; c'est seulement en l'année 342 après J.C. que l'on interdit formellement une telle union.

Les empereurs chrétiens essayèrent un moment de prohiber les unions entre cousins germains , mais cette mesure fut rapportée par Justinien qui les permit à nouveau.

b) L'alliance.

On tient compte d'autre part de l'alliance. En ligne directe, dès le Haut-Empire, on ne peut plus épouser son beau-père ou sa belle-mère. Et même au Bas-Empire, sous les empereurs chrétiens, on interdit également le mariage entre beau-frère et belle-soeur.

c- La différence de

La différence de condition sociale, des motifs pratiques ou des motifs religieux vont pouvoir éga-

Source : BIU Cujas

condition sociale.

lement s'opposer au mariage. La loi Julia d'Auguste, en l'an I8 av. J.C., avait permis le mariage en règle générale entre affranchis et ingénus, mais avait maintenu la prohibition traditionnelle entre affranchis et membres de l'ordre sénatorial. On ne protège plus les affranchis d'une manière générale, mais on ne veut pas d'union entre les membres de l'ordre sénatorial et les affranchis. De plus, on interdisait également aux membres de l'ordre sénatorial de contracter mariage avec des femmes dont la profession ou les moeurs étaient plus ou moins douteuses.

Ces prohibitions furent atténuées à la fin du Bas-Empire par Justin et Justinien, qui sont beaucoup plus indulgents. Justin supprime la prohibition du mariage entre affranchis et membres de l'ordre sénatorial, et Justinien supprime les prohibitions fondées sur la situation ou la profession de la femme. Mais par contre, au Bas-Empire, on prohibe le mariage entre personnes libres - ingénues et colons , et depuis la fin du 2ème siècle l'on interdit également à la patronne qui a affranchi un esclave de l'épouser.

D'autre part, la loi Julia d'Auguste, relative aux adultères, avait interdit formellement à l'époux adultère de se remarier. Justinien se montra ici également plus indulgent, mais il ne lui permet le remariage qu'à une double condition : attendre la mort de l'époux trompé, et ne pas épouser le complice.

De même un senatus-consulte rendu sous Marc-Aurèle avait interdit temporairement le mariage entre le tuteur et sa pupille. C'est qu'en effet on craignait que ce fût une manière de passer l'éponge sur une mauvaise gestion du patrimoine de la pupille et d'accaparer ses biens. Dès que la pupille serait arrivée en âge de se marier, le tuteur faisait pression sur elle pour contracter mariage immédiatement, et il n'était plus question du patrimoine de la pupille. C'est pourquoi Marc-Aurèle a décidé qu'il faut tout au moins que la pupille ait atteint l'âge de 25 ans pour que son tuteur puisse l'épouser, et il faut d'autre part que le tuteur ait rendu au préalable les comptes de tutelle.

Le mariage des militaires.

Qu'en était-il du mariage des militaires ? Les militaires pouvaient-ils se marier ? D'après les études les plus récentes, cela varie suivant l'époque envisagée.

Au début du Haut-Empire, jusqu'à l'Empereur Claude, l'union d'un soldat romain était non seulement illégitime, mais interdite. Au contraire, à partir de Claude, l'union est simplement illégitime, le soldat ne peut pas valablement se marier, mais on ne lui in-

Source : BIU Cujas

terdit pas l'union, elle est tolérée, et elle sera régularisée à la libération du service militaire par un diplôme. En l'année 197 ap. J.C., au temps de Sévère, on a considéré qu'il n'y avait pas de raison d'interdire le mariage aux militaires, que les soldats pourraient désormais contracter valablement le mariage romain.

Enfin il existe des mandats impériaux qui s'opposent au mariage entre le gouverneur d'une province et une jeune fille de la province où il exerce ses fonctions. Et au Bas-Empire, à l'époque chrétienne, les empereurs ont défendu les mariages entre les Juifs et les chrétiens.

Nullité du mariage conclu au mépris d'un empêchement.

L'inobservation de l'un quelconque de ces empêchements produit toujours le même effet. Il n'y a pas à distinguer en droit romain les nullités relatives et les nullités absolues en matière de mariage. Toutes ces prohibitions empêchent le mariage de se former valablement; le mariage est dans tous les cas radicalement nul.

Par suite, les enfants qui naissent de telles unions naissent illégitimes. Cependant, si l'empêchement venait à disparaître, l'union illégitime peut se transformer après coup en un mariage romain. Mais ceci n'a pas pour conséquence de transformer les enfants illégitimes en enfants légitimes.

Que se passerait-il si la femme avait été trompée ou s'était trompée, si elle avait cru de bonne foi, honnêtement, qu'elle était légitimement mariée? Certains rescrits impériaux, à titre exceptionnel, ont parfois admis à son profit que le mariage, bien que nul, produirait à son égard et à l'égard des enfants les effets d'un mariage valable. Et l'on peut voir dans ces décisions impériales l'origine lointaine de la théorie moderne du mariage putatif.

Sanctions pénales de certains empêchements.

Mais la sanction de l'inobservation des empêchements de mariage n'est pas toujours exclusivement la nullité radicale de l'union. Il y a également des sanctions pénales. La bigamie est punie par la loi. La violation des règles relatives à la parenté ou à l'alliance constitue ce que l'on appelle un inceste; l'inceste est puni de peines minimes, en ligne collatérale, tandis qu'au contraire en ligne directe, c'est considéré comme un délit grave.

Enfin le tuteur qui épouse sa pupille avant qu'elle ait atteint l'âge de 25 ans est puni de l'infamie.

5- Le délai de viduité au Bas-Empire.

5- Signalons enfin quelques modifications apportées au délai de viduité par les empereurs du Bas-Empire. Les empereurs chrétiens estiment que la fem-

Source : BIU Cujas

me peut attendre un an pour se remarier, ils portent donc le délai de dix mois à un an. Et d'autre part, ils comblent une lacune grave du droit classique; c'est que le délai imposé à la femme pour se remarier n'existait qu'en cas de veuvage, et non pas en cas de divorce; la femme en cas de divorce pouvait se remarier immédiatement après, en droit classique, ce qui pouvait entraîner des confusions fâcheuses. C'est pourquoi les empereurs chrétiens ont étendu au cas de divorce l'interdiction pour la femme de se remarier pendant un an.

Section III.

Le mariage "cum manu".

Son importance à l'époque des XII Tables.

Il n'est pas démontré que le mariage "cum manu" soit la seule union légitime connue du très ancien droit romain, mais ce qui est certain, c'est qu'elle est l'union normale en vigueur à l'époque de la Loi des XII Tables, et que c'est la seule union qui produise des effets juridiques importants non seulement à l'égard des enfants à naître du mariage mais à l'égard de la femme mariée qui va entrer dans la famille de son mari.

La conventio in manum mariti.

Cet acte par lequel la femme entre ainsi sous l'autorité du mari ou du chef de famille du mari s'appelle la "conventio in manum", la femme entre dans la manus de son mari, la femme passe sous la puissance du chef de famille du mari.

§ I - Conditions de forme de validité du mariage "cum manu".

Les 3 rites juridiques du M. cum manu.

Le mariage "cum manu", aussi bien d'ailleurs que le mariage "sine manu", était toujours accompagné de cérémonies religieuses et de fêtes. Il n'y a pas, dans les idées populaires de mariage qui ne s'accompagne d'un grand nombre de rites et de réjouissances. Mais au point de vue juridique, il y avait certains rites précis, qui étaient destinés à faire acquérir au mari ou au chef de famille du mari la puissance sur la femme, la "manus". Et dans les temps historiques, nous trouvons trois modes de se marier "cum manu" : l'"usus", la "confarreatio", et la "coemptio".

Source : BIU Cujas

I- Acquisition de la manus par l'usage, sauf usurpatio trinoctii.

I- L'"usus". C'est la forme la plus primitive, la plus archaïque de faire tomber la femme sous l'autorité du mari. C'est qu'en effet "usus" signie usage; c'est par l'usage pendant un an que le mari acquiert la puissance sur sa femme, de même que dans le droit des biens on acquiert la propriété d'une chose mobilière par un an d'usage.

Il y a là quelque chose de tout à fait primitif, de tout à fait archaïque. Au bout d'un an d'union, la femme tombe sous la puissance de son mari ou du chef de famille du mari.

Cependant, la loi des XII Tables, ou tout au moins le droit postérieur à la Loi des XII Tables, a connu un procédé élégant pour la femme de ne pas tomber sous la manus du mari tout en vivant avec lui, c'était de découcher trois nuits par an. C'est ce que l'on appelle l'"usurpatio trinoctii", l'interruption des trois nuits. Ainsi donc, si l'on ne voulait pas que la femme tombe sous l'autorité de son mari, elle prenait bien garde de ne pas coucher au domicile conjugal pendant l'année entière, mais quatre nuits avant l'expiration de l'année elle retournait coucher chez ses parents, et elle y couchait trois nuits de suite. Puis elle revenait chez son mari, elle avait interrompu l'usage et par là elle avait évité de tomber sous l'autorité de son mari.

2- La confarreatio- Son caractère plus récent que l'usus.

2- Un second procédé d'acquisition de la "manus" sur la femme porte le nom de "confarreatio".

Pendant longtemps les historiens ont cru que la "confarreatio" était le plus ancien mode de contracter la manus, car c'est un procédé à la fois solennel et religieux. Mais l'étude récente du culte et des cérémonies a démontré qu'il n'en était rien; les rites de la "confarreatio" supposent l'existence d'un culte national, et d'autre part supposent que les Romains sont déjà un peuple d'agriculteurs. Par conséquent la "confarreatio" n'a pu apparaître qu'après la formation définitive de la cité romaine et à l'époque où les Romains s'adonnent à la culture des terres.

Le rituel de la confarreatio.

Cette cérémonie présente un caractère tout à fait solennel, puisqu'elle exige la présence d'une part de dix témoins et d'autre part du flamine de Jupiter, du grand-prêtre de Jupiter. La cérémonie essentielle consiste dans l'offrande à Jupiter d'un pain d'épeautre, l'épeautre étant la farine que l'on tirait alors du blé, de même que de nos jours on utilise le froment.

Cette offrande à Jupiter d'un pain d'épeautre était accompagnée de paroles solennelles. La signifi-

Source : BIU Cujas

cation exacte du rite est d'ailleurs discutée, puisque certains historiens vont même jusqu'à y voir ce qu'ils appellent un rite de théophagie, les deux futurs époux mangent le dieu lui-même sous le symbole de ce pain d'épeautre.

La communauté politique et religieuse des deux époux était symbolisée par la présence de l'eau et du feu, et leur accord par l'union de leurs mains droites.

Caractère patricien de la confarreatio.

Cette "confarreatio" n'était certainement accessible qu'aux patriciens, c'est l'union patricienne, et elle était surtout utilisée pour le mariage dans les familles qui donnaient les grands prêtres de la cité. En effet, pour pouvoir être flamine de Jupiter ou des autres dieux de la cité, il fallait nécessairement être uni par les liens de la "confarreatio" avec son épouse, et même être issu d'une union par "confarreatio".

Il est également possible que cette union solennelle ait été utilisée quand exceptionnellement se mariaient deux personnes appartenant à des gentes différentes.

3- La coemptio incertitude, sur l'origine du procédé.

3- Le troisième procédé d'acquisition de la manus, le procédé courant à la fin de la République, c'est la "coemptio".

On ignore exactement l'origine de cette "coemptio" et on la rattache souvent au mariage par achat. En effet, dans les civilisations archaïques, il est souvent question de mariages par achat, le futur mari achète sa femme aux parents de la femme.

Utilisation de la mancipatio.

A l'époque de la Loi des XII Tables, il ne s'agit plus d'un mariage par achat, il n'y a plus un prix véritable payé par le mari aux parents de son épouse, mais on utilise toujours pour accomplir l'acquisition de la manus l'emploi de la mancipation, qui est le mode d'acquisition des droits réels. Cette mancipation doit être accompagnée de paroles solennelles qui sont destinées à préciser le but poursuivi, et c'est par là que la manus se distingue du mancipium. Si l'on avait employé les paroles habituelles de la mancipation la femme serait tombée sous le mancipium de l'acquéreur, mais comme on a employé des paroles spéciales; elle tombe sous sa manus, elle tombe sous sa puissance à titre de femme mariée.

On discute d'ailleurs si le mot "coemptio" indique un achat réciproque, mais il semble plus normal de croire qu'il n'y avait qu'une seule cérémonie : acquisition de la femme par le mari.

Si la femme était "sui juris", elle se mancipait

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

elle--même à son futur mari, avec le concours de son tuteur. Au contraire, si elle était "alieni juris", on ignore si c'est elle qui joue le rôle principal ou si c'est le chef de famille qui la mancipe au mari.

Désuétude de l'usus avant l'époque de Gaius.

Des trois procédés que nous avons étudiés, c'est le plus archaïque, le plus primitif, qui le premier devait tomber en désuétude. L'"usus" est encore employé au temps de Cicéron, mais Gaius nous dit que, de son temps, l'"usus" n'existe plus, c'est un procédé complètement tombé en désuétude.

Persistance de la confarreatio mais d'une application raréfiée jusqu'au IV° s. ap. J.C.

Quant à la "confarreatio", son emploi était devenu de plus en plus rare, et ceci était dangereux pour la religion romaine, puisque nous avons vu que non seulement le flamine devait se marier par "confarreatio", mais être issu d'une union par "confarreatio". La raréfaction de la "confarreatio" pouvait entraîner ainsi l'impossibilité du recrutement des grands prêtres de la cité, et c'est pourquoi sous Tibère un senatus-consulte de l'année 23 ap. J.C. décidait que la femme mariée par "confarreatio" ne tomberait plus sous la manus du flamine qu'à titre religieux, qu'au point de vue religieux, tandis qu'au contraire au point de vue du droit privé elle jouirait de sa liberté. Cela ne pouvait guère inquiéter les femmes qu'au point de vue religieux elles soient sous la manus de leur mari, du moment où en droit privé, elles n'y tombaient pas, et on espérait ainsi les attirer à un mariage par "confarreatio".

Il est encore question sous le règne de l'empereur Commode d'un prêtre chargé de la "confarreatio", mais cette institution est certainement disparue au IV° siècle ap. J.C., où le christianisme a triomphé et où on a aboli l'existence même des flamines majeurs.

Persistance de la coemptio jusqu'au IV° siècle mais à titre fictif, fiduciae causa.

Quant à la "coemptio", elle devait survivre assez longtemps et être encore couramment pratiquée aux derniers siècles de la République et au premier siècle de l'Empire. La "laudatio" de Turia , cet éloge funèbre d'une femme appelée Turia, nous apprend que non seulement ses parents, mais même sa soeur, étaient mariés par "coemptio"; par conséquent, dans la famille de Turia, on avait conservé l'habitude du mariage "cum manu", de l'utilisation de la "coemptio".

Au IV° siècle, au contraire, la "coemptio" a complètement disparu, et même auparavant on s'aperçoit que la "coemptio" a cessé d'être utilisée en vue du mariage, en vue de l'établissement de la manus. Suivant leur procédé habituel, les jurisconsultes utilisent les institutions en décadence pour réaliser d'autres buts. Au lieu de faire une "coemptio" pour tom-

Source : BIU Cujas

ber sous la manus de son mari, on fait une "coemptio" dans un but fictif, pour cause de fiducie, par exemple pour échapper à la tutelle de ses agnats, pour pouvoir faire un testament, pour se libérer d'un culte privé. Et dans tous ces cas-là il s'agit d'une "coemptio" fictive, et non pas en vue de tomber sous la manus du mari.

§ 2 - Les effets du mariage "cum manu".

Nous serons assez bref, puisque nous avons déjà indiqué quelques idées essentielles à propos de l'évolution générale de la famille romaine.

Changement de famille de la femme. Rupture des liens de parenté avec sa famille d'origine.

L'effet essentiel du mariage "cum manu" est de faire passer la femme mariée, de sa famille agnatique dans la famille agnatique de son mari; c'est donc un changement de famille. Nous disons "changement de famille", parce qu'on ne peut pas faire partie simultanément de deux familles, quand on entre dans une nouvelle famille, on quitte nécessairement la famille précédente.

La manus va donc rompre tous les liens de gentilité et d'agnation qui unissaient la femme à ses agnats et à ses gentiles. On dit qu'elle subit une "capitis deminutio", une atteinte dans son "caput", dans sa situation juridique. Il y a rupture des liens de parenté qui existaient entre elle et ses parents. Elle n'est plus soumise à la puissance de son "paterfamilias", si elle était "alieni juris", elle n'est plus soumise à la tutelle de ses agnats, si elle était "sui juris". Elle ne possède plus aucun bien, si elle avait jusque là un patrimoine. On nous dit que tous les biens que pouvait posséder la femme au moment de son mariage tombent en bloc dans le patrimoine de son mari ou du chef de famille du mari à titre de dot. C'est la dot forcée et générale, la femme n'a plus de biens, tous les biens qu'elle possédait deviennent à titre de dot la propriété du mari.

Si elle était "alieni juris", comme elle perd tout droit de succession dans sa famille ancienne, à titre de dédommagement, son "paterfamilias" lui constitue généralement une dot, mais ici encore tous les biens constitués à titre de dot deviennent immédiatement et définitivement la propriété du mari.

Entrée de la femme dans la famille de son mari.

A titre de corrélation, la femme va acquérir dans la famille de son mari tous les droits qu'elle perdait dans sa famille primitive. Elle entre dans la famille de son mari en qualité de fille, ou plutôt

Source : BIU Cujas

elle y prend une situation juridique analogue à celle d'une fille; elle est dans la situation juridique de la fille de famille, elle est "loco filiae" par rapport à son mari, elle est "loco sororis", dans la situation d'une soeur par rapport à ses enfants. Enfin si le chef du mari vit encore, elle est "loco neptis", dans la situation d'une petite-fille par rapport au"paterfamilias" de son mari.

Mais ce qui prouve qu'il y a là une analogie juridique simplement, c'est qu'au contraire, on proclame qu'elle est la "materfamilias" par excellence, la mère de famille, et qu'elle doit occuper le même rang social que son mari.

Si la femme acquiert ainsi une position subordonnée, elle acquiert en même temps tous les droits qui sont attachés au fait d'appartenir à une famille, et en particulier elle aura éventuellement les mêmes droits de succession que ses enfants. On la range, de même que ses enfants, dans la catégorie des héritiers siens, des héritiers qui recueillent de plein droit la succession du défunt. Par conséquent, si son mari était "paterfamilias", et s'il vient à mourir, la femme in manu partage avec ses enfants la succession de son mari.

Enfin , la femme mariée "cum manu" a changé de culte; elle doit désormais sacrifier aux dieux de son mari, elle adopte le culte privé de son mari.

N'oublions pas que dans tout mariage, il y a pour la femme une obligation très sévère de fidélité, obligation plus sévère pour elle que pour son mari; les moeurs romaines ont de tout temps admis que l'on pouvait tuer impunément la femme adultère.

§ 3 - Dissolution du mariage "cum manu".

Rupture du mariage par la mort d'un des époux ou la capitis deminutio du mari.

Le mariage "cum manu" est nécessairement dissous, comme tout mariage d'ailleurs, par la mort de l'un des conjoints, mais également par la "capitis deminutio" tenant à ce que le mari a changé de famille, a perdu le droit de cité ou est tombé en esclavage. Quand le mari change de condition juridique, la femme ne le suit pas dans sa nouvelle condition, les liens du mariage sont rompus. Au contraire, nous avons vu que, quand il était en captivité, le prisonnier de guerre revenu à Rome recouvre la manus en vertu du "postliminium".

Au contraire, la dissolution du mariage par décision unilatérale de l'un des époux était très rare dans l'ancien droit romain, et même anciennement on

Source : BIU Cujas

ne concevait pas qu'une femme mariée "cum manu" puisse exiger le divorce; la femme devait rester sous la puissance de son mari toute la vie, ou du moins tant qu'elle n'était pas répudiée.

En ce qui concerne, au contraire, le mari ou le chef de famille du mari, il est très difficile de savoir exactement ce qui se passait anciennement. Il y a bien des lois dites royales sur ce sujet, mais un éminent historien, M. Carcopino, soutient que les lois royales sont une pure invention de la fin de la République et que c'est en réalité la doctrine de Pythagore. A qui se fier ? Si les lois royales sont fausses, il est inutile de les exposer comme reflétant le plus ancien droit romain.

Répudiation de la femme pour faute grave; le rite de répudiation.

Ainsi c'est seulement pour des fautes très graves et bien précises que le mari ou le chef de famille du mari peut répudier sa femme. Il lui est d'ailleurs assez difficile de s'en débarrasser. Il doit se conformer à des rites précis.

S'il s'agit d'un mariage par "confarreatio", il faut dissocier ce que le rite antérieur avait uni. La "confarreatio" se dissout par "diffareatio"; et il faut à nouveau recourir à un prêtre, c'est le même qui unit et qui désunit, et on voit reparaître un sacrifice à Jupiter.

S'il s'agit au contraire d'un mariage par l'"usus" ou par la "coemptio", le mari ne peut pas se débarrasser lui-même de sa femme. Il doit d'abord la remanciper à un compère et c'est ce compère qui devra la libérer définitivement en l'affranchissant. On ne sait pas exactement pourquoi le mari ne peut pas lui-même affranchir sa femme de la manus.

La liberté du divorce à la fin de la République.

Mais à la fin de la République, la facilité du divorce qui s'était propagée dans le mariage "sine manu" allait réagir sur le mariage "cum manu", et l'on admit que désormais la femme pourrait contraindre son mari à la libérer bon gré mal gré de la "manus". On considère que désormais le divorce va pouvoir être en quelque sorte indépendant de la manus, que la femme mariée peut quitter le domicile conjugal, et s'étant mise hors de portée de son mari, lui faire notifier par un esclave ou par un affranchi sa volonté de divorcer. Son mari sera alors tenu de la libérer de la manus. Ainsi, à la fin de la République va exister la liberté complète.

A la fin de la République, la liberté de divorcer est ainsi devenue complète. Mais cependant si le mari a vraiment commis un abus, le censeur a toujours la possibilité de lui infliger une note d'infamie, d'inscrire une note sur les registres du cens indiquant

Source : BIU Cujas

que cet individu abuse vraiment du droit de divorcer.

Section IV.

Le mariage "sine manu".

Le mariage sans "manus" ne comporte plus pour la femme un changement de famille, mais c'est toujours une union qui suppose la vie en commun et la volonté des époux de se traiter en mari et femme, de vivre ensemble sur un pied d'égalité.

Ancienneté du M. sine manu; son origine.

Pendant longtemps les auteurs, partant de l'idée que la famille romaine primitive est une famille patriarcale, ont soutenu que le mariage "cum manu" était le seul qui existait dans le très ancien droit romain, que le mariage "sine manu" ne serait apparu qu'au II° siècle av. J.C. Mais en réalité les auteurs n'expliquent pas ainsi comment serait apparu le mariage "sine manu", il vaut mieux admettre que la possibilité du mariage "sine manu" apparaît dès l'ancien droit romain.

Il y a en effet une forme de mariage "cum manu" qui suppose nécessairement que le mariage dans l'ancien droit romain pouvait être indépendant de la manus : c'est l'"usus". L'"usus", en effet, suppose que la femme a vécu avec son mari pendant une année. Or, pendant cette année, les époux ont bien été mariés, car on nous dit que le délai d'une année a pour point de départ le jour où les deux époux se sont unis pour cause de mariage. Et Gaius nous dit également que la femme était mariée pendant un an avant de tomber sous la "manus" de son mari. Ainsi donc, nécessairement, l'institution de l'"usus" suppose qu'il y avait dès le très ancien droit romain des femmes qui étaient déjà mariées et qui n'étaient pas encore sous l'autorité de leur mari.

Cependant, il semble que c'était un état temporaire et que primitivement, au bout d'un délai d'un an, la femme tombait nécessairement sous l'autorité du mari. A moins d'admettre, comme M. Lévy-Bruhl, que ce mariage était un mariage à l'essai et que si la femme n'avait pas de promesse d'enfant avant la fin de l'année, le mari pouvait la renvoyer chez elle.

Le caractère durable du mariage "sine manu", la transformation de la période nécessaire pour l'"usus" en une institution régulière a son point d'appui dans la théorie de l'"usurpatio trinoctii". Nous avons vu en effet que, du moins à l'époque de la Loi des XII

Source : BIU Cujas

Tables, on permet à la femme d'interrompre l'"usus", en découchant trois nuits. Si la femme revient au domicile conjugal après ces trois nuits passées chez ses parents, le mariage continue et la manus ne s'acquiert pas. Ainsi donc, en découchant régulièrement, si l'on peut dire, trois nuits par an, on en arrivait par ce détour à avoir la possibilité de ne jamais tomber sous la manus.

Ainsi il semble que de cette manière , on trouve plus facilement l'origine du mariage "sine manu", qu'en admettant qu'il serait apparu on ne sait pas pourquoi brusquement, au II° siècle av. J.C. C'est d'une pratique détournée que serait né l'usage du mariage "sine manu", qui peu à peu se serait développé et se serait généralisé.

Evidemment, quand l'"usus" tomba en désuétude, on cessa de découcher trois nuits par an et on admit que la femme pourrait tout en vivant d'une manière permanente chez son mari ne plus jamais tomber sous sa manus, sous son autorité.

Le mariage "sine manu" est essentiellement une question de volonté, d'accord réciproque. C'est la volonté réciproque d'être mari et femme sanctionnée par le droit.

Importance du consentement dans la formation du M. S.M. Preuve de la volonté des époux.

Le mariage "sine manu" ne correspond pas du tout à notre notion moderne du mariage. Il n'y a ni prêtre, ni officier de l'état-civil qui vienne recueillir le "oui" traditionnel des époux. Il n'y a aucune cérémonie religieuse exigée comme dans le mariage par confarreatio. Ce sont les deux époux qui par leur accord deviennent unis et qui manifestent leur volonté de vivre sur un pied d'égalité sociale. C'est là en effet la caractéristique du mariage, qui diffère le mariage des unions inférieures, c'est que les deux époux s'estiment réciproquement, se considèrent comme égaux.

Cette preuve de la volonté d'être mari et femme résulte généralement des circonstances qui entourent le mariage. Elle peut être formellement exprimée dans un acte solennel. Le mariage est généralement entouré de cérémonies. Mais même en dehors de toute manifestation extérieure résultant de cérémonies précises, les deux personnes peuvent être valablement mariées, car les jurisconsultes romains, en présence de deux personnes qui vivent ensemble régulièrement, présument le mariage, et non pas le "stuprum" ou le concubinat. Ainsi donc, en cas d'union régulière et durable avec une femme honorable, on présume que les deux conjoints sont valablement mariés.

Mais le simple accord des volontés est-il suffi-

Source : BIU Cujas

sant pour qu'il y ait mariage, ou faut-il quelque chose de plus ? Certains auteurs supposent que le consentement suffit. D'autres auteurs, au contraire, exigent la mise de la femme à la disposition du mari, ou d'une manière plus générale l'établissement de la vie commune.

Pourquoi cette discussion entre les auteurs modernes ? C'est, semble-t-il, parce que le droit romain a évolué, parce que l'usage a changé. Il faut en réalité distinguer le droit de la fin de la République et du Haut-Empire, du droit du Bas-Empire. Les Romains de la fin de la République et du Haut-Empire sont plus matérialistes en matière de mariage, les chrétiens, au Bas-Empire sont plus spiritualistes.

Nécessité à la fin de la République de la deductio mulieris in domum mariti.

Sous le Haut-Empire, la formation du mariage exige effectivement que cette volonté d'être mari et femme s'extériorise par un changement dans les habitudes de la femme, par l'établissement d'un domicile commun, et ce domicile commun, c'est l'ancien domicile du mari. En droit romain, la femme va s'installer chez son mari, ce n'est pas le mari qui vient vivre chez sa femme ou chez les parents de sa femme, comme cela arrive dans certaines civilisations. Il faut donc, pour que le mariage se forme, que la femme soit conduite au domicile de son mari. C'est ce que l'on appelle la "deductio in domum mariti". On conduit la femme au domicile , à la maison du mari.

Ceci peut être démontré par un certain nombre d'arguments. Tout d'abord en ce qui concerne les donations: les donations entre époux, en droit romain classique, sont prohibées. Or, on nous dit que le fiancé peut encore faire une donation à sa fiancée, quand on n'a pas encore quitté le domicile de la fiancée; tandis qu'au contraire la même donation faite après que l'on a franchi le seuil de la maison du mari serait nulle. C'est donc que dès que la femme est entrée dans la maison du mari, elle est devenue femme mariée, tandis que jusque là elle n'était encore que fiancée.

Nécessité de la présence de la femme, possibilité du M. en l'absence du mari.

De même , en cas d'absence. A Rome, en effet, on peut se marier en l'absence du mari. Le mari n'est pas là, il est en voyage, ou bien il est en train de faire campagne contre l'étranger, mais il a envoyé un messager porteur de son consentement oral, ou une lettre où il révèle ses sentiments. En son absence, le mariage pourra avoir lieu, car d'une part il y a l'accord des volontés, et d'autre part la femme est là et c'est la femme qu'il faut conduire au domicile du mari; on n'exige pas à peine de nullité que le mari soit présent pour la recevoir à son arrivée.

Source : BIU Cujas

Au contraire, la réciproque n'est pas vraie, on ne peut pas se passer de la femme pour le mariage. Si la femme est absente, on ne peut pas la conduire au domicile de son mari et le mariage n'est pas possible.

Accentuation au Bas-Empire de l'importance du consentement des époux comme mode de formation du mariage.

Au Bas-Empire, au IV° siècle ap. J.C. on n'exige plus cette cérémonie quelque peu matérialiste qu'était cette procession pour amener la femme chez son mari. Au IV° siècle ap. J.C. on met l'accent sur l'accord des volontés. On voit dans le mariage un simple accord de volontés, et les époux sont unis dès l'instant où ils ont échangé des consentements.

Supposons par exemple que de nos jours avant l'intervention de l'officier de l'état-civil, le mariage soit définitivement formé dès que les deux époux ont dit le "oui" traditionnel et que ce "oui" traditionnel puisse être donné aussi bien dans la rue ou dans la maison de la fiancée qu'à l'Hôtel de ville: voilà comment se forme le mariage au Bas-Empire; un simple échange de consentements, un simple accord pour avoir la volonté d'être mari et femme, ce que l'on appelle l'"affectio maritalis".

Mais pour faire prévaloir une conception aussi spiritualiste du mariage, jurisconsultes et empereurs doivent lutter contre les idées populaires, car dans le peuple, autour du mariage, gravitent toutes sortes de pensées qui ne sont pas juridiques ou spiritualistes. Il fallait réagir contre les idées populaires qui attachaient le plus grand prix soit à la rédaction d'un acte écrit, soit à la constitution d'une dot, soit surtout à la consommation du mariage. Et c'est pourquoi, dans les constitutions impériales et dans les oeuvres des jurisconsultes on insiste tout le temps sur le fait que c'est le consentement des époux, et non pas la consommation du mariage, qui fait que l'on est mari et femme.

Du moment de formation du mariage. Les cérémonies usuelles accompagnant le mariage. Importance prise par l'instrumentum dotale.

Cependant le mariage romain ne se passait pas suivant des données purement juridiques. Il faut bien, quand on fait du droit romain, préciser à quel moment le mariage est valable pour les juristes. Mais il y a 95 % des cas où la question ne se pose pas, où l'ensemble des rites religieux qui a été accompli suffit à montrer qu'il y a eu mariage.

Tout d'abord, la veille de l'union, il était d'usage que la jeune fille reçoive la coiffure et le vêtement de femme mariée, désormais, elle porterait un voile rouge sur la tête.

Puis, le jour fixé pour le mariage, les futurs époux se réunissaient au domicile de la fiancée et

l'on procédait généralement à toute une série de rites nuptiaux. Il était indispensable tout d'abord de consulter les dieux pour savoir s'ils étaient favorables au mariage, car si les auspices se révélaient dangereux, on n'allait pas plus loin, on remettait la cérémonie à un autre jour. Si les dieux étaient satisfaits, on leur offrait un sacrifice et l'on procédait comme dans la "confarreatio" à cette union des mains droites qui témoignait de l'accord des deux époux.

Il était également d'usage de manifester par écrit sa volonté d'être unis, de rédiger des tables de mariage, des "tabulae nuptiarum"; et généralement on précisait pourquoi on se mariait: les "tabulae nuptiarum" précisent généralement que l'on se marie en vue d'avoir des enfants.

De plus, si les époux, et surtout leur famille, avaient une certaine fortune, on réglait les questions pécuniaires, on rédigeait un "instrumentum dotale", un acte écrit relatif à la dot. Et même cette rédaction d'un acte pour la constitution de dot présenta à certains moments une véritable importance juridique. Certains empereurs au Bas-Empire, sous l'influence, semble-t-il, de la papauté, exigèrent même dans tous les mariages une constitution de dot. Il y a une constitution de Majorien qui exige à peine d'infamie et de nullité du mariage, la dot comme obligatoire, en l'année 458. Mais cette constitution fut abrogée quelques années après. En effet, il est pratiquement impossible d'exiger dans tout mariage, même des gens les plus pauvres, une constitution de dot.

Quant à Justinien, sans exiger d'une manière générale la constitution de dot, il la requiert d'une part pour le mariage des personnes illustres, de la haute société romaine, et d'autre part, à l'étage le plus bas, pour la transformation en mariage légitime de l'union irrégulière entre une concubine et un concubin. C'est par la rédaction d'un acte dotal qu'ils manifesteront leur volonté de régulariser, comme on dit de nos jours, leur situation.

Le soir du mariage, on conduisait la jeune femme au domicile de son mari. Elle était accompagnée des membres de la famille. Cela se passait à la lueur des flambeaux et tout le monde chantait joyeusement. On arrivait ainsi au domicile du mari. Et comme il ne fallait pas que la femme pose le pied sur le seuil de la maison, le mari la soulevait dans ses bras et l'emmenait dans l'atrium.

Le mariage

Les chrétiens trouvaient que ces rites païens

Source : BIU Cujas

chrétien.

étaient quelque peu choquants,et ils y substituèrent une bénédiction nuptiale. C'est ce qui explique pourquoi, à l'époque chrétienne, après la disparition de tous ces rites païens séculaires, le mariage civil se forme uniquement par l'accord des volontés, la "desponsatio", tandis que la bénédiction nuptiale, qui vient appeler la bénédiction divine sur l'union complète simplement la cérémonie. Les époux sont mariés dès avant la bénédiction nuptiale, et même cette bénédiction nuptiale ne sera rendue obligatoire que longtemps après la mort de Justinien, à l'époque de Léon le Sage.

§ 3 - Les effets du mariage "sine manu" entre les époux.

Nous avons déjà étudié les effets du mariage "sine manu" à l'égard des enfants à naître de l'union. Nous avons vu que dans le mariage romain, par opposition aux autres types de mariage, les enfants suivaient la condition juridique de leur père.

La situation de la femme mariée sine manu. Son maintien dans sa famille d'origine sous l'autorité de son paterfamilias.

En ce qui concerne la femme mariée, le mariage "sine manu" a longtemps produit très peu d'effets juridiques. Et ceci ne doit pas nous étonner, puisqu'en somme c'était primitivement un détour , quelque chose qui n'avait pas été régulièrement et juridiquement organisé.

La femme restait dans la famille de son père, si elle était "alieni juris" , ou sous la tutelle de ses agnats, si elle était "sui juris". Elle était étrangère, au contraire, à la famille de son mari, ce qui présentait de graves inconvénients puisqu'elle n'était pas l'agnate des enfants qui naîtraient de son mariage.

La femme mariée"alieni juris" tout d'abord reste dans sa famille d'origine. Elle reste soumise à la "patria potestas" de son père ou de son grand-père, elle continue par suite à acquérir pour le compte de son père et tous les biens qui peuvent lui être donnés appartiennent au "paterfamilias".

Elle est également soumise à la juridiction domestique du chef de sa famille d'origine, et même, ce qui peut paraître quelque peu excessif, son père ou son grand-père peut dissoudre son mariage, la reprendre à son mari en la revendiquant, ou en intentant ce que l'on appelle l'interdit "de liberis exhibendis", une mesure judiciaire qui permet de faire revenir chez

Source : BIU Cujas

soi les enfants. Ainsi donc ce mariage "sine manu" avait été si mal, ou plutôt si peu organisé, que le chef de famille de la femme pouvait en dépit de la volonté réciproque des époux de rester mari et femme, dissoudre l'union et faire rentrer sa fille au domicile paternel.

Les empereurs trouvèrent que c'était là quelque chose de choquant, et c'est pourquoi l'empereur Antonin le Pieux permit au mari de s'opposer à la revendication du "paterfamilias" de la femme, de paralyser l'action ou l'interdit que le chef de famille de la femme exercerait. Réciproquement le préteur permet au mari de faire rentrer sa femme au domicile conjugal, en interdisant un interdit "de uxore ducenda".

Situation de la femme au point de vue patrimonial. L'interdiction d'intercéder pro marito.

La femme " sui juris" reste propriétaire de tous les biens qu'elle possédait au moment du mariage, ou du moins des biens dont elle s'est réservé la propriété, par opposition aux biens qu'elle a concédés à son mari à titre de dot. Elle peut librement contracter, et dès l'époque classique, le contrôle de son tuteur étant devenu plus artificiel que réel, la femme a déjà une très grande liberté dans la vie juridique. Toutefois des édits d'Auguste et de Claude ont frappé la femme mariée d'une incapacité spéciale pour la protéger contre une pression éventuelle de son mari. Ils lui ont interdit d'intercéder "pro marito"."Intercedere pro marito", cela signifie simplement que la femme ne peut pas s'engager ou hypothéquer ses biens dans l'intérêt de son mari. On craint que la femme mariée, qui n'a pas fait des études de droit, ne sache pas l'importance, la gravité de l'acte juridique qu'elle accomplit et qu'elle s'engage inconsidérément. Son mari lui dit : j'ai besoin absolument de ta signature pour donner une garantie à un créancier, donne moi ton engagement, et la femme ne se rendant pas compte de la gravité de l'acte , l'aurait fait.

Le devoir de fidélité, la répression de l'adultère de la femme par la loi Julia et d'Auguste.

Il existe toujours une obligation de fidélité, car le droit romain, pas plus dans le mariage "sine manu" que dans le mariage "cum manu", n'a admis que la femme ait la possibilité de tromper son mari. La loi Julia relative à l'adultère a sévèrement réglementé en l'an I8 av. J.C. l'adultère de la femme et du mari.

L'adultère du mari, c'est pour la loi Julia, quelque chose d'anodin, et par suite on ne le punit que de peines insignifiantes, on prive le mari des délais accordés pour la restitution de la dot et des avantages pécuniaires qu'aurait pu lui donner le mariage.

L'adultère de la femme, au contraire, est quelque chose d'extrêmement grave, et qui doit être traité

Source : BIU Cujas

très sévèrement. La loi Julia d'Auguste n'admet même pas que le mari puisse pardonner à sa femme, du moment où elle l'a trompé, il doit la répudier, quand même il l'aimerait encore.

On admet même que la poursuite de l'adultère peut être accomplie non seulement par le mari ou le père du mari, qui ont un délai réservé de soixante jours, mais même, si ces personnes ne bougent pas, par la famille, par n'importe qui. C'est là quelque chose qu'on n'admet plus aujourd'hui, on considère que l'adultère est une affaire de famille. Au contraire, la loi Julia d'Auguste estimait que l'Etat romain était intéressé à la punition de l'adultère.

Adoucissement de la répression de l'adultère au Bas-Empire.

L'empereur Constantin trouva même que la réclusion était une peine trop faible pour un crime aussi grave que l'adultère de la femme et il prononça la peine de mort.

Mais Justinien remplaça la peine de mort par la réclusion à perpétuité dans un monastère, et il décida même que si le mari aimait toujours sa femme et voulait lui pardonner, il pourrait la faire sortir du monastère au bout de deux ans et la reprendre chez lui.

Obligations réciproques entre les époux de respect et d'honneur.

Toute une série de mesures de détail font qu'entre le mari et la femme existe désormais une obligation réciproque de respect et d'honneur. Les époux se doivent mutuellement honneur et respect. et c'est pourquoi désormais entre époux on ne peut plus intenter d'action infamante, on ne peut pas faire condamner pour vol ou pour dol son conjoint.

D'autre part, dans le droit de Justinien, les deux époux bénéficient vis-à-vis l'un de l'autre, de ce que l'on appelle le bénéfice de compétence. Ceci est une expression moderne qui ne signifie rien en elle-même, mais qui désigne le fait que la personne poursuivie en justice ne peut être condamnée que dans les limites de ses ressources. On ne peut pas procéder à l'exécution sur la personne. Il semble que cela va de soi, on conçoit difficilement qu'à la suite d'un contrat conclu entre le mari et la femme, la femme fasse exécuter le contrat sur la personne de son mari qui serait incapable de rembourser ce qu'il a promis.

Il n'existait pas encore, semble-t-il, d'obligation alimentaire entre époux à l'époque classique, et c'est seulement Justinien qui a estimé que le mari était tenu de subvenir aux besoins de sa femme.

Les libéralités entre époux.

En ce qui concerne les libéralités entre époux le droit romain a varié. A l'époque de la loi Cincia (II siècle avant J.C.° on considérait encore comme

Source : BIU Cujas

légitimes les libéralités entre époux et même on les favorisait. Au contraire, le droit de la fin de la République, s'y montre hostile. Il craint que l'un des époux ne fasse pression sur l'autre pour obtenir des donations, que par exemple l'un des époux menace l'autre de divorcer s'il ne lui fait pas un cadeau. Aussi on en vint à prohiber les libéralités entre époux.

Cette interdiction des donations entre époux est d'ailleurs aggravée par l'établissement de ce qu'on appelle la présomption mucienne, parce qu'elle a été préconisée à la fin de la République par le jurisconsulte Quintus Mucius Scaevola. On suppose que la femme a acquis des biens pendant le mariage et qu'elle ne puisse pas faire la preuve que ces biens sont d'une provenance honorable. On se refuse à admettre que ces biens proviennent de libéralités qui lui auraient été faites par un autre que son mari, et par suite on établit la présomption que ces biens dont elle ne peut établir l'origine honorable lui ont été donnés par son mari ou le chef de famille du mari. Ceci aggrave par suite la prohibition des donations entre époux, puisqu'on présume donation du mari ce que la femme a acquis et dont elle ne peut montrer l'origine.

Par contre, le préteur a établi un droit de succession modeste entre époux. C'est seulement à défaut de tout parent que la femme recueillera les biens de son mari à son décès, ou réciproquement.

§ 4 - La dot dans le mariage "sine manu".

Origine et définition.

Cette question est importante, puisque l'institution romaine de la dot est l'origine de l'un des régimes matrimoniaux qui sont encore en vigueur de nos jours, le régime dotal, qui est encore quelque peu pratiqué dans le Midi de la France et on Normandie, de moins en moins d'ailleurs.

Nous avons vu que dans le mariage "cum manu", tout ce que la femme possédait ou tout ce que son "paterfamilias" lui donnait, tombait à titre de dot dans le patrimoine de son mari ou du chef de famille du mari. C'est par imitation de ce qui se passait dans le mariage "cum manu" que la dot, dans le mariage "sine manu", tombera également au pouvoir du mari, deviendra la propriété du mari, tandis qu'au contraire dans les droits modernes, les biens dotaux ne deviennent pas la propriété du mari.

Ainsi la dot, "dos", est un ensemble de biens qui est remis par la femme ou par la famille de la

Source : BIU Cujas

femme au mari, en vue de subvenir aux besoins du ménage et à l'éducation des enfants à naître du mariage.

La restitution de la dot.

Primitivement, le mari n'était pas tenu de restituer la dot à la dissolution du mariage. Il n'y avait pas d'obligation légale de restitution. Il fallait pour que la dot soit restituée que la famille de la femme se soit montrée prévoyante et ait stipulé formellement d'avance la restitution de la dot lorsque le mariage serait dissous. Au contraire, par la suite devait apparaître, à côté de cette obligation conventionnelle, une obligation légale de r stituer la dot régie par des règles entièrement différentes.

Nous étudierons la dot selon un plan historique, examinant tout d'abord les origines du régime dotal dans le droit de la République et du début de l'Empire, examinant ensuite le régime dotal à l'époque classique et enfin étudiant les réformes profondes accomplies au Bas-Empire.

I- La dot dans l'ancien droit romain, à la fin de la République et au début de l'Empire.

Principe de l'acquisition définitive de la dot par le mari.

L'ancien droit romain n'avait pas plus réglementé le sort de la dot que les effets du mariage entre époux dans le mariage "sine manu". A défaut de conventions matrimoniales particulières , la dot restait définitivement dans le patrimoine du mari. Et ceci ne présentait pas de très graves inconvénients tant que les divorces étaient rares, puisqu'en somme le patrimoine du mari était destiné normalement à passer après la mort de celui-ci aux enfants nés du mariage.

L'usage de la cautio rei uxoriae et du legatum pro dote.

Cependant, deux siècles environ avant J.C., la pratique avait imaginé de faire prendre d'avance au mari ou au chef de famille du mari l'engagement de restituer la dot en cas de dissolution du mariage, ou bien encore simplement en cas de divorce. Dans ce but, on faisait conclure entre le constituant de la dot et le mari un contrat verbal, un contrat oral, formaliste,de stipulation. C'est ce que l'on appelait la "cautio rei uxoriae", la promesse par contrat solennelle de stipulation de restituer les biens de la femme.

Il arrivait fréquemment d'ailleurs que, pour éviter toute discussion, on évaluait d'avance la valeur de la dot. On estimait d'avance en argent le montant de la dot, et l'on faisait simplement prendre au mari l'engagement de restituer une somme d'argent, égale au montant de l'estimation.

Il était d'usage, d'ailleurs, lorsque les époux s'entendaient, que le mari n'oublie pas lorsqu'il fai-

Source : BIU Cujas

sait son testament, que sa femme lui avait apporté une dot , que la femme ou la famille de la femme s'était dépouillée d'une certaine quantité de biens à son profit. Le mari laissait par suite dans son testament à sa femme certains biens qui étaient l'équivalent de la dot. C'est pourquoi on appelait ce legs un "legatum pro dote". Le mari qui ainsi tenait compte des usages, qui voulait se montrer convenable, laissait à sa femme un legs correspondant dans une certaine mesure à la dot qui lui avait été constituée.

Apparition à la fin du II° s. av. J.C. de l'A. Civile rei uxoriae; la restitution de la dot en cas de divorce puis de prédécès du mari.

Mais un tel legs ne se rencontrait qu'en cas de dissolution du mariage par le décès du mari, et il arrivait de plus en plus fréquemment à la fin de la République que le mariage soit dissous par le divorce de la femme. Dans ce cas le mari renvoyait la femme et gardait la dot, ce qui peut paraître choquant, ce qui commençait effectivement à le paraître. La femme risquait d'être laissée sans ressources, et surtout de trouver difficilement l'occasion de se remarier, car on hésitait toujours à épouser une femme sans dot.

On admet souvent que c'est le préteur, le magistrat, scandalisé par de telles pratiques , qui créé, à titre pénal, pour punir le mari de l'abus qu'il avait commis, une action prétorienne permettant à la femme d'obtenir la restitution partielle de sa dot. Mais les études les plus récentes, en particulier celles de M. Noailles, ont montré qu'en réalité l'action en restitution de la dot, l'action "rei uxoriae", n'avait pas une origine prétorienne, mais puisait ses racines dans le droit civil romain, dans les coutumes romaines, que dans les bonnes familles, qui suivaient ce que l'on appelle les bonnes moeurs, c'est-à-dire les moeurs traditionnelles, on n'avait pas l'habitude d'abuser des droits que laissait la loi, qu'il était d'usage que le mari qui chassait sa femme , après avoir généralement consulté le conseil des proches parents, lui laissât une certaine somme pour lui permettre de vivre.

C'est là l'origine de l'usage de restituer à la femme en cas de divorce une partie de sa dot, C'est là quelque chose de coutumier, quelque chose qui était réalisé en fait dans les familles honorables, avant de devenir une véritable obligation légale.

Et c'est ce qui explique pourquoi l'action "rei uxoriae" n'est pas une action prétorienne comme on l'a souvent dit, mais une action civile : c'est parce qu'elle a son origine non pas dans le pouvoir du préteur, mais dans de vieilles traditions romaines qui s'exerçaient sous le contrôle des censeurs. L'action qui sera délivrée par la suite prescrira aux juges de

Source : BIU Cujas

juger en équité, de rechercher ce qui est équitable que le mari restitue à sa femme :"quod aequius melius erit", ce qui sera à la fois le mieux et le plus équitable.

Ainsi, à la fin du II° siècle avant J.C. il va exister une véritable obligation civile pour le mari de restituer dans certains cas une partie de la dot à sa femme, obligation sanctionnée par l'action "rei uxoriae".

Cette obligation civile, d'abord utilisée en cas de divorce, a été rapidement admise également au cas où la dissolution du mariage est due au prédécès du mari, auquel cas l'action sera intentée contre les héritiers du mari, et ceci est déjà réalisé en l'année I2I avant J.C.

Son extension au père survivant en cas de dot constituée par lui.

Puis on admit que le chef de famille de la femme, s'il avait constitué la dot, pourrait, lui aussi, en réclamer la restitution partielle en cas de décès de sa fille, car, disent les jurisconsultes, il serait trop triste pour lui de perdre à la fois sa fille et la dot qu'il lui avait constituée.

Mais malgré ces réformes, malgré la reconnaissance officielle d'une obligation civile de restituer la dot dans la majeure partie des cas de dissolution du mariage, le mari va toujours rester en droit romain propriétaire des biens dotaux, ce qui est une différence profonde avec le droit grec.

Interdiction au mari d'aliéner le fonds italique.

Cependant, en vue de garantir dans une certaine mesure la restitution éventuelle des biens dotaux, la loi Julia d'Auguste, de l'an I8 avant J.C. devait interdire au mari de disposer des fonds dotaux situés en Italie, des immeubles dotaux italiques. Chose assez singulière d'ailleurs, la disposition relative aux fonds dotaux se trouve dans la loi relative à l'adultère. La loi sur l'adultère renferme un chapitre sur la défense de vendre ou de donner les immeubles dotaux italiens.

2- Le régime dotal à l'époque classique (II° siècle ap. J.C.).

A- La constitution de dot, à quel moment et de qui peut elle intervenir.

A- Examinons tout d'abord la constitution de dot. La dot est normalement constituée avant le mariage. C'est seulement au III° siècle ap. J.C. que l'on admettra que l'on puisse constituer la dot au cours du mariage. Cette dot peut avoir un objet quelconque. On peut donner en dot, si on est généreux, tout un patrimoine, mais on peut également donner un objet quelconque, un troupeau de moutons, des sommes d'ar-

"Les Cours de Droit" Y Répétitions Ecrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

gent, des sacs de blé, On peut même donner des choses incorporelles, le chef de famille qui n'a pas d'argent liquide peut céder à son futur gendre à titre de dot une créance sur une autre personne.

D'autre part, n'importe qui peut constituer la dot. La dot sera souvent constituée par le chef de famille de la femme et en ce cas-là on dira que la dot est profectice, parce qu'elle provient du chef de famille.

De l'obligation de doter incombant au père depuis la loi Julia d'Auguste.

On s'est d'ailleurs demandé si le chef de famille était à l'époque classique légalement obligé de doter sa fille. Les auteurs pendant longtemps ont répondu affirmativement et ont déclaré que la loi Julia d'Auguste avait imposé au chef de famille l'obligation de doter sa fille lorsqu'il la mariait. Puis les auteurs modernes ont déclaré que c'était une réforme de Justinien, que les textes étaient remaniés. Telle est l'opinion de la plupart des auteurs italiens tels que Bonfante par exemple, et c'est l'opinion à laquelle je m'étais moi-même rallié. Mais l'an dernier en feuilletant un ouvrage, je suis tombé sur la reproduction d'un papyrus du Ier siècle ap. J.C. et dans ce papyrus, auquel l'on ne faisait pas attention, il était déclaré formellement qu'un père avait doté sa fille conformément aux dispositions de la loi Julia d'Auguste de l'année I8 av. J.C. Par conséquent, il y avait un papyrus du Ier siècle ap. J.C. qui montrait incontestablement que l'obligation de doter était bien issue de la Loi Julia d'Auguste, comme le croyaie les auteurs anciens. On n'y avait pas fait attention et on avait ensuite soutenu que c'était Justinien qui avait institué l'obligation de doter. Par conséquent, il faut revenir à l'opinion traditionnelle, abandonner l'opinion extrémiste, et admettre que c'est bien Auguste qui a imposé au chef de famille l'obligation de doter sa fille.

Les modes de constitution de la dot, datio, promissio, dictio.

Pour constituer la dot, on peut s'y prendre de plusieurs manières. On peut exécuter immédiatement la constitution de dot. C'est ce que l'on appelle la "datio dotis". L'expression "datio dotis" englobe un grand nombre de cas, mais dans toutes les hypothèses prévues la dot constituée est immédiatement remise.

Par exemple, dès la constitution de la dot, on a transféré la propriété des biens accordés à titre de dot , ou l'on a cédé immédiatement une créance, ou l'on a renoncé immédiatement à une servitude.

Au contraire, dans d'autres cas, c'est une simple promesse, c'est une constitution par voie de "dictio dotis", ou de "promissio dotis", constitution de dot par voie d'engagement qui devra être exécuté à une

Source : BIU Cujas

date ultérieure. Nous n'insisterons pas sur ces promesses, puisqu'il s'agit en vérité du droit des obligations : la "dictio dotis", la "promissio dotis" sont des contrats que l'on étudie au Cours de Seconde Année.

Constitution de la dot si nuptiae sequantur.

Que va-t-il se passer si les fiançailles sont rompues ? Si l'on a exécuté immédiatement la constitution de dot, celui qui l'a constituée pourra reprendre ce qu'il a donné. Si, au contraire, il s'était contenté de faire une promesse, la promesse est dénuée de valeur, car on considère que toute promesse faite à titre de dot est faite sous la condition "si nuptiae sequantur"; la promesse de dot est subordonnée à la condition que le mariage suive les fiançailles.

Paiement de la dot.

Enfin il peut arriver que la promesse de dot ne soit pas exécutoire immédiatement. Dès avant l'époque de Scipion l'Africain, on avait donné un délai pour se libérer de l'obligation de constituer la dot quand il s'agissait de ce qu'on appelait des choses de genre, des sacs de blé, des barriques de vin, des sommes d'argent. Le constituant de la dot avait trois annuités pour se libérer. Au contraire s'il avait promis à titre de dot des choses bien individualisées qui se trouvaient dans son patrimoine, il devait les fournir séance tenante.

B- Aliénabilité des biens dotaux par le mari à l'exception des fonds dotaux italiques.

B- Quelle est la situation des biens dotaux pendant le mariage ? Le mari à l'époque classique est toujours propriétaire des biens dotaux ; c'est à lui qu'appartient la libre administration de tous les biens qui composent la dot. Il en a la jouissance, il peut même en disposer dans la mesure où la loi ne lui a pas retiré le droit d'aliéner ces biens.

La loi en effet n'a protégé contre le pouvoir du mari qu'une partie déterminée de la dot. Sont protégés contre le pouvoir du mari, les fonds dotaux italiques, c'est-à-dire les immeubles, maisons ou fonds de terre qui sont situés en Italie, par opposition d'une part aux fonds provinciaux et d'autre part aux biens mobiliers. Le mari peut donc librement vendre ou donner un immeuble ou un terrain situé en dehors de l'Italie. On explique cette restriction assez peu compréhensible en disant qu'Auguste voulait avant tout protéger le patrimoine des grandes familles de l'ordre sénatorial, ces grandes familles romaines ayant leurs biens situés en Italie.

Cependant il ne faut pas oublier que le mari engage toujours sa responsabilité lorsqu'il vend ou donne d'autres biens composant la dot, puisqu'il se met en les vendant ou en les donnant dans l'impossibilité de les restituer éventuellement. Et il pourrait être condamné à la dissolution du mariage à des dommages-intérêts pour avoir disposé de biens dotaux, de

Source : BIU Cujas

fonds provinciaux faisant partie de la dot par exemple

Interdiction d'hypothéquer les biens dotaux.

Cette loi Julia sur le fonds dotal d'Italie est très rigoureuse. Tout d'abord, elle interdit la vente ou la donation des fonds dotaux italiques, sans le consentement exprès de la femme. La femme, en effet, peut donner son concours à l'acte de vente ou de donation, et l'aliénation sera alors valable. Mais la loi Julia prohibe également tout engagement des biens dotaux. On ne peut pas donner en gage ou hypothéquer un fonds dotal italique. Et ici l'opération ne serait pas valable, même avec le concours de la femme, car la femme ne peut pas intercedere pro marito, et autoriser son mari à hypothéquer un bien dotal italique; ce serait faire prendre une hypothèque au profit de son mari.

Imprescriptibilité des biens dotaux.

Enfin l'inaliénabilité des fonds dotaux italiques a pour conséquence leur imprescriptibilité. Ceci veut dire que les fonds dotaux d'Italie ne peuvent pas être acquis par une personne quelconque par voie de possession prolongée. En effet normalement le droit romain admet que l'on peut devenir propriétaire d'un fonds situé en Italie, après l'avoir, sous certaines conditions, possédé pendant deux ans. Si l'on avait maintenu la règle habituelle pour les fonds italiques, il eut été trop facile pour le mari de tourner la prohibition légale. Il aurait vendu et livré un fonds dotal italique à un tiers quelconque, celui-ci n'en serait pas devenu propriétaire immédiatement, puisque la vente était défendue, mais il aurait tranquillement possédé pendant deux ans, et au bout de deux ans il en serait devenu définitivement propriétaire aux dépens des droits de la femme. C'est pourquoi, pour protéger les fonds dotaux italiques il fallait les rendre imprescriptibles.

Nous ne discuterons pas la question de savoir qui peut invoquer cette nullité, si elle est absolue ou relative. Les textes ne nous disent rien et par conséquent toute discussion est vaine.

Droit éventuel de la femme sur la dot.

Bien que durant le mariage la dot soit la propriété du mari, cependant les jurisconsultes romains admettent qu'elle reste dans une certaine mesure à la femme, que la dot constitue une masse distincte dans le patrimoine du mari. La dot est dans une certaine mesure à la femme, à laquelle elle doit revenir peut-être un jour. Ce droit éventuel de la femme se manifeste lorsqu'elle donne son concours à l'aliénation du fonds dotal italique. Le fait que l'on demande à une personne son concours à un acte d'aliénation prouve bien qu'elle a gardé un certain droit sur les fonds envisagés. D'autre part, on permet éga-

Source : BIU Cujas

lement à la femme d'intervenir dans certains cas pour la protection de ses intérêts.

C-Obligation conventionnelle et obligation légale de restitution de la dot.

C- Examinons à présent la restitution de la dot à la dissolution du mariage.

La théorie de la restitution de la dot est très complexe en droit romain, puisque nous voyons dans de nombreux cas coexister une obligation conventionnelle et une obligation légale, qui ne jouent pas exactement dans les mêmes hypothèses, qui sont soumises à des règles différentes.

Nous étudierons successivement l'obligation conventionnelle et l'obligation légale.

I- La stipulation de restitution de dot. L'Actio ex stipulatu . Obligation du mari illico et in solidum.

I°- L'obligation conventionnelle est sanctionnée par l'action "ex stipulatu", elle naît d'une stipulation de restitution, stipulation qui est sanctionnée par l'action qui sanctionne la stipulation.

Le mari s'est obligé à restituer la dot par un contrat de droit strict, un contrat qui doit être strictement observé et d'interprétation rigoureuse. Et c'est pourquoi cette obligation, bien loin d'être souple comme l'obligation légale, est extrêmement rigide . Le mari est rigoureusement tenu à tout ce qu'il a promis, quelles que soient les difficultés pour lui d'exécuter, et il n'est tenu qu'à ce qu'il a promis.

C'est quelquefois rigoureux pour le mari puisque l'obligation de restituer ne s'exécute parfois que de nombreuses années après la constitution de dot et par suite au moment de la restitution il peut être gêné d'exécuter rigoureusement sa promesse.

La dot doit être restituée en particulier habituellement immédiatement. Elle doit être restituée normalement pour le tout, "Illico et in solidum", immédiatement et pour le tout.

Le droit de la restitution dépend des clauses de la stipulation de restitution. En général, elle sera conçue en termes vagues. Le constituant de la dot a dit au mari : promets-tu de restituer la dot à la dissolution du mariage ? Dans ce cas le mari est tenu de la restituer dans tous les cas. Mais si on lui avait simplement dit ;"promets-tu de restituer la dot en cas de divorce," il pourrait alors conserver la dot en cas de décès de sa femme.

Contrairement à ce qui se passe en matière d'action "rei uxoriae", le mari ne peut pas faire valoir de demande reconventionelle à l'égard de l'action "ex stipulatu". Il ne peut pas demander que l'on réduise la condamnation, parce qu'il a fait des dépenses pour la conservation des biens dotaux ou pour d'autres motifs du même genre. Il devra faire valoir ses droits par des actions spéciales.

Source : BIU Cujas

Enfin c'est régulièrement toujours à la personne qui a constitué la dot qu'il devra la restituer.

2°- Obligation légale de restitution sanctionnée par l'A. rei uxoriae.

2°- L'action "rei uxoriae" est fondée au contraire sur l'équité. Elle a pour but de donner satisfaction à tout ce qui est légitime, et elle permet aux juges de tenir compte de la situation et de toutes les créances réciproques que pouvaient avoir les deux époux l'un vis-à-vis de l'autre.

Particularités de l'action.

Cette action "rei uxoriae" est toujours restée soumise à des règles spéciales qui lui donnent une certaine originalité.

Exercice de l'action par le père adjuncta filiae persona.

Le chef de famille, qui normalement a tout pouvoir pour intenter des actions en justice sans demander l'autorisation de qui que ce soit, doit au contraire, pour intenter l'action "rei uxoriae" contre l'ex mari ou contre les héritiers du mari, demander le concours de sa fille, si elle est encore en vie.

Extinction par la capitis deminutio.

De plus cette action ne s'éteint pas par l'effet de la "capitis deminutio", de l'atteinte dans la personnalité juridique.

L'A. rei uxoriae est-elle de bonne foi?

Mais malgré ses caractères spécifiques, il semble bien que cette action "rei uxoriae" soit rangée à l'époque de Gaius dans la grande catégorie des actions de bonne foi. Tout au moins nous devons croire sur parole l'auteur italien qui ayant revu le palimpseste des Institutes de Gaius à l'aide d'une lampe électrique de très forte puissance nous affirme y avoir trouvé l'action "rei uxoriae" parmi les actions de bonne foi, alors que les auteurs antérieurs qui avaient essayé de déchiffrer le manuscrit en question n'avaient rien trouvé.

Cas où est due la restitution sur l'a. rei uxoriae.

Dans quels cas la restitution de la dot peut-elle être légalement exigée ? Il peut s'agir d'une dot qui avait été constituée par une personne étrangère à la famille, par un ami de la famille qui s'était réservé expressément pour lui le droit à la restitution. En ce cas la question de la restitution légale ne se pose pas, la dot sera restituée au constituant par l'action "ex stipulatu". Au contraire dans les autres cas la dot devra être restituée grâce à l'action "rei uxoriae", toutes les fois où le mariage est dissous soit par le décès du mari, soit par le divorce.

En règle générale, en cas de prédécès de la femme, la dot reste au mari, car les héritiers seront les enfants nés du mariage et il est tout naturel que la dot soit transmise aux enfants nés de l'union. Cependant nous avons vu tout à l'heure une exception au profit du "paterfamilias". Si c'était le "paterfamilias" de la femme qui avait constitué la dot et si sa fille vient à mourir la première, le "paterfa-

Source : BIU Cujas

milias" pourra exiger qu'on lui restitue la dot qu'il avait constituée.

Ainsi dans un bon nombre de cas le mari devra restituer la dot à la dissolution du mariage, même en dehors de toute convention, et il ne pourra conserver la dot que si sa femme est morte la première et si le "paterfamilias" de sa femme est mort avant elle.

La restitution de la dot et le legs pro dote, l'Edit de alterutro.

D'autre part, il peut arriver que le mari, conformément à la pratique antérieure, ait fait dans son testament un legs à titre de dot à sa femme. En ce cas le préteur a édicté une disposition spéciale, l'édit de "alterutro" l'édit sur l'un ou l'autre. Le préteur déclare : c'est au choix, vous ne pouvez pas cumuler le bénéfice d'un legs fait à titre de dot et la restitution de la dot, car cela reviendrait à obtenir deux fois la restitution de la dot. Par conséquent la femme aura le choix entre la restitution de la dot par l'action "rei uxoriae", ou le bénéfice du legs.

Les retentiones dotis au profit du mari sur l'actio rei uxoriae .

Quel est l'objet de la restitution ? Le mari poursuivi par l'action "rei uxoriae" n'est pas dans une situation aussi rigoureuse que le mari poursuivi par l'action "ex stipulatu". Le juge en effet a le pouvoir formel de juger en équité, de tenir compte de toutes les créances réciproques entre les époux et de permettre au mari d'opérer des retenues sur la dot. Il semble qu'à l'origine le pouvoir du juge était discrétionnaire, mais par un phénomène bien connu en matière juridique, le pouvoir discrétionnaire à un moment donné finit toujours par être réglementé. C'est ainsi qu'à l'époque classique, on fixe d'une manière précise les différents cas de retenues sur la dot. C'est ce que l'on appelle la théorie des "retentiones", les retenues sur la dot.

On distingue deux sortes de "retentiones": les retenues présentant un caractère pécuniaire et les retenues présentant un caractère moral. Les premières, en raison de leur caractère pécuniaire, peuvent être exercées aussi bien par le mari, en cas de divorce ou de prédécès de la fille vis-à-vis de son "paterfamilias" que par les héritiers du mari, au cas où c'est le mari qui est mort le premier. On y range les retenues

Propter res donatas

faites en raison des donations. Le mari opère des retenues sur la dot de sa femme pour les libéralités qu'il lui avait faites au cours du mariage.

Propter res amotas.

Il y a également des retenues "propter res amotas", pour les détournements. C'est le cas, où, en prévision du divorce, la femme a fait des provisions et a quitté le domicile conjugal en emportant un certain nombre de choses appartenant à son mari. Le mari

Source : BIU Cujas

s'en est aperçu, il retient sur le montant de la dot, les détournements opérés par sa femme.

Propter impensas. Les différentes sortes d'impenses.

Il y a également les retenues relatives aux impenses. La théorie des impenses dotales est assez complexe, puisqu'un jeune candidat à l'agrégation a consacré toute une thèse de doctorat, en 1937, de plusieurs centaines de pages, à la question des impenses dotales.

On distingue plusieurs sortes d'impenses. Il y a des impenses nécessaires, dont le mari peut opérer la retenue intégrale. Par exemple la maison dotale avait un toit branlant ou qui prenait l'eau, il était absolument indispensable de réparer le toit si on ne voulait pas que la maison soit complètement détériorée, le mari peut retenir le montant intégral de cette impense.

Il y a des impenses utiles, par exemple on a mis de l'engrais dans le champ dotal, ou bien on a fait des réparations qui n'étaient pas indispensables, en ce cas-là, suivant le jurisconsulte Paul, le mari pourra se faire rembourser s'il avait eu le consentement de sa femme.

Enfin il y a des impenses voluptuaires, ce sont des impenses qui n'étaient pas du tout indispensables ni même utiles. On a fait des revêtements de marbre dans le couloir d'une maison dotale. En ce cas-là le mari ne pourra rien réclamer, il pourra seulement retirer les impenses qu'il a mises, mais il ne pourra pas retirer les choses qu'il ne pourrait enlever sans détériorer le fonds dotal, par exemple les revêtements de marbre.

Propter liberos.

A côté des retenues présentant un caractère pécuniaire, il y a des retenues présentant un caractère moral et qui sont fixées d'avance à un certain pourcentage de la dot. Il y a d'abord les retenues pour les enfants. C'est uniquement au cas de divorce dû à la faute de la femme ou du chef de famille de la femme. La femme a divorcé, ou bien le chef de famille a repris la femme, l'a fait rentrer au domicile paternel. En ce cas-là, le mari à qui on a laissé la charge de l'entretien et de l'éducation des enfants déclare qu'il retiendra un sixième de la dot par enfant, sans que cela puisse excéder la moitié de la dot.

Il y a les retenues pour les moeurs. C'est le cas où la femme s'est mal conduite; le mari se dédommage de la mauvaise conduite de la femme sur la dot. Si la femme a commis un adultère, le mari garde un sixième de la dot, si la femme s'est conduite d'une manière contestable, ce sera un 1/8 de la dot.

Retenues à

Il y a enfin des retenues qui ne s'appliquent

Source : BIU Cujas

l'égard du père sur la dot profectice.

que vis-à-vis du chef de famille de la fille prédécédée qui reprend la dot profectice. Le chef de famille a le droit, en cas de précédès de la fille, de reprendre la dot parce que c'était lui qui l'avait constituée mais il ne peut pas la reprendre intégralement parce que c'est le mari qui a la garde et la charge des enfants. On permet par suite au mari de garder sur la dot qu'il restitue au chef de famille de la femme une somme égale au cinquième de la dot par enfant, sans qu'il y ait de limite, par conséquent, au-delà de qutre enfant c'est la dot entière.

D'ailleurs le mari n'était pas obligé d'opérer par voie de retenues sur la dot de sa femme, il pouvait, s'il le préférait, utiliser des actions spéciales qui étaient mises à sa disposition. Et même ces actions spéciales pouvaient seules être exercées quand le mari était poursuivi par l'action "ex stipulatu", et non pas par l'action "rei uxoriae".

C'est ainsi qu'une action spéciale pouvait être utilisée par le mari pour obtenir une indemnité pécuniaire pour le dommage causé par les fautes graves de sa femme, ou bien encore une autre action de caractère pénal lui permettait d'obtenir la restitution des biens qui, lors du divorce, avaient été dérobés par la femme.

Délai de restitution.

Pour restituer les biens dotaux, le mari a normalement un délai , en ce qui concerne les choses de genre, c'est-à-dire les choses qui se consomment , qui s'aliènent facilement et qu'il n'est pas tenu de posséder en nature lors de la dissolution du mariage, tandis qu'au contraire il doit restituer immédiatement les biens qu'il était tenu de conserver.

Privilège garantissant la restitution de la dot.

L'action "rei uxoriae", à la différence de l'action ex stipulatu" donne droit à la femme à un privilège qui lui permet de passer avant les créanciers ordinaires de son mari. Mais, à la différence des privilèges modernes, le privilège romain ne passe pas avant les hypothèques et c'est pourquoi, malgré son privilège, la femme sera primée dans ses poursuites sur les biens du mari par les créanciers hypothécaires de celui-ci.

C- Les réformes du Bas-Empire, et plus particulièrement de Justinien.

Le régime dotal a subi quelques retouches au cours du Bas-Empire, mais il a été surtout complètement remanié par Justinien. Reprenons successivement: la constitution de la dot , la situation de la dot pen-

Source : BIU Cujas

dant le mariage, et enfin la restitution de la dot.

I- Disparition de la dictio dotis, validité du pacte de constitution de dot.

I°- En ce qui concerne la constitution de dot, signalons que la "dictio dotis" a disparu sous le règne de Justinien, car elle n'était pas en usage, ou tout au moins elle était très peu usitée dans les provinces grecques de l'Empire.

Par contre, par une importante constitution de réforme de l'année 428, Théodose II a reconnu la validité juridique de la simple convention de dot. Désormais on n'exige plus de formes particulières pour que celui qui constitue une dot soit valablement tenu d'exécuter sa promesse. Justinien précise même qu'il n'est pas nécessaire que la convention soit constatée par écrit. Du simple fait d'avoir promis sans formes de verser la dot, on est valablement tenu de la verser et on peut être poursuivi en exécution de sa promesse en justice.

L'obligation de doter du père.

D'autre part, dans le droit de Justinien tout le monde reconnaît qu'il existe pour le "paterfamilias" une véritable obligation juridique de doter sa fille ou sa petite-fille, et même Justinien prévoit qu'en cas de secondes noces le chef de famille doit en principe donner une dot aussi forte que la première fois.

Justinien admet exceptionnellement que la mère peut se trouver tenue de doter sa fille. Sa constitution prévoit que la mère pourra être tenue de doter sa fille dans les divers cas qui ont été prévus par la loi, mais les auteurs, malgré toutes leurs recherches, n'en ont pu trouver qu'un seul : c'est celui où la mère était hérétique et où la fille suivait la religion orthodoxe; la mère hérétique sera tenue de doter sa fille de religion orthodoxe.

2- Incertitude sur le point de savoir si la dot appartient au mari ou à la femme. Opposition entre la subtibilité du droit et le droit naturel.

2°- Examinons à présent la situation de la dot pendant le mariage. Justinien a si profondément modifié la situation respective du mari et de la femme vis-à-vis des biens dotaux que les auteurs modernes ont pu se demander si le mari était vraiment toujours propriétaire de la dot.

Une constitution de Justinien prévoit que la femme pourra revendiquer les biens dotaux à la dissolution du mariage. On en tire la conclusion que la femme devait en être propriétaire, car c'est le propriétaire qui peut seul intenter l'action en revendication. Ce à quoi on répondit immédiatement que la même constitution donne le choix entre l'action en revendication et l'action hypothécaire. Or, l'action hypothécaire ne peut être exercée que par un créancier, et si la femme est créancière de sa dot, c'est donc

Source : BIU Cujas

qu'elle n'en est pas propriétaire. Les deux arguments se détruisent.

On ajoute que Justinien prohibe formellement l'aliénation par le mari des biens dotaux. S'il n'en était pas propriétaire, on n'aurait pas besoin de lui défendre de les aliéner, puisque s'il n'était pas propriétaire il n'aurait pas le droit de les vendre ou de les donner. On n'interdit de vendre ou de donner des biens qu'à ceux qui en sont propriétaires.

Il semble plus exact de croire que la contradiction intime existe en Justinien lui-même qui n'a pas su choisir entre la tradition romaine, qui donnait au mari la propriété de la dot, et la tradition hellénique, qui laissait à la femme la propriété de ses biens dotaux.

Et ceci apparaît par la manière dont il s'exprime. Il déclare que la dot est toujours la propriété du mari "si on s'en tient à la subtilité des lois". C'est lui, le grand législateur du Bas-Empire, qui critique en quelque sorte le caractère juridique des institutions et qui reproche aux lois leur subtilité. Et si la dot reste la propriété de la femme en raison de la subtilité des lois, au contraire, en vertu du droit naturel et des usages sociaux, on doit la considérer comme étant vraiment à la femme, comme étant dans une certaine mesure le patrimoine propre de la femme. C'est ce qui explique pourquoi, bien que la dot soit toujours la propriété du mari, ses droits soient souvent restreints comme ceux d'un simple usufruitier, tandis que les droits de la femme ont considérablement augmenté.

Réglementation de l'aliénation de l'immeuble dotal.

Tout d'abord, Justinien ne permet plus d'aliéner les fonds dotaux, qu'ils soient situés en Italie ou en Province. Désormais les immeubles de la femme sont tous inaliénables. Et même Justinien, voulant protéger la femme contre elle-même, lui avait primitivement interdit de donner son consentement à la vente ou à la donation des biens dotaux. Mais par la suite il atténua la portée de cette prohibition et en l'année 537 il déclara que l'aliénation faite avec le consentement de la femme serait valable si la femme avait renouvelé son concours deux ans après. Du moment où deux ans après la femme est toujours dans les mêmes dispositions, c'est donc que son consentement ne lui avait pas été arraché par surprise ou par ignorance.

Le mari peut toujours vendre ou donner les meubles dotaux, mais il engage sa responsabilité s'il a vendu ou donné des meubles qui, en raison de leur caractère, auraient dû être conservés.

Atténuation

On admet d'autre part qu'il n'est tenu d'apporter

Source : BIU Cujas

de la responsabilité du mari dans l'administration de la dot.

dans l'administration et la conservation des biens dotaux que le soin qu'il apporte dans la gestion de ses propres affaires. Sa responsabilité devient ainsi moins rigoureuse qu'en droit classique, où il était tenu de son dol et de sa faute, car désormais si le mari a l'habitude de mal gérer ses biens , on ne lui tiendra pas rigueur d'avoir aussi mal administré les biens de sa femme que ses propres biens.

Restitution anticipée de la dot ou de certains biens dotaux.

Enfin la femme, dans le droit de Justinien, a la faculté de protester contre le fait que sa dot est en péril, du fait des tendances de son mari à la dilapidation ou à la mauvaise administration. Elle demande alors au cours du mariage la restitution de sa dot ou sa mise sous séquestre.

On admet également que la femme , au cours même du mariage, puisse obtenir une restitution de certains biens dotaux, par exemple pour racheter des enfants nés d'une première union, prisonniers de guerre. La femme a besoin d'argent, elle demande à son mari, qui se soucie fort peu des enfants du premier lit de lui rendre un peu d'argent de la dot pour qu'elle puisse racheter ses enfants.

3- Droit de la femme et même de ses héritiers à la restitution de la dot.

3°- La restitution de la dot à la dissolution du mariage.

Dès avant Justinien, on constate une tendance à assurer dans tous les cas de dissolution du mariage, à moins de faute grave de la femme, la restitution de la dot. On considère que le mari à la dissolution du mariage n'a normalement pas le droit de conserver les biens dotaux, qu'ils lui avaient été donnés dans un but déterminé, et que du moment où ce but disparaît la dot doit être restituée. C'est là l'une des idées qui président aux réformes de Justinien, qui permet dans tous les cas de demander, sauf au cas de divorce injustifié, la restitution de la dot par le mari.

A l'époque classique, cette restitution pouvait être demandée soit par le constituant de la dot soit par la femme elle-même, soit par le "paterfamilias" de la femme, en cas de prédécès de celle-ci.

Dans le droit de Justinien, la restitution de la dot peut même être réclamée par les héritiers de la femme si elle est morte après son "paterfamilias" et au cours du mariage. C'est qu'en effet les héritiers de la femme seront normalement les enfants nés du mariage et l'on veut que les biens dotaux aillent aux enfants et que le mari ne puisse pas les dilapider après la mort de la femme.

L'action ex stipulatu de bonne foi en

Mais Justinien, en l'année 530, a procédé à une réforme singulière. Justinien, en effet, déclare abolie l'action "rei uxoriae" traditionnelle qui à l'époque

Source : BIU Cujas

restitution de la dot.

classique sanctionnait l'obligation civile de restituer la dot. Désormais la femme qui réclame la restitution de sa dot, ou le chef de famille qui demande la restitution de la dot donnée à sa fille, devront utiliser l'action "ex stipulatu", bien qu'il n'y ait pas eu de stipulation. Et il ajoute, ce qui porte l'obscurité de la réforme à son comble, que cette action "ex stipulatu" revêtira désormais les caractères qu'avait à l'époque classique l'action "rei uxoriae", ce qui fait qu'alors que l'action "ex stipulatu" est une action normalement de droit strict, l'action "ex stipulatu" en restitution de la dot sera une action de bonne foi concédant au juge les plus larges pouvoirs d'appréciation.

Au contraire, si la restitution de la dot a été stipulée par un constituant étranger à la famille, il aura toujours à sa disposition la vieille action "ex stipulatu" de droit strict.

Ainsi, par un singulier artifice, Justinien suppose que dans les cas d'obligation de plein droit de restituer la dot, il y a eu une stipulation tacite de restitution, à laquelle personne n'avait songé au moment de la formation du mariage, et en outre qu'en cas de stipulation tacite de restitution l'action "ex stipulatu" sera de bonne foi au lieu d'être de droit strict. C'est là une réforme assez curieuse, mais qui ne paraît pas fondée sur des notions juridiques très sûres.

Par qui peut être exigée la restitution de la dot.

Quand et par qui peut être exigée la restitution de la dot ?

Nous avons dit que désormais, à moins qu'il y ait de la part de la femme divorce injustifié, le mari doit restituer la dot dans tous les cas. Si le "paterfamilias" de la femme est encore en vie et si c'est lui qui a constitué la dot, c'est ce "paterfamilias" qui la réclamera après avoir obtenu le consentement de sa fille si elle est vivante, et sans son consentement si elle est morte.

Si le chef de famille est mort et si sa fille lui survit, c'est sa fille qui intentera la nouvelle action "ex stipulatu" en restitution de la dot.

Si la dot avait été constituée par une tierce personne qui avait stipulé la restitution à son profit elle intentera la vieille action "ex stipulatu" pour obtenir les biens dotaux.

Enfin si le chef de famille de la femme et si la femme elle-même sont décédés, la dot doit revenir aux héritiers légaux de la femme, en règle générale à ses enfants. Et alors on se rappelle en vertu de la théorie des biens adventices que les biens dotaux res-

Source : BIU Cujas

teront généralement en fait aux mains du mari jusqu'à son décès, en qualité de biens adventices.

Transformation apparente de la théorie des retentiones.

En ce qui concerne l'objet de la restitution, Justinien a encore fait des réformes qui en apparence sont importantes et qui en fait sont inexistantes. Justinien, en effet, a aboli la théorie des "retentiones" décidé que désormais le mari ne pourrait plus opérer comme par le passé des retenues pour les différentes créances sur les biens de sa femme. Mais si l'on examine ce qui se passe, on constate que, bien que l'on ait supprimé les retentiones, tout se passe approximativement de la même manière.

Tout d'abord Justinien déclare que les impenses nécessaires diminuent de plein droit le montant de la dot. Par conséquent, si le mari avait dépensé 100 sous d'or pour réparer la maison de sa femme qui menaçait ruine, il restituera la dot moins 100 sous d'or. Il n'y a plus de retenues pour impenses, mais cela revient au même puisque, avec la théorie des retenues pour impenses, il aurait déduit 100 sous d'or de la dot. Par conséquent c'est exactement la même chose que par le passé.

Dans d'autre cas, Justinien déclare que le mari pourra opérer une compensation entre les créances sur la femme et la créance de la femme en restitution de la dot. Qui dit compensation dit une certaine balance des comptes, restitution du surplus. Or, quel est le but des retenues ? C'était de ne restituer la dot que déduction faite des créances. Avec le système de la compensation on aboutit au même résultat. Les auteurs modernes ne s'en sont pas toujours aperçu, mais la réforme de Justinien est purement apparente.

Renforcement progressif des sûretés garantissant la restitution de la dot.

Quelles sont les garanties de restitution de la dot ? Justinien a voulu assurer à tout prix à la femme la restitution de ses biens dotaux à la dissolution du mariage, et c'est pourquoi il lui a accordé des garanties croissantes. Il s'y est repris à plusieurs fois, mais chaque année, il a renforcé les garanties de la femme.

L'action en revendication et l'action hypothécairetendant à la restitution des biens se trouvant encore dans le patrimoine du mari.

Nous avons vu tout d'abord qu'outre le privilège, Justinien par sa constitution de 529 accordait à la femme, pour obtenir la restitution des biens dotaux le choix entre une action en revendication et une action hypothécaire dans laquelle elle passerait avant les créanciers hypothécaires de son mari, postérieurs à la naissance de ses créances. Justinien nous dit que de cette manière la femme peut obtenir la restitution des biens qui existent encore au jour de la dissolution du mariage. Certains auteurs ont dit : il faut prendre ce mot dans un sens matériel: qui existent

Source : BIU Cujas

encore matériellement au jour de la dissolution du mariage. Ceci est fort contestable. D'une part ce serait un non sens , car pourquoi Justinien aurait-il éprouvé le besoin de dire qu'il ne fallait restituer en nature que les biens qui existaient encore matériellement ? Il est bien évident qu'on ne peut pas restituer en nature ce qui n'existe plus. D'autre part, cela reviendrait à dire que, même si le mari avait valablement aliéné ses biens, la femme pourrait les réclamer par l'action en revendication aux personnes à qui on les avait vendus. Alors on ne comprend plus pourquoi Justinien permettrait au mari de vendre valablement les biens mobiliers , mais permettrait à la femme de les réclamer aux acheteurs à la dissolution du mariage.

Aussi vaut-il mieux interpréter le texte de la manière la plus claire et admettre que cette action en revendication et cette action hypothécaire permettent d'obtenir la restitution des biens qui se trouvaient encore dans le patrimoine du mari à la dissolution du mariage, des biens dont il n'avait pas valablement disposé.

ypothèque légale tacite au jour du mariage sur tous les biens du mari.

Puis, en l'année 530, Justinien allait, par une nouvelle constitution, ruiner, a-t-on dit, le crédit des hommes mariés. C'est qu'en effet, en l'année 530, il donne à la femme comme garantie, une hypothèque générale tacite prenant rang du jour du mariage pour toutes les créances dotales, quel que soit le jour de leur naissance.

On tue ainsi le crédit des hommes mariés, car les personnes qui traiteront avec un homme marié ne seront jamais sûres, quelles que soient les garanties prises, d'être remboursées, puisque la créance de la femme à partir du jour du mariage sera préférée à toutes les créances hypothécaires postérieures. Quiconque aura traité pendant le mariage avec le mari risquera de ne pouvoir être remboursé parce que la femme réclamera la restitution de ses biens dotaux ou de leur équivalent.

L'hypothèque privilégiée de la femme.

Mais Justinien ne se trouvait sans doute pas satisfait, puisqu'en l'année 531 Justinien allait , dit-on, ruiner par avance le crédit des célibataires, en conférant à la femme, pour la restitution de sa dot, une hypothèque générale tacite privilégiée. Ceci veut dire que, quoi qu'il arrive, c'est la femme qui doit être préférée à tous les créanciers du mari. Voici des gens qui sont bien tranquilles, ils ont pris hypothèque sur les biens d'un célibataire assez riche, et par conséquent ils sont certains d'être remboursés. Ils ont une créance de 100 sous d'or, garantie par une

Source : BIU Cujas

hypothèque sur une maison de ce célibataire valant 500 sous d'or. Mais notre célibataire se marie, sa femme lui apporte une dot mobilière considérable, il la gaspille, le mariage est dissous soit par la mort de la femme, soit par le divorce. La femme, ou le chef de famille de la femme, réclame la restitution de la dot. La dot mobilière n'est plus en nature dans les biens du mari. Qu'à cela ne tienne: on réclame le remboursement de la dot sur la maison que possédait notre ancien célibataire ; et le créancier hypothécaire qui se croyait si bien protégé voit la maison vendue pour le montant de la créance en restitution de dot. Quant à lui, il ne sera jamais payé de ses 100 sous d'or. On comprend pourquoi on a dit que cette hypothèque privilégiée ruinait non seulement le crédit des gens mariés, mais le crédit des célibataires. On ne savait plus à qui se fier, on ne savait plus comment être sûr d'être remboursé de l'argent qu'on prêtait à longue échéance.

Ce qui est d'autre part extrêmement intéressant c'est que l'on voit, près de 1.300 ans plus tard, le Code Civil français condamner l'hypothèque privilégiée du droit de Justinien. Il y a dans notre Code civil des articles qui visent le droit de Justinien, qu'on ne peut pas comprendre sans cela, puisque l'art. 1572 de notre Code civil déclare que l'hypothèque privilégiée de la femme est expressément abrogée. Que vise-t-on dans cet article ? L'hypothèque du droit de Justinien dont nous venons de parler.

D'autre part, l'art. 2.135 de notre Code civil, tout en maintenant une hypothèque générale au profit de la femme mariée, déclare que, pour les créances postérieures au mariage, cette hypothèque ne prendra rang que du jour de l'apparition de ces créances. Ainsi donc notre droit civil maintient intact le crédit des célibataires et porte moins atteinte au crédit des gens mariés que ne le faisait la constitution antérieure du droit de Justinien.

§ 5 - Des donations nuptiales.

Nous nous trouvons ici en présence d'usages qui ne sont pas d'origine romaine. Il s'agit d'institutions qui sont entièrement inconnues du droit romain ancien ou du droit romain classique et qui se sont infiltrées dans le droit romain de l'Orient au Bas-Empire par suite de l'influence des usages des provinces orientales de l'Empire romain.

Source : BIU Cujas

Nous étudierons en premier lieu, très succinctement d'ailleurs, car la matière est très complexe et ce n'est pas du droit d'origine romaine, la donation "ante nuptias".

La donatio ante nuptias avant Justinien; son évolution au Bas-Empire; l'idée de réciprocité entre la dot et la donation ante nuptias.

I- La donation "ante nuptias".

Avant Justinien il faut parler de donation "ante nuptias", car la donation nuptiale pour être valable doit avoir été constituée avant le mariage. Elle ne peut pas être constituée ab initio au cours du mariage, car règne toujours la prohibition des donations entre époux.

Cette donation "ante nuptias" a son origine lointaine dans les usages archaïques en matière de mariage, dans l'usage primitif de la part du mari d'acheter sa femme, dans l'usage quelque peu postérieur des cadeaux faits par le fiancé à sa fiancée la veille du mariage.

Ainsi, à l'origine, la donation nuptiale n'a pas de liens directs avec la théorie de la dot, et l'on peut trouver un précurseur de cette donation nuptiale du Bas-Empire dans la législation d'Hammourabi. Malgré les nombreux siècles qui séparent le Bas-Empire du Code babylonien d'Ammourabi, il y a des analogies frappantes entre les usages nuptiaux de ces deux époques.

Mais, au cours du Bas-Empire, la théorie de la donation "ante nuptias" évolue rapidement, sans qu'il soit possible de donner ici des dates ou des détails trop nombreux.

Tout d'abord la donation nuptiale a pour but de constituer un petit capital dont la femme, veuve ou divorcée par la faute du mari , pourra profiter. C'est un fonds de réserve que l'on constitue pour l'avenir au profit de la femme.

Puis , le droit du Bas-Empire évoluant encore, l'intérêt des enfants apparaît à côté de l'intérêt de la femme divorcée et surtout veuve. On tend à ce que la donation nuptiale bénéficie non seulement à la femme, mais aux enfants qui naîtront de l'union. Et ainsi se dégage cette idée extrêmement intéressante, que l'on pourrait appliquer de nos jours également, que la dot ne doit pas avoir lieu sans réciprocité, qu'il n'est pas normal que ce soit seulement la femme ou la famille de la femme qui apporte une contribution au ménage qui se forme, qu'il est aussi naturel que le mari apporte sa contribution personnelle ou que les parents du mari dotent en quelque sorte leur fils en donnant une donation "ante nuptias". Et c'est ainsi

Source : BIU Cujas
Reproduction interdite

que s'établit une sorte de parallélisme entre la donation "ante nuptias", apport de la famille du mari au nouveau ménage, et la dot, apport de la famille de la femme au ménage qui va ainsi se constituer, biens dont pourront bénéficier éventuellement les enfants qui naîtront de l'union.

2- La donation "propter nuptias" dans le droit de Justinien.

Caractère original d'une donatio propter nuptias. Les gains de survie et leur réglementation de l'égalité proportionelle de l'égalité arithmétique.

On dit désormais : donation "propter nuptias", donation à cause du mariage, parce que Justinien admet que cette donation pourra être constituée pour la première fois au cours même du mariage. Et ceci montre très bien le caractère original de cette donation, la différence profonde qui la sépare d'une donation ordinaire. Les donations habituelles entre époux sont toujours prohibées, et cependant on favorise même au cours du mariage les donations nuptiales. C'est parce que cette donation n'a pas pour but de favoriser injustement l'un des époux, mais de contribuer à la constitution d'un véritable patrimoine familial; idée que l'on pourrait avec fruit appliquer encore dans notre droit moderne où l'on cherche à équilibrer les rapports entre époux sur un plan nouveau.

Justinien dans son Code admet encore la liberté des apports réciproques des deux familles. Mais au cas où il existe des conventions sur les gains de survie, c'est-à-dire sur la partie de la dot que le mari pourra conserver, sur la partie de la donation que conservera la femme, il admet une égalité proportionnelle. Il décide que le mari pourra profiter du bénéfice de la dot de sa femme dans la même proportion où la femme pourrait profiter de la donation nuptiale.

Cette réforme a l'air en apparence équitable, puisque l'on établit une égalité proportionnelle. Mais il n'en est rien, car on peut aboutir aux conséquences les plus choquantes. La femme a apporté en dot à son mari 100.000 sous d'or; le mari a apporté en donation 1.000 sous d'or. Les conventions sur les gains de survie sont fondées sur le principe de l'égalité proportionnelle, si c'est la moitié , alors l'un pourra s'en tirer en perdant 500 sous d'or, tandis que l'autre ne pourra s'en tirer qu'en perdant 50.000 sous d'or. C'est là l'égalité proportionnelle, si l'un garde la moitié, l'autre garde également la moitié. Comme vous le voyez, l'équité n'existe qu'en apparence.

Justinien s'est aperçu en l'année 539 de cette injustice, mais pour la faire disparaître il a employé les grands moyens. Il s'est dit : s'il y a des injustices, c'est parce qu'il arrive fréquemment que l'un fait un apport minime tandis que l'autre fait un apport

Source : BIU Cujas

considérable. Il y a donc un moyen très simple de supprimer les inégalités, c'est de décider qu'obligatoirement les deux familles feront un apport égal. Et c'est ainsi qu'on en arrive à cette idée assez curieuse d'une égalité arithmétique entre la dot et la donation nuptiale. Justinien ne faisait d'ailleurs que suivre ainsi l'exemple de l'Occident (constitution de l'an 458) et les usages en vigueur dans les provinces européennes de l'Empire d'Orient, tandis que les usages étaient différents dans les provinces asiatiques.

Ainsi, à partir de l'année 539 après J.C. il y a une véritable équivalence, entre la dot et la donation nuptiale . Les deux familles apportent la même somme, la même quantité de biens au nouveau ménage pour subvenir à ses besoins et pour constituer un patrimoine garanti à la femme et aux enfants qui naîtront de l'union.

Versement de la donatio propter nuptias lors de la dissolution du mariage.

Les mêmes mesures sont prises pour protéger la donation nuptiale et la dot. Bien plus, la donation n'est pas versée à la femme pendant le cours du mariage. On aurait pu concevoir que, lors de la formation du mariage, la femme verse la dot au mari, tandis que le mari aurait versé la donation nuptiale à la femme, mais il n'en est rien. La famille de la femme verse bien la dot au mari, mais le mari ou la famille du mari ne verse rien du tout à la femme, les donations sont faites par voie de promesses, qui se réaliseront plus tard, lors de la dissolution du mariage, mais les biens qui sont ainsi affectés à cette donation nuptiale forment un véritable patrimoine d'affectation dans les biens du mari, ils sont inaliénables comme les biens dotaux.

Ainsi, dans le droit de Justinien, il existe un véritable patrimoine familial, qui se trouve entre les mains du mari, qui est protégé contre la dilapidation et contre l'aliénation et qui est constitué par moitié par des biens apportés par la famille du mari et par moitié par des biens apportés par la famille de la femme.

§ 6 - La dissolution du mariage, le divorce.

Rien n'est plus facile que de dissoudre un mariage qui s'est formé sine manu, car cette union ne dure que tant que les conditions de validité et de formation du mariage que nous avons étudiées, se trouvent réunies, et l'union peut se dissoudre toute seule par

Source : BIU Cujas

certains évènements, ou être dissoute par la volonté de l'un des époux. Il y a des causes de dissolution forcée du mariage, et il y a des causes de dissolution volontaire.

I- Causes de dissolution forcée.

La mort.

Il y a toute une série de cas où, malgré la volonté des époux, l'union doit nécessairement se dissoudre par suite des circonstances. Le cas le plus évident, c'est la mort de l'un des époux. On admet toujours que la mort de l'un des conjoints entraîne la dissolution du mariage.

La perte de la liberté ou de la cité.

En second lieu, il en est de même de la perte de la liberté ou du droit de cité, car le mariage romain suppose que l'on reste citoyen et que l'on ne devienne pas esclave. Si l'un des époux devient pérégrin ou tombe en esclavage, le mariage est dissous. Nous savons même que le "post-liminium" n'avait aucune influence sur le mariage "sine manu", à la différence de ce qui se passait pour le mariage "cum manu". Le prisonnier de guerre évadé et revenant sur le sol romain n'était plus marié, car on ne pouvait pas faire qu'il ait vécu avec sa femme alors qu'il avait été enfermé pendant quelques années dans un camp de concentration. Ceci d'ailleurs n'était pas bien grave, car si sa femme était toujours dans les mêmes dispositions il suffisait qu'il vive à nouveau avec elle pour qu'immédiatement un nouveau mariage sine manu prenne naissance. Le mariage était dissous par la captivité, il renaissait dès que les deux époux vivaient à nouveau ensemble avec l'intention d'être mari et femme.

Mais à l'époque du Bas-Empire, une telle manière de voir est contraire aux idées chrétiennes, et c'est pourquoi Justinien décida que la captivité n'était plus une cause de dissolution forcée du mariage. Désormais, si son mari a été fait prisonnier, la femme doit attendre pendant cinq ans que son mari revienne, et pendant cinq ans, divorcer, serait de sa part un acte illicite, injustifié. C'est seulement au bout de cinq ans que l'on considère qu'elle a de bonnes raisons de croire que son mari est mort en captivité, qu'elle ne le reverra jamais, et il ne lui reste plus qu'une chose à faire, c'est de se remarier.

D'autre part, le droit de Justinien n'admet plus que la femme cesse d'être mariée sous prétexte que son mari a été condamné à la déportation, et dans le droit de Justinien la perte du droit de cité n'entraîne plus non plus la dissolution du mariage.

Source : BIU Cujas

Ainsi donc, sous Justinien, il n'y a plus dissolution forcée du mariage qu'en cas de perte de la liberté, de réduction en esclavage de l'un des époux.

Survenance d'un empêchement qui aurait mis obstacle au mariage.

Enfin, en troisième lieu, le mariage peut être également dissous par la survenance après coup d'un empêchement de mariage. Tel était le cas, avant Justinien; quand le mari d'une affranchie avait été nommé sénateur, par son élévation au Sénat, son mariage était automatiquement dissous, car on ne peut pas à la fois être sénateur et marié à une affranchie.

Tel était le cas également où le beau-père aurait commis l'imprudence d'adopter son gendre; son gendre devenant légalement son fils deviendrait en même temps légalement le frère de sa femme,et par suite d'un inceste survenant après coup le mariage serait dissous. Mais il y avait un moyen très simple de s'en tirer, c'était de procéder à un chassé-croisé : le chef de famille simultanément émancipait sa fille et adoptait son gendre, ce qui faisait que désormais c'était son gendre qui était son fils et sa fille ne l'était plus.

2- Causes de dissolution volontaire du mariage.

De même que la formation du mariage exige pendant longtemps un accord de volonté et un état de fait, de même la dissolution du mariage a longtemps exigé simultanément la volonté de ne plus être liés et une cessation de la vie commune.

Il faut que la volonté de divorcer soit incontestable et se soit manifestée dans les faits par l'établissement d'un domicile séparé. Et même on ne tient pas compte parfois d'une petite dispute, que l'on regrette bientôt après. En ce cas on considère qu'il ne s'est rien passé et qu'il n'y a pas eu de cause véritable de divorce.

Nous étudierons successivement les conditions de validité du divorce et les restrictions apportées à la liberté de divorcer.

Manifestation de la volonté de divorcer.

I°- Les conditions de validité du divorce.- De tout temps il a été d'usage de manifester d'une manière solennelle la volonté de divorcer, et par exemple le mari disait à sa femme:"Res tuas tibi habeto", prends tes affaires avec toi et va-t-en! Cicéron se demandait s'il fallait exiger des paroles solennelles ou si au contraire une simple manifestation de volonté suffisait à asseoir un divorce valable.

Certains auteurs modernes soutiennent encore qu'Auguste, dans la loi Julia, aurait exigé des formes solennelles pour la validité du divorce. Mais en réalité il semble y avoir une confusion entre le doit de l'époque d'Auguste et le droit du Bas-Empire. Et les

Source : BIU Cujas

questions que se posent dans des cas pratiques les jurisconsultes classiques prouvent qu'en réalité le divorce pouvait être parfaitement valable malgré l'absence de toute formalité. Par conséquent, il semble qu'il ne faille pas tenir compte de l'exigence pour la validité du divorce de paroles solennelles dans le droit classique.

Ainsi sous le Haut-Empire le divorce était un acte sans formes, qui exigeait pour sa validité à la fois la réunion d'une volonté de divorcer et la séparation effective des deux conjoints.

Suppression à l'époque des Antonius du droit pour le paterfamilias de la femme de rompre le mariage.

Nous avons même vu d'ailleurs que, jusqu'à l'époque d'Antonin le Pieux, ce n'était pas nécessairement l'un des conjoints lui-même qui donnait le signal du divorce, que le "paterfamilias" de la femme pouvait dissoudre l'union en reprenant sa fille, en la contraignant à revenir au domicile paternel. Mais à la suite des mesures prises par les empereurs, on empêcha le chef de famille d'exercer indûment son pouvoir et finalement, dans le droit de Justinien, est posé le principe que tant que les époux veulent vivre ensemble, l'un des chefs de famille ne peut dissoudre l'union qu'en cas de cause grave et légitime.

Le libelle de répudiation au Bas-Empire.

Au cours du Bas-Empire devait se produire une profonde transformation dans la validité du divorce. En l'année 449, les empereurs Théodose et Valentinien posent le principe que désormais la volonté de divorcer devra se manifester extérieurement, dans l'envoi d'une missive de répudiation. Les empereurs déclarent: nous prescrivons que désormais le mariage ne peut plus être dissous que par l'envoi d'un "repudium". Cet envoi d'un message de répudiation, qui anciennement n'aurait été que le préliminaire indispensable du divorce, qui aurait été la manifestation de la volonté de divorcer, qui aurait dû être accompagné de la cessation effective de la vie commune, désormais suffit à lui seul à rompre l'union. On n'exige plus au Bas-Empire qu'il y eut un acte matériel de séparation des époux, du moment où la volonté de divorcer a été ainsi manifestée d'une manière expresse et formelle. Ainsi dans le droit du Bas-Empire, en Orient, le divorce a désormais exigé l'envoi par l'un des époux à l'autre d'une lettre de répudiation.

Justinien alla même plus loin et il prescrivit la présence de sept témoins. Mais, comme il arrive généralement quand une réforme ne correspond pas aux usages, cette réforme de Justinien ne fut pas durable et après lui on continua comme par le passé à exiger simplement pour la validité du divorce l'envoi d'un

Source : BIU Cujas

libelle de répudiation, d'un acte écrit dans lequel l'un des époux manifestait formellement sa volonté de divorcer.

Mesures indirectes prises sous l'Empire pour enrayer le divorce sans arriver jamais à sa prohibition.

2°- Mesures prises contre l'abus du divorce.

Le lien conjugal était devenu très fragile dans les deux derniers siècles de la République par suite de l'usage de divorcer pour des motifs souvent futiles. Les empereurs, à maintes reprises, essayèrent de freiner les divorces et même, à l'époque chrétienne, manifestèrent leur hostilité profonde à l'égard du divorce. Mais l'usage de divorcer était tellement enraciné dans les moeurs qu'ils n'osèrent jamais mener la lutte de front, qu'ils n'osèrent jamais abolir la liberté du divorce, et ils se contentèrent de prendre des mesures de plus en plus efficaces contre ceux qui exerceraient sans droit la faculter de divorcer.

Déjà au cours de la République, le censeur intervenait parfois contre celui qui avait renvoyé sa femme dans des circonstances inadmissibles, et marquait une note de blâme sur les registres du cens, une "nota censoria".

Mais à la fin de la République, il semble que l'on ne prenne plus aucune mesure contre le divorce. C'est chose tellement courante qu'on ne songe plus à blâmer ceux qui divorcent. Et même la liberté de divorcer paraît quelque chose absolument d'ordre public. On n'admet pas que par une convention particulière on restreigne la liberté du divorce.

Auguste s'efforça de moraliser la société romaine et fit voter deux lois règlementant le mariage, mais lui non plus ne va pas prohiber le divorce, bien au contraire, il va imposer le divorce à l'époux trompé, en cas d'adultère; il n'admet pas que l'époux trompé puisse garder sa femme, lui pardonner.

Mesures pécuniaires contre les époux fautifs.

D'autre part, on prend des mesures pécuniaires contre les époux fautifs. Mais on ne va pas très loin dans cette voie, sauf cependant lorsque c'est une affranchie qui a épousé son patron. Quand il s'agit d'un mariage entre une affranchie et son patron, on considère que l'affranchie bénéficie d'une faveur dont elle doit se montrer reconnaissante, qu'il n'est pas convenable qu'une affranchie que son patron a épousée après l'avoir libérée de la servitude lui notifie ensuite sa volonté de divorcer.

Il y a deux cas à envisager. Il y a tout d'abord celui où c'est en vue de l'épouser que son maître l'avait affranchie. En ce cas, c'est à la volonté de son patron de contracter mariage avec elle qu'elle doit la liberté; elle ne peut pas répudier son patron malgré lui.

Source : BIU Cujas

Au contraire, il peut arriver que, lorsque son maître l'a libérée de la servitude, il n'avait pas encore d'intentions matrimoniales à son égard, mais qu'il l'ait épousée par la suite. En ce cas, elle pourra le répudier valablement, mais tant que son patron manifestera le désir de maintenir les liens qui les unissaient, elle ne pourra pas se remarier.

Enfin dans le droit de Justinien, quel que soit le cas envisagé, l'affranchie peut bien répudier son patron, mais elle ne pourra pas se remarier si celui-ci s'y oppose.

La lutte des empereurs chrétiens contre la répudiation unilatérale. Motifs légitimes de répudiation.

C'est avec les empereurs chrétiens que commence une véritable lutte contre l'abus du divorce. Les empereurs pendant très longtemps, et même d'une manière générale, sauf une réforme spéciale de Justinien, s'en prennent surtout à la répudiation unilatérale, tandis qu'au contraire le divorce par consentement mutuel reste parfaitement licite. C'est là une différence avec notre droit moderne, puisque notre Code Civil ne connaît pas le divorce par consentement mutuel. Les empereurs vont par suite fixer des motifs légaux, des motifs légitimes de répudiation, et à défaut de l'une de ces justes causes, la dissolution du mariage sera bien valable, mais la loi édictera des pénalités contre celui qui a abusé du droit de divorcer.

La constitution de Constantin, de l'année 531, qui inaugure ce mouvement, ne prévoit que trois causes légitimes de répudiation de la part de chacun des conjoints. Le mari peut légitimement répudier sa femme si elle a commis un adultère, si elle a commis un empoisonnement, ou enfin si c'est une entremetteuse. Quant à l'épouse, de son côté elle pourra renvoyer son mari si c'est un empoisonneur, si c'est un assassin ou si c'est un violateur de tombes, s'il a l'habitude de violer les sépultures.

En dehors de ces cas, la femme qui répudie son mari perd à la fois la dot et la donation nuptiale, et elle est punie de la déportation dans une île. Il y a donc bien peu de chances que la femme use d'une manière abusive de son droit de divorcer, puisqu'elle perdrait sa dot et sa donation nuptiale et serait déportée dans une île. Quant au mari il est simplement tenu de l'obligation de restituer immédiatement la dot et frappé de l'impossibilité de se remarier.

L'empereur Julien allait rétablir pendant quelques années la liberté complète du divorce, et ceci parce que Julien est un empereur païen au milieu des empereurs chrétiens. Mais les empereurs qui lui succèdèrent rétablirent les pénalités contre les divorces injustifiés, et dans le droit de Justinien nous rencontrons toute une réglementation précise et assez com-

Source : BIU Cujas

plexe de la matière du divorce.

L'empereur, dans la novelle 22, maintient la liberté absolue du divorce par consentement mutuel, Mais, quelques années plus tard, par la novelle II7, il va au contraire interdire d'une manière absolue le divorce par consentement mutuel. Ceci paraît avoir violemment mécontenté les habitants de l'Empire, puisque, après Justinien, Justin II fut obligé de rétablir la liberté du divorce par consentement mutuel.

La répudiation à l'époque de Justinien.

Quant aux cas de répudiation unilatérale, il distingue trois séries d'hypothèses possibles.

I) repudium ex justa causa.

Il y a tout d'abord le "repudium ex justa causa" la répudiation justifiée, fondée sur une cause légitime. C'est ici le conjoint qui notifie le libelle de répudiation, qui est considéré comme ayant raison de répudier son conjoint. Par exemple c'est le mari qui répudie sa femme parce qu'elle a commis un adultère, parce qu'elle a attenté à sa vie, parce qu'elle a abandonné le domicile conjugal sans raison, parce qu'elle exerce certaine profession répréhensible. Ou bien encore c'est la femme qui répudie légitimement son mari parce qu'il entretient une concubine au domicile conjugal. Dans ces cas-là, l'époux fautif qui a ainsi amené l'autre à le répudier est frappé de certaines pénalités.

2) Divortium bona gratia .

Il y a en second lieu le "divortium bona gratia" c'est le divorce que la loi considère comme légitime à l'égard des deux époux. Il s'agit là de cas tout à fait exceptionnels. En effet, on suppose par exemple que l'un des époux prononce tout à coup des voeux de chasteté et entre dans un ordre religieux; en ce cas-là il y a cause légitime de divorce. Ou bien encore on suppose que l'un des époux devient fou. C'est de nos jours une grande question de savoir si l'on doit admettre le divorce justifié par la folie de l'un des époux. Justinien l'admet. C'est enfin le cas où la femme croit que son mari est mort en captivité et au bout de cinq ans déclare qu'elle n'est plus dans les liens du mariage et qu'elle désire se remarier.

3) Le repudium sine justa causa.

Enfin en troisième lieu, il y a le "repudium sine justa causa", la répudiation sans motif légitime. Celui qui répudie son conjoint n'avait aucune raison légitime d'exiger le divorce. Il a exercé sans droit sa volonté de divorcer. En ce cas on prend des mesures très sévères. Si c'est la femme qui a répudié sans motif son mari, elle perd sa dot et même tout le reste de son patrimoine, elle est dépouillée de tous ses biens; le tiers des biens qui lui appartenaient sera attribué au couvent où elle devra se retirer définiti-

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

vement, pour méditer sur les dangers d'exercer d'une manière injustifiée les droits qu'accorde la loi; les autres deux tiers de son patrimoine appartiendront à ses descendants ou à ses ascendants. Il y a donc ici une sorte de mort civile de la femme qui a répudié sans raison légitime son mari.

Quant au mari fautif, on est moins sévère pour lui, on lui inflige simplement des peines pécuniaires.

Ainsi dans le droit de Justinien, si le mari ,à la rigueur, en sacrifiant une partie de son patrimoine, peut exercer le droit de divorcer et vivre encore dans le monde, pour la femme au contraire, c'est là un acte dangereux auquel elle ne se livrera pratiquement jamais.

Le sort des enfant après divorce.

Après le divorce, les enfants seront généralement confiés au père. Mais si c'était le père qui s'était mal conduit, ou si s'était au père que le divorce était imputable, alors c'est la mère qui en obtiendra la garde.

Chapitre IV.

LE CONCUBINAT.

Définition.

Quand deux personnes de sexes différents vivent ensemble sans avoir contracté le mariage romain ou sans avoir le "conubium", on peut avoir affaire soit à un mariage pérégrin, soit à un mariage du droit des gens soit enfin au concubinat.

Nous ne reviendrons pas sur le mariage pérégrin ni sur le mariage du droit des gens dont nous avons parlé à propos des pérégrins, et nous étudierons ici simplement le concubinat.

Il est indispensable de suivre un plan historique et nous étudierons en premier lieu le concubinat sous le Haut-Empire.

Source :.BIU Cujas

I- Le concubinat sous le Haut-Empire.

Absence d'effet juridique du concubinat à l'époque classique. Le concubinat simple était de fait.

Pendant longtemps, les auteurs n'ayant pas le sens historique suffisamment développé avaient attribué au droit du début de l'Empire ce qui n'est en réalité que le droit de Justinien. Les auteurs avaient soutenu que le concubinat avait été de tout temps une union inférieure qui établissait d'une manière officielle la filiation entre le père et les enfants.

Mais les auteurs les plus récents ont en réalité démontré que jusqu'à Justinien le concubinat ne produisait pas pratiquement d'effets juridiques dans les rapports entre le père et les enfants et qu'en tout cas, sous le Haut-Empire, dans le concubinat l'enfant n'était officiellement rattaché qu'à la famille de sa mère et à sa mère elle-même.

Entre qui peut exister le concubinat.

La majorité des auteurs modernes, en particulier la quasi-unanimité des auteurs italiens, a voulu restreindre considérablement le domaine classique du concubinat et y voir l'union avec une femme qu'on ne peut pas épouser, ce serait l'union durable avec une femme qu'on ne peut pas épouser, et ce serait en raison de ce fait que le concubinat serait exempt des peines qui frappent le "stuprum", c'est-à-dire l'union avec une femme à la fois ingénue et honorable.

Telle serait l'union d'un sénateur avec une affranchie. Un sénateur, en effet, ne peut pas contracter le mariage romain avec une affranchie. S'il vivait avec elle d'une manière durable, ce serait un concubinat. Tel est le cas également de l'union du gouverneur avec une femme de sa province, puisqu'on interdit au gouverneur d'épouser une femme de sa province. Tel est également le cas du mariage d'un citoyen ingénu quelconque avec une femme de mauvaise vie, entremetteuse, adultère, condamnée pour certains délits publics.

Dans tous ces cas-là on a affaire à des femmes qu'en raison de leurs moeurs ou en raison de leur situation sociale, on ne pouvait épouser, et c'est pourquoi on devait se contenter du concubinat.

Mais M. Plassard, dans sa thèse de doctorat consacrée au concubinat, a démontré d'une manière lumineuse que les auteurs italiens n'avaient vu qu'un côté de la question, qu'ils n'avaient en réalité étudié que certains cas de concubinat. Il est bien exact de dire qu'il y a concubinat toutes les fois où l'on vit avec une femme qu'on ne pourrait pas épouser valablement, mais il peut également y avoir concubinat avec

Source : BIU Cujas

une femme que l'on aurait pu épouser. Il y a des personnes qui vivent en concubinat avec une femme romaine ingénue et honorable. Il y a des affranchies qui vivent régulièrement en concubinat avec leur patron bien que celui-ci ne soit pas de l'ordre sénatorial. Et cependant tous ces gens-là jouissent d'une situation honorable. Telle fut la situation de Fabia auprès de Marc-Aurèle, un empereur lui-même avait vécu en concubinat avec une femme honorable et pourtant c'était l'empereur philosophe , Marc-Aurèle lui-même. C'était donc qu'on voyait là quelque chose qui n'avait rien de répréhensible.

Cependant il est exact qu'au début du III° siècle , certains jurisconsultes avaient voulu se montrer plus rigoureux et qu'Ulpien, par exemple, avait soutenu que l'on devait appliquer les peines du "stuprum" à la femme ingénue et honorable qui vivait avec une autre personne en dehors des liens du mariage romain. Mais c'était là une tentative de jurisconsultes plus théorique que pratique, sans conséquences, et en réalité d'une manière générale on admettait que la loi Julia ne s'appliquait qu'aux relations passagères et que le caractère durable de l'union l'exemptait des peines prononcées par la loi d'Auguste.

Ainsi, dès le premier siècle de l'Empire, le concubinat peut exister aussi bien entre personnes honorables, entre personnes qui pourraient contracter le mariage romain, qu'entre personnes qui par suite de la différence sociale ne peuvent s'épouser. Ce qui est exact c'est que, dans le premier cas, on avait le choix entre le mariage romain et le concubinat, tandis que dans les autres cas on n'avait pas le choix, on ne pouvait pas se marier, on en était réduit au concubinat.

D'autre part, le concubinat, sous le Haut-Empire, ne produit absolument aucun effet juridique. Il n'y a aucune obligation réciproque entre le concubin et la concubine, il n'y a aucun lien juridique entre le père et ses enfants. Par conséquent, le concubinat, c'est un état de fait que la loi ne prend pas en considération.

Source : BIU Cujas

2 - Le concubinat au Bas-Empire , avant Justinien.

Les mesures de Constantin contre le concubinat. Incapacité de recevoir édictée contre les enfants nés du concubinat.

C'est seulement avec Constantin que la loi allait s'occuper du concubinat et non pas, comme on pourrait le croire pour en tirer des conséquences juridiques favorables aux concubins, pour lui faire produire des effets juridiques; on s'en est occupé uniquement pour défavoriser la concubine et les enfants naturels par rapport au droit commun. On n'a pas attaché des droits et des obligations à la qualité de concubin et de concubine, d'enfant naturel, de père naturel, on a au contraire frappé d'incapacités spéciales la concubine et les enfants naturels. Et ceci dans un esprit d'hostilité à l'égard des unions hors mariage, hostilité qui d'ailleurs ira s'atténuant au cours du Bas-Empire. Ici comme en bien d'autres matières, Constantin, comme tous les néophytes, fait preuve d'une ardeur, pourrait-on dire, brutale, prononce des sanctions disproportionnées avec les faits. Constantin prononçait, nous l'avons vu, des peines terribles contre l'adultère, contre le divorce, il voulait faire régner la moralité par la violence.

Pour la première fois avec Constantin on va distinguer les enfants nés du concubinat des enfants nés d'une union passagère, des enfants que l'on qualifie de "vulgo concepti", qui sont conçus on ne sait de qui. En effet Constantin ne pouvait pas prendre des mesures pour punir les enfants nés d'une union passagère à l'égard de leur père, puisqu'il était matériellement impossible d'établir quel était leur père. Au contraire, en cas de concubinat il était facile d'établir quel était le père naturel et quelle était la concubine. C'est pourquoi Constantin punit d'incapacités spéciales les enfants naturels nés du concubinat. Il déclare que le citoyen qui pourrait faire librement des libéralités à n'importe qui, ne pourra pas en faire à sa concubine ni à ses enfants naturels.

Les empereurs du V° siècle atténuèrent quelque peu cette rigueur. Ils permirent au père qui avait des enfants légitimes de disposer d'un douzième de ses biens au profit de la concubine et des enfants naturels. Et même s'il n'avait pas d'enfant légitime, le concubin pourra disposer d'un quart de ses biens à leur profit.

Source : BIU Cujas

En même temps nous verrons que les empereurs chrétiens interdisent au père naturel de faire rentrer ces enfants dans sa famille légitime par voie d'adrogation, tout en essayant de favoriser la légitimation de ces enfants, en particulier par mariage.

3- Le droit de Justinien.

Dans le droit de Justinien le concubinat va être profondément transformé.

Amoindrissement du domaine d'application du concubinat.

Tout d'abord le concubinat va perdre la moitié de son domaine traditionnel d'application. Le concubinat ne sera plus jamais le mariage avec une femme qu'on ne peut pas épouser, car dans le droit de Justinien on peut épouser toutes les femmes quelle que soit leur situation sociale, et même quelles que soient les professions qu'elles exercent. Justinien ayant aboli les empêchements de mariage fondés sur la différence de condition sociale, tout ce domaine d'application du concubinat, le plus important, et même le seul d'après certains auteurs, allait disparaître d'un seul coup.

L'intention criterium de distinction entre mariage et concubinat.

Ainsi dans le droit de Justinien, c'est parce qu'on le veut qu'on est en concubinat plutôt que dans les liens du mariage romain. Le concubinat ne se distingue plus du mariage romain que par la volonté des conjoints. Si on a la volonté de se comporter en mari et femme, c'est un mariage romain. Si, au contraire, on vit d'une manière durable avec une femme, sans la considérer comme son épouse légitime, en ayant simplement le désir de vivre en concubinat, alors c'est le "concubinatus". C'est ce qui explique pourquoi on prévoit le cas où, du jour au lendemain, on change d'avis, où l'on désire transformer sa concubine en épouse légitime, cas où on exige alors que cette volonté se manifeste par la rédaction d'un acte de constitution de dot.

La réglementation juridique du concubinat par Justinien en tant qu'inaequale conjugium.

Mais Justinien va réglementer le concubinat comme une institution juridique. On va désormais le considérer non plus comme une union de fait durable, sans effets, mais comme une sorte de mariage inférieur, d'union inférieure. C'est ce qu'on appelle un "inaequale conjugium", c'est-à-dire un mariage où les deux conjoints ne sont pas sur un pied d'égalité.

La différence de condition sociale, criterium entre le mariage et

On sait que pour les Romains la grande tradition c'est qu'il y a mariage quand les deux époux se considèrent comme égaux, vivent sur un pied d'égalité, occupent le même rang social. Au contraire, il y a concubinat

Source : BIU Cujas

le concubinat.

dans le droit de Justinien quand les deux époux ne vivent pas sur un pied d'égalité, quand ils peuvent occuper une situation différente; le mari, par exemple sera un grand personnage, très considéré, la concubine vivra dans l'ombre et ne paraîtra jamais dans les cérémonies publiques à côté de son mari.

On réglemente en même temps les conditions de validité du concubinat. C'est ainsi - et ceci prouve bien qu'il ne faut pas confondre "concubinage" et "concubinat" - que dans le droit de Justinien on indique formellement qu'on ne peut pas avoir à la fois une femme légitime et une concubine, ni même deux concubines à la fois. Le concubinat romain est donc quelque chose de correct.

On va même jusqu'à exiger que la concubine n'ait pas un âge inférieur à douze ans. Et enfin la concubine ne doit pas être parente du concubin à un degré prohibé.

Les droits successoraux de la concubine et des enfants naturels.

Justinien, d'autre part, a augmenté les droits successoraux de la concubine et des enfants naturels. En l'absence d'enfants légitimes, et s'il a perdu ses parents, le concubin peut disposer désormais de la moitié de son patrimoine au profit de la concubine et des enfants naturels. Et même pour la première fois Justinien reconnaît un droit de succession ab intestat aux enfants naturels à défaut d'enfants légitimes, égal au sixième de la succession. Reconnaître un droit de succession ab intestat aux enfants naturels, c'était reconnaître officiellement l'existence juridique du concubinat.

De toute manière d'ailleurs, même en présence d'enfants légitimes, il y a une obligation alimentaire du concubin vis-à-vis de ses enfants naturels.

Source : BIU Cujas

Chapitre V.

LES SOURCES DE LA PATRIA POTESTAS.

Rechercher les sources de la patria potestas, c'est examiner comment, à la suite de quelles circonstances de fait ou de quels actes juridiques, une personne tombe sous la puissance paternelle du chef de famille.

La principale source de la puissance paternelle c'est la naissance, ou plus exactement la conception en légitime mariage, tandis qu'au contraire les sources les moins fréquentes sont l'adoption et la légitimation, qui n'apparaît qu'au cours du Bas-Empire.

Ière Section.

La procréation en légitime mariage.

Acquisition de la P.P. sur l'enfant né en légitime mariage cum ou sine manu.

Pour que l'enfant tombe sous la patria potestas de son père ou du chef de famille de son père, il faut nécessairement que les deux époux soient unis par les liens du mariage romain. Et même Gaius dans se Institutes s'efforce de faire une démonstration qui peut sembler quelque peu obscure pour établir qu'il n'y a que les Romains qui peuvent connaître la puissance paternelle, et que si, dans d'autres nations, des pères exercent une certaine autorité sur leurs enfants cela ne peut pas être la puissance paternelle, parce que la patria potestas est nécessairement une institution romaine fondée sur le mariage romain. Mais il y a possibilité de patria potestas, de tout temps, que les époux soient unis par le mariage "sine manu" ou le mariage "cum manu".

Certains auteurs ont soutenu que primitivement c'était par voie d'accession en raison du droit sur la femme que le mari avait droit aux enfants nés de la femme. Mais cette théorie dite sociologique n'est nullement démontrée, puisqu'il semble n'y avoir jamais aucune difficulté pour admettre que les enfants tombent sous la puissance de leur père dans le mariage "sine manu" où le mari n'acquiert aucun droit sur sa femme.

Source : BIU Cujas

Nécessité d'une manifestation de volonté du paterfamilias. Le tollere liberum et ses abus par suite du développement du divorce.

Mais il faut en principe une manifestation de volonté. Il faut que le paterfamilias témoigne de son désir d'accueillir le nouveau-né dans sa famille. Cette manifestation de volonté s'extériorise pendant tout l'ancien droit romain et même au début de l'Empire par le geste de soulever l'enfant qu'on lui présente. On exprime la reconnaissance officielle de l'enfant par le paterfamilias par les mots "tollere liberum", soulever l'enfant.

Ce pouvoir arbitraire du chef de famille de reconnaître ou non l'enfant qui était né incontestablement de sa femme, ou de la femme de son fils, ne présentait pas anciennement de graves inconvénients. On était trop heureux d'avoir des enfants et de les accueillir dans la famille. Mais à la fin de la République, avec les progrès du divorce, il n'en fut plus de même. Quand le chef de famille avait répudié sa femme en l'invitant à quitter prestement la maison en emportant ses bagages, il ne tenait pas à voir revenir par la suite les enfants nés de l'union. La femme était partie, qu'elle conserve les enfants qui naîtraient, il ne se souciait pas de subvenir à leurs besoins, de les nourrir. C'est ainsi que par un singulier égoïsme, on voyait les maris refuser de reconnaître les enfants qui étaient nés de leur union et refuser de s'en occuper.

Le S.C. Plancien relatif à la filiation de l'enfant conçu avant et né après le divorce.

Ce sont ces abus qui ont amené les empereurs et le Sénat, puis les magistrats romains, à s'occuper d'une matière qui jusque là était purement familiale et n'avait jamais été réglementée par les lois romaines. Et ce qui montre bien que c'est le divorce qui avait suscité ce droit nouveau, qui avait amené à prendre des mesures contre les maris égoïstes, c'est que la première mesure se rapporte exclusivement au cas de divorce, au cas où l'enfant simplement conçu devait naître après le divorce. Il s'agit du sénatus-consulte Plancien, qui a été édicté sous Vespasien ou sous Trajan, par conséquent dans la seconde moitié du Ier siècle ap. J.C. Celui-ci réglemente étroitement la possibilité de faire reconnaître ou de désavouer les enfants simplement conçus avant le divorce et qui naîtront postérieurement. Il donne à la femme un délai de 30 jours pour révéler à son mari la situation où elle se trouve. Dans les 30 jours elle doit notifier à son ancien mari qui l'avait répudiée qu'elle se trouve en état de grossesse et que c'est lui qui en est cause.

A la suite de cette notification, le mari va réfléchir et se demander la décision qu'il prendra. S'il ne veut pas reconnaître que l'enfant est bien de lui,

Source : BIU Cujas

il doit contester immédiatement la paternité de l'enfant. On lui notifie que l'enfant sera de lui, il doit immédiatement contre-attaquer et notifier que l'enfant ne sera pas de lui. Ou bien encore on lui donne pour prévenir des fraudes la possibilité d'envoyer des gardiens pour surveiller sa femme.

La mari qui n'avait pas ainsi contre-attaqué immédiatement se trouvait tenu de reconnaître l'enfant et s'il s'y refusait à le faire de bonne grâce on pouvait l'y contraindre par voie judiciaire. Si, au contraire, le mari s'était conformé aux prescriptions du sénatus-consulte, avait fait toutes réserves, alors il ne pouvait être contraint de reconnaître l'enfant que si l'on pouvait établir d'une manière suffisante qu'il en était vraiment le père.

Extension de ses dispositions par le S. C. Hadrien.

Ce premier sénatus-consulte n'avait donc prévu que le cas de divorce et le cas où l'enfant était né après le divorce. Mais un autre senatus-consulte rendu sous Hadrien allait étendre le champ d'application de cette procédure, en permettant d'agir de la même manière en reconnaissance d'enfant même si celui-ci était né pendant le mariage. Puis on étendit les mêmes règles au cas où l'enfant était né après le décès du mari mais du vivant du grand-père; c'était le cas où le père étant mort avant la naissance de l'enfant, le grand-père ne voulait pas s'en occuper et prétendait ne pas le reconnaître.

Le jurisconsulte Julien, au II° siècle, allait s'occuper de toute cette question de la filiation, et c'est lui qui, aussi bien en qualité de jurisconsulte qu'en qualité de magistrat, allait fixer la réglementation définitive des règles de la filiation et de la reconnaissance des enfants.

La mise en ordre de la matière par Julien. Actions préjudicielles tendant à faire établir la filiation de l'enfant.

Il trouvait que les prescriptions des senatus-consultes étaient trop rigoureuses, qu'il ne fallait pas les appliquer à la lettre. Il trouvait d'autre part qu'il ne fallait pas que, sous prétexte que la mère ne s'était pas conformée aux prescriptions légales, l'enfant soit dépourvu de tout moyen d'établir sa filiation, et il permet à l'enfant de faire ultérieurement la preuve de sa filiation légitime. Aussi est-ce à Julien, en qualité de magistrat, qu'il faut attribuer l'institution d'une action préjudicielle prétorienne en reconnaissance d'enfant. C'est Julien qui, en qualité de jurisconsulte, avait médité sur toute la question de la filiation, qui ayant été choisi comme magistrat du peuple romain créa une action préjudicielle prétorienne qui, nous dit-on, est instituée et proposée dans l'édit permanent du préteur. C'est là l'un des derniers cas où l'on puisse

Source : BIU Cujas

affirmer qu'un magistrat romain a créé du droit nouveau par l'intermédiaire de l'édit : afficher dans l'édit une disposition nouvelle. Il suppose d'ailleurs toujours que le père ou le grand-père de l'enfant vit encore, et que cet enfant veut à la fois faire reconnaître sa qualité de fils ou de petit-fils légitime et les droits de succession éventuels qui s'y rattachent.

Mais de son côté, le chef de famille lui aussi pouvait avoir intérêt à établir d'avance sa qualité de paterfamilias. En effet la patria potestas donne certains attributs et le chef de famille peut revendiquer son fils ou le faire rentrer au domicile à l'aide d'interdit. Il pouvait même faire rentrer sa fille de la même manière, même, au début, si elle était mariée. Le chef de famille peut se voir objecter qu'il n'a pas qualité pour revendiquer son fils ou pour faire rentrer sa fille au domicile paternel, on lui objecte : mais vous n'êtes pas le père de cet enfant, vous n'avez donc aucun droit sur lui. Et en ce cas, il aura à sa disposition également dans l'édit du préteur une action préjudicielle tendant à faire établir qu'il est bien le paterfamilias de la personne envisagée.

Ainsi, à partir du jurisconsulte Julien, il existe des actions préjudicielles dont le but est de permettre de faire réciproquement établir la filiation du fils par rapport au paterfamilias ou du paterfamilias par rapport au fils.

Section II.

L'adoption et l'adrogation.

But de ces institutions.

L'adoption d'un alieni juris et l'adrogation d'un paterfamilias romain sont deux institutions parallèles qui ont toutes deux pour but de faire entrer dans une nouvelle famille une personne appartenant à une autre.

Ces institutions ont pour but de renforcer la puissance familiale à une époque où la famille est à la fois un groupement de parents et un groupe politique. Mais c'est avant tout un moyen pour ceux qui n'ont pas de postérité légitime, en particulier pour ceux qui n'ont pas de fils, de se procurer un descendant qui perpétuera le nom de la famille et qui surtout rendra culte et honneur aux ancêtres, chose qui primitivement était considérée comme indispensable.

Source : BIU Cujas

§ I - L'adrogation.

Importance de l'acte. Intervention des comices et des pontifes.

A- Les formes de l'adrogation.

L'adrogation était une institution qui présentait une grande importance en raison du fait que c'était un chef de famille romain qui entrait dans une autre famille et cessait d'être "sui juris". Aussi était-elle entourée de formes et de précautions solennelles. C'est un de ces actes particulièrement graves qui exigent anciennement le concours du peuple romain assemblé dans les comices curiates et présidé en raison du caractère religieux de l'opération et de ses conséquences par le grand pontife.

On interrogeait l'adrogeant pour lui demander s'il consentait à prendre tel chef de famille sous son autorité comme s'il était né de son mariage légitime. Puis on demandait à l'adrogé s'il acceptait de tomber sous la puissance de l'adrogeant et on demandait au peuple, aux "quirites" s'ils donnaient leur adhésion à cette opération.

L'adrogé devait d'ailleurs alors procéder à la répudiation solennelle de son culte privé, puisque par l'adrogation il adoptait le culte de son nouveau chef de famille.

L'assemblée par curies cessa bientôt de jouer un rôle politique effectif par suite du triomphe des comices par centuries et des assemblées de la plèbe. Aussi bientôt se borna-t-on à réunir les trente licteurs qui étaient chargés de convoquer primitivement les trente curies. L'Assemblée des comices est une pure formalité et c'est le contrôle, l'enquête préalable des pontifes qui joue désormais le rôle décisif .

Cependant les Romains étaient si traditionnalistes qu'ils ont conservé pour la forme l'adrogation devant les comices curiates jusqu'au début du Bas-Empire.

L'adrogatio par rescrit du prince à partir de Dioclétien.

Au contraire, avec Dioclétien, on voit se substituer à l'adrogation devant les curies, l'adrogation par rescrit du prince. Il était légitime sous la manorchie absolue du Bas-Empire que ce soit l'autorité du prince, de l'empereur , qui se substitue désormais à l'autorité théorique du peuple qui avait en fait disparu depuis très longtemps. Et dans le droit de Justinien l'adrogation continue à se faire par rescrit impérial.

B- Conditions de fond.

Exclusion des personnes.

Primitivement, il n'existe que des conditions qui sont fixées une fois pour toutes et qui limitent

Source : BIU Cujas

ne pouvant figurer aux comices.

simplement le champ d'application de l'adrogation. Ces conditions tiennent à la nature même des comices curiates. Ni les impubères, ni les femmes n'ont accès aux comices curiates et par conséquent, on ne peut adroger que les chefs de famille qui ont atteint l'âge de la puberté.

Mais par la suite, les pontifes exigèrent souvent la réunion de certaines conditions, donnèrent un avis défavorable si l'adrogeant était trop jeune, pouvait encore espérer des enfants. Mais il n'y a rien de bien net, puisqu'au temps de Cicéron on avait encore vu une personne adrogée par une autre personne plus jeune qu'elle, le paterfamilias étant ainsi plus jeune que celui qui allait devenir légalement son fils. Et Gaius au II° siècle après J.C. discute encore la question de savoir si l'adrogeant doit vraiment être plus âgé que l'adrogé.

Antonin le Pieux et l'adrogation des impubères.

Antonin le Pieux devait accomplir une réforme assez grave en autorisant dans une lettre aux pontifes l'adrogation des impubères. Si l'empereur se mêle ainsi de la question c'est parce qu'il est le grand pontife, le chef de la religion romaine. Il a par conséquent qualité pour fixer les conditions de l'adrogation et il autorise désormais l'adrogation des impubères, à condition que toutes les précautions soient prises pour éviter que cela ne leur nuise.

Les femmes et l'adrogatio au Bas Empire.

Puis, au Bas-Empire, des constitutions impériales ont autorisé parfois l'adrogation des femmes et même, contrairement à tous les usages anciens, on permit à titre exceptionnel à des femmes d'adroger d'autres personnes. C'est contraire à la conception même de l'adrogation puisque les femmes ne peuvent pas exercer la puissance paternelle, et les empereurs le limitent au cas où elles ont perdu leurs enfants par le sang, en vue de les consoler de la perte de leurs descendants.

La réglementation par Justinien.

Enfin Justinien a profondément contrôlé, réglementé les règles de l'adrogation, en partant de l'idée que l'adrogation doit imiter la nature, que par conséquent il n'est pas normal que l'on adroge des personnes qui soient plus âgées ou du même âge que vous et qu'il ne faut pas permettre l'adrogation à ceux qui peuvent encore espérer avoir des enfants légitimes. On exige par suite une différence d'âge de dix-huit ans entre l'adrogeant et l'adrogé. En même temps on exige en principe que l'adrogeant soit âgé de soixante ans, ou gravement malade.

Source : BIU Cujas

C- Les effets de l'adrogation.

L'adrogation est particulièrement grave puisque c'est une famille tout entière qui disparaît. C'est pourquoi les pontifes ne l'autoriseront que difficilement, sous la République, s'il s'agit de la dernière famille survivante d'une gens, puisqu'alors toute la gens entière risquerait de disparaître.

Transfert de l'adrogé de ses alieni juris et de son patrimoine sous la puissance de l'adrogeant.

Non seulement le paterfamilias tombe sous la puissance de l'adrogeant, mais il entraîne avec lui toute la famille, sa femme mariée "cum manu", ses enfants, ses petits-enfants, toute la famille passe en bloc dans la famille de l'adrogeant, et tous les biens de la famille sont acquis de plein droit au nouveau paterfamilias.

Précautions spéciales pour le cas d'adrogatio d'un impubère.

Ce fait que tout un patrimoine tombait ainsi au pouvoir du nouveau chef de famille pouvait être dangereux lorsqu'il s'agissait de l'adrogation d'un impubère qui ne se rendait pas compte lui-même de la gravité de l'acte, qui risquait d'être victime de manoeuvres frauduleuses. Et c'est pourquoi les empereurs avaient pris des précautions minutieuses pour que le nouveau chef de famille ne puisse conserver ce patrimoine au cas où l'enfant mourrait impubère, ou bien encore au cas où l'enfant serait émancipé au cours de l'impuberté. Et même si le chef de famille l'avait émancipé ou déshérité au cours de l'impuberté et si le nouveau chef de famille mourait, l'adrogé avait droit au quart de la succession de l'adrogeant. C'est ce que l'on appelle la "quarte Antonine" puisqu'elle a été instituée par Antonin le Pieux. Toutes les fois où il est question d'une quarte en droit romain il s'agit du droit au quart des biens d'une personne, en règle générale, en vertu du droit des successions.

Modifications des effets de l'adrogation dans le droit de Justinien par suite des transformations de la famille.

Justinien qui bouleversait les règles de l'adoption proprement dite ne toucha pas directement aux principes fondamentaux de l'adrogation, mais pour bien comprendre la situation de l'adrogé sous Justinien il faut songer aux modifications profondes de la famille romaine. Les conséquences de l'adrogation ont complètement changé du fait même que la famille avait profondément évolué.

C'est ainsi que dans le droit de Justinien, la parenté est finalement fondée sur la cognation, par conséquent si l'adrogation avait pour conséquence d'éteindre les liens d'agnation, cela n'a plus aucune importance.

De même, dans le droit de Justinien, les fils de famille peuvent posséder certains biens propres. Par suite, l'adrogé n'est pas complètement privé de son patrimoine par l'adrogation, ses biens prennent dans le patrimoine de l'adrogeant la situation de biens

Source : BIU Cujas

adventices, dont le nouveau chef de famille a l'usufruit, mais dont l'adrogé conserve la nue propriété.

Enfin l'adrogation ne fait plus perdre ses droits de succession à l'adrogé dans sa famille d'origine.

§ 2 - L'adoption proprement dite.

Son application aux alieni juris.

A la différence de l'adrogation, l'adoption ne peut s'appliquer qu'à des personnes "alieni juris". Mais par contre, elle a toujours pu s'appliquer aux alieni juris des deux sexes et on a toujours pu adopter des impubères.

Primitivement même on admettait qu'un chef de famille pouvait adopter un esclave ou un étranger. Ceci est encore admis à l'époque de Caton, mais à la fin de la République l'adoption ne peut plus porter que sur des citoyens romains faisant partie d'une autre famille.

Il faut distinguer l'adoption proprement romaine de l'adoption du droit de Justinien.

I°- L'adoption romaine.

Apparition plus récente que l'adrogation Caractère complexe de l'adoption. Combinaison de la mancipatio et de l'in jure cessio.

L'adoption romaine dans la forme où nous la connaissons est plus récente que l'adrogation. L'adrogation se rattache au plus antique système de la cité romaine, l'adoption au contraire semble être une combinaison de formes détournées de leur but primitif, par conséquent, elle n'a pu apparaître qu'à un moment plus récent du développement du droit romain. On a combiné en leur enlevant leur but véritable les règles de deux institutions, la mancipation et l'in jure cessio, abandon devant le magistrat. C'est ce qui fait que l'adoption présente un aspect particulièrement complexe. En vertu de la Loi des XII Tables, le chef de famille qui avait mancipé trois fois son fils perdait définitivement sur lui la puissance paternelle. On suppose que le but de cette règle était de parer aux abus du droit de vendre son fils pour en tirer de l'argent. Mais les praticiens utilisèrent cette règle dans l'émancipation et dans l'adoption, et fictivement le chef de famille mancipera trois fois son fils pour le détacher de lui, pour éteindre la puissance qu'il avait sur lui.

S'il s'agissait d'une fille, d'un petit-fils ou d'une petite-fille, la loi des XII Tables n'avait rien dit, et les praticiens firent semblant de croire qu'une seule mancipation serait suffisante. Au lieu de raisonner par voie d'analogie, ils ont essayé d'appliquer une règle plus simple : la loi ne dit rien, on se

Source : BIU Cujas

contentera d'une seule mancipation pour étendre la puissance paternelle. Il n'y a donc rien de logique ou de raisonnable là dedans, il faut trois mancipations pour éteindre la puissance paternelle sur un fils, une seule suffit pour l'éteindre sur une fille.

Après la troisième mancipation, la patria potestas est éteinte. Mais le fils de famille se trouve sous le mancipium du compère qui a prêté son concours à l'opération. C'est alors que va intervenir une "in jure cessio", un abandon devant le magistrat. Celui qui veut devenir père adoptif se présente devant le magistrat en compagnie du compère et de la personne qui se trouve sous son mancipium et déclare que cet enfant est à lui en vertu du droit des quirites: "Je dis qu'en vertu du droit des quirites, cette personne est mon fils". Le compère ne conteste pas : qui ne dit rien consent, on considère qu'il abandonne tout droit devant le magistrat. Et le magistrat, constatant qu'il n'y a pas d'opposition, attribue comme fils la personne en question à celui qui s'en est prétendu le père. C'est en raison de cette addictio qu'on nous dit que l'adoption se fait par l'imperium du magistrat.

Tout cela est une combinaison de formes. On éteint la puissance paternelle par des mancipations fictives, on reconnaît comme étant le père adoptif celui qui n'était pas le père véritable de l'enfant.

S'il s'agissait d'une fille, d'un petit-fils, d'une petite-fille, l'opération était beaucoup plus simple, puisqu'il suffisait d'une seule mancipation suivie d'in jure cessio.

Complication ultérieure des formes de l'adoption.

Mais parfois on préférait au contraire compliquer un peu l'opération. Le compère remancipait l'enfant à son père véritable et c'était contre le père véritable qu'avait lieu l'in jure cessio. Alors c'était très compliqué. Il y avait une première mancipation, un affranchissement, une deuxième mancipation, un deuxième affranchissement, une troisième mancipation, puis le compère mancipait l'enfant à son père véritable, l'enfant se trouvait non plus sous la puissance paternelle de son père, mais sous son mancipium, et enfin le père adoptif procédait devant le magistrat à l'in jure cessio. A l'époque classique c'est de cette manière la plus compliquée que cela se passe généralement.

A la différence de l'adrogation qui ne peut avoir lieu qu'à Rome, l'adoption peut au contraire avoir lieu dans tout l'Empire romain, et alors les cérémonies de l'in jure cessio se déroulent devant le gouverneur de province. On demande évidemment le consentement du paterfamilias, mais on ne demande jamais le concours

Source : BIU Cujas

de l'enfant qui va être adopté.

Effets limités de l'adoption.

Quels sont les effets de cette adoption romaine? Nous serons très brefs , car en ce qui concerne la personne même de l'"alieni juris", les effets sont identiques à ceux de l'adrogation. L'"alieni juris" cesse de faire partie de sa famille d'origine pour entrer dans la famille du père adoptif. Mais ses effets sont beaucoup plus limités en ce qui concerne les personnes et les biens visés puisque l'"alieni juris" passe seul dans sa nouvelle famille et que, sauf sous l'Empire il ne possédait pas de patrimoine.

L'adoption à titre de petit-fils.

Il faut d'ailleurs remarquer que l'on n'est pas nécessairement adopté à titre de fils ou de fille. Le chef de famille peut valablement adopter un enfant à titre de petit-fils ou de petite-fille, chose qu'on ne conçoit plus de nos jours. L'adoption suppose qu'on devient légalement le père de l'enfant, mais on ne peut pas adopter un enfant en qualité de grand-père. Toutefois en ce cas on demandait le consentement de celui qui allait en être légalement le père. Le paterfamilias qui avait un fils et qui adoptait un enfant en qualité de petit-fils devait obtenir le consentement de son fils avant de lui attribuer ainsi légalement un enfant.

2°- L'adoption dans le droit de Justinien.

Justinien se préoccupa de réformer l'adoption pour deux raisons : l'une c'est qu'il règne en Orient et qu'en Orient les formes romaines de l'adoption ne s'étaient jamais implantées, car elles supposaient l'emploi de deux procédés formalistes spécifiquement romains, réservés aux Romains. Et en Orient on faisait une adoption d'une manière beaucoup plus simple, sans avoir recours à ces formes.

La seconde raison c'est que l'adoption risquait de causer parfois un grave préjudice à la personne adoptée, qui pouvait perdre en raison de l'adoption tous les droits de succession qu'elle aurait pu espérer. Il y avait des cas où finalement l'enfant adopté ne recueillerait ni la succession de ses parents véritables, ni la succession de ses parents adoptifs, sans compter le cas où l'enfant d'une riche famille avait été adopté par un "paterfamilias" qui s'était ruiné et où évidemment il ne pouvait rien recueillir.

Modifications des formes de l'adoption sous l'influence des usages de l'Orient.

Aussi Justinien a-t-il tenu compte des usages de l'Orient dans les réformes des conditions de validité de l'adoption tandis qu'il atténuait sensiblement ses effets. Sous Justinien l'adoption est un acte solennel, mais n'est plus un acte formaliste. Les personnes intéressées doivent se présenter devant le juge compé-

Source : BIU Cujas

tent. On nous laisse le soin de deviner quel est le juge compétent, ce doit être le gouverneur de province en province, le préfet de la ville à Constantinople. Et là le père véritable de l'enfant déclare le donner en adoption. Si l'enfant est impubère, on ne lui demande rien, s'il est pubère il peut protester, il peut s'opposer à son adoption, qui ne dit rien consent, mais il a le droit de déclarer qu'il refuse d' être adopté par la personne qu'on lui présente. Puis l'acte d'adoption est enregistré au greffe de la juridiction compétente.

Comme pour l'adrogation, on exige désormais que l'adopté ait dix huit ans de moins au minimum que l'adoptant.

Atténuation des effets de l'adoption. L'adoptio minus plena.

Mais Justinien ne s'est pas borné à modifier les conditions de validité de l'adoption, il en a également fortement atténué les effets, surtout lorsqu'il s'agit de ce que les auteurs modernes appellent d'un nom latin "adoptio minus plena", par opposition à l'"adoptio plena".

En règle générale, normalement, l'adoption ne produit plus que des effets très atténués. L'adoption est désormais très incomplète, très imparfaite, c'est le cas habituel; c'est le cas où l'enfant a été adopté par une personne étrangère à sa famille, par un autre que par un ascendant. En ce cas il n'y a plus de transfert de la puissance paternelle, l'enfant adopté prend bien le nom de l'adoptant, mais il reste dans sa famille d'origine sous la puissance de son chef de famille par le sang. Il acquiert simplement des droits de succession "ab intestat", vis-à-vis de son père adoptif mais celui-ci peut le déshériter librement et disposer de ses biens par testament au profit d'une autre personne.

Ainsi donc les effets fondamentaux de l'adoption ont normalement disparu. Il ne reste plus que le fait de prendre le nom du père adoptif et d'avoir l'espoir que celui-ci vous laissera ses biens à son décès.

L'adoptio plena.

Au contraire, on dit que l'adoption est complète quand elle continue à produire essentiellement les mêmes effets qu'à l'époque classique, quand elle continue à faire acquérir au père adoptif la puissance paternelle sur l'enfant. Il s'agit des cas où en réalité le père adoptif était déjà uni par les liens du sang à la personne qu'il adopte, où il était un ascendant de l'enfant qu'il adopte. Ce peut être tout d'abord un ascendant maternel, c'est le père de la mère de l'enfant qui veut l'adopter. Ce peut être également un ascendant paternel, dans des cas plus compliqués, par exemple le grand-père avait émancipé le père en gardant le petit-fils sous sa puissance;

Source : BIU Cujas

le père adopte son propre enfant. Dans tous ces cas il est tout à fait légitime que le père adoptif acquière comme par le passé la puissance paternelle.

Les auteurs modernes ajoutent souvent un autre cas d'adoption en renvoyant à une constitution impériale de Justinien. Mais il est impossible de découvrir à quoi correspondait le cas d'adoption prévu par cette constitution.

§ 3 - L'adoption testamentaire.

L'adoption testamentaire reste encore une énigme pour les auteurs modernes, car les textes juridiques ne nous en parlent pas, on ne la connaît que par des textes littéraires, et les juristes se méfient toujours des oeuvres littéraires et des renseignements que l'on peut en tirer.

De plus, si l'on se place sous l'Empire, il semble certain que ce n'était pas une véritable adoption. Il s'agit simplement du fait pour une personne d'instituer héritier un citoyen dans son testament en l'invitant à prendre le nom du défunt. C'est donc simplement une institution d'héritier sous condition de prendre le nom du défunt.

Au contraire, sous la République, certains auteurs admettent qu'il s'agissait d'une véritable adoption, que la personne qui avait bénéficié de l'institution d'héritier dans le testament entrait dans la famille du défunt. Mais les autres auteurs sont au contraire très sceptiques, puisque le caractère essentiel de l'adoption sous la République c'est de faire naître la puissance paternelle au profit du père adoptif, et ici par définition même il ne peut pas l'exercer puisque l'adoption ne pourrait avoir d'effet qu'après sa mort. Aussi semble-t-il, jusqu'à preuve du contraire, qu'il ne s'agit pas là d'une véritable adoption.

Source : BIU Cujas

Section III.

La légitimation.

Son apparition à l'époque chrétienne pour les enfants issus du concubinat.

La légitimation n'est apparue que dans le droit chrétien du Bas-Empire et a pour but de légitimer des enfants naturels nés du concubinat. C'est donc tout l'opposé de l'adoption. Dans l'adoption c'étaient des personnes étrangères par le sang à la famille qu'on y faisait entrer, tandis qu'ici au contraire ce sont des personnes qui étaient déjà unies par les liens du sang avec celui qui veut acquérir sur elles la patria potestas.

Les trois formes de légitimation.

Il existe trois procédés de légitimation des enfants naturels issus du concubinat.

I)Mariage subséquent.

I- Le premier, c'est la légitimation par mariage subséquent. Cette légitimation n'a pris que tardivement le caractère d'une institution durable. Primitivement, on ne pouvait légitimer qu'à titre temporaire en vertu d'une constitution impériale, dont l'effet se produisait dans le passé . Les empereurs disaient: si vous régularisez votre concubinat et si vous le transformez en un mariage légitime, les enfants issus de ce concubinat deviendront légitimes.

La première mesure de cette nature avait été prise par l'empereur Constantin. Une mesure analogue avait été prise par l'Empereur Zénon. Mais le premier empereur qui s'efforça d'en faire une véritable institution fut l'empereur Anastase en l'an 517 ap. J.C. Mais ici encore Justin, en l'année 519, deux ans après, allait supprimer l'institution, et il faut en venir au droit de Justinien pour que la légitimation par mariage subséquent soit admise d'une manière permanente dans le droit romain.

Pour pouvoir légitimer ses enfants naturels par mariage subséquent, Justinien exige que le mariage avec la mère de ces enfants ait été possible lors de leur conception, ce qui exclut d'une part les enfants adultérins et d'autre part les enfants issus d'une esclave, puisqu'on n'aurait pas pu se marier avec une esclave tant qu'elle était en servitude.

On exige d'autre part que l'enfant consente à cette légitimation, ou tout au moins ne s'y oppose pas. Et enfin que la transformation du concubinat en mariage se manifeste par la constitution d'une dot, par un contrat de mariage.

Source : BIU Cujas

2-Oblation à la Curie. Caractère fiscal de ce procédé.

2- La légitimation par oblation à la curie.- La légitimation par oblation à la curie est l'une des institutions les plus extraordinaires qui existent en droit romain. C'est l'intrusion de la fiscalité dans le droit de famille. On autorise la légitimation d'enfants naturels uniquement en vue d'assurer la rentrée des impôts.

Au Bas-Empire, les membres des Sénats municipaux, les décurions composant les assemblées municipales des diverses cités, étaient responsables sur leur patrimoine personnel de la rentrée des impôts. Si les contribuables ne payaient pas, c'étaient les décurions qui devaient mettre de leur poche le complément. Aussi tout le monde essayait d'éviter l'onéreux honneur d'être membre des sénats municipaux et l'on essaie par les procédés les plus divers d'attirer des gens dans la curie municipale, afin d'avoir le plus possible de gens responsables du paiement des impôts.

C'est ainsi que tout d'abord on fit une exception en faveur de la curie municipale à l'interdiction de faire des libéralités à ses enfants naturels, au cas où le père donnerait à l'enfant naturel la somme suffisante pour être inscrit parmi les décurions ,ou pour épouser, s'il s'agit d'une jeune fille, un décurion. Par conséquent le père qui normalement ne peut pas faire de libéralités à ses enfants naturels peut, à condition de leur donner un minimum de vingt-cinq arpents de terre, leur faire des libéralités à condition qu'ils deviennent décurions ou épousent un décurion.

Puis peu à peu cette libéralité, cet acte accompagné de libéralité, allait revêtir le caractère et prendre le nom d'une véritable légitimation. On finit par admettre que le père aurait la puissance paternelle sur les enfants ainsi gratifiés. Finalement on permit, en l'absence de descendants légitimes, aux enfants naturels eux-mêmes, après le décès de leur père, de se légitimer en s'offrant à être membres du sénat municipal.

3-Le Rescrit du prince, procédé pour le cas où le mariage ne peut avoir lieu entre les auteurs de l'enfant.

3- La légitimation par rescrit du prince.- La légitimation par rescrit du prince n'a été instituée que par Justinien, en vue d'étendre le domaine de la légitimation dans des cas où la légitimation par mariage est impossible du fait de la femme. Il y a des cas où, malgré le désir de légitimer ses enfants en régularisant la situation, le père ne le peut pas. Tel est le cas où sa concubine est morte, ou celui où elle a prononcé des voeux religieux. En ce cas le père demande à l'empereur de légitimer ses enfants naturels par rescrit. Et même si le père est mort lui aussi et

Source : BIU Cujas

en a exprimé le voeu dans son testament, les enfants après sa mort viendront demander à l'empereur un rescrit de légitimation.

Effets de la légitimation.

Quel que soit le procédé utilisé, la légitimation a toujours pour effet de faire de l'enfant légitimé, un fils ou une fille légitime, et si le père vit encore, de faire tomber l'enfant légitimé sous sa puissance paternelle.

Mais la légitimation par oblation à la curie, à la différence des deux autres, ne produit qu'un effet relatif. L'enfant ne devient légitime dans ce procédé que vis-à-vis de son père, et il reste étranger à la famille de son père. Au contraire dans les deux autres modes de légitimation, il devient un enfant légitime à l'égard de tous.

Chapitre VI

L'EXTINCTION DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

La mort du paterfamilias et les procédés de libération antérieurs à celle-ci.

En principe, la puissance paternelle dure aussi longtemps que vit le paterfamilias. Mais à ce principe il y a de nombreuses exceptions, et il arrive que le fils ou la fille de famille soit libéré de la patria potestas avant la mort du paterfamilias, soit par suite de la rupture des liens de famille, soit par suite d'autres circonstances.

§ I - Cas où la libération de la patria potestas n'est pas accompagnée de l'exclusion de la famille.

En dehors du cas normal où la fille ou le fils de famille devient "sui juris" par la mort du paterfamilias, il y a d'autres hypothèses où sans être exclu de la famille, l'alieni juris va devenir désormais sui juris.

I- Perte pour le paterfamilias de la liberté ou de la cité.

I°- C'est tout d'abord le cas où le paterfamilias a perdu la liberté ou le droit de cité. Ici c'est le chef de famille qui est sorti de sa famille, tandis que les autres membres y sont restés, par suite, ses

Source : BIU Cujas

fils et ses filles deviennent "sui juris", mais restent dans leur famille d'origine, tandis que le père a perdu sa qualité de citoyen ou même est devenu esclave.

2- Accession de l'enfant à certaines dignités.

2°- Il y a également des personnes qui en raison de leur situation sont temporairement ou définitivement libérées de la puissance paternelle. C'est le cas dans le droit ancien du flamine de Jupiter et de la vestale, tant que durent leurs fonctions religieuses.

Ces deux causes devaient évidemment disparaître avec le paganisme, mais Justinien a admis qu'il y avait certaines fonctions qui étaient incompatibles avec la perpétuation de la puissance paternelle.

Justinien a tout d'abord libéré de la puissance paternelle les hauts personnages qui rentrent dans la catégorie des patrices, ceux qui sont élevés à la dignité de patrices. Puis, par la suite, il a également libéré de la patria potestas les consuls, les préfets du prétoire ou de la ville, le maître des milices, qui commande l'armée, et enfin les évêques.

Déchéance de la puissance paternelle.

Signalons également que dans le droit de Justinien, il y a comme de nos jours certains cas de déchéance de la puissance paternelle, en cas d'indignité du père qui a abandonné son enfant nouveau-né ou qui a contracté un mariage incestueux.

§ 2 - Libération de la puissance paternelle conséquence de l'exclusion de la famille

Capitis deminutio de l'alieni juris.

Il existe au contraire un certain nombre de cas où l'alieni juris cesse d'être soumis à la puissance paternelle de son chef de famille parce qu'il est exclu de sa famille , parce qu'il cesse de lui appartenir. Dans tous ces cas on dit qu'il y a "capitis deminutio", que l'alieni juris subit une "capitis deminutio", et qu'en même temps qu'il est libéré de la puissance paternelle, tous les liens d'agnation qui l'unissaient à sa famille d'origine sont rompus.

Nous avons déjà vu le cas de l'adoption, de la "conventio in manum", mais il faut également citer, en raison de son importance, le cas de l'émancipation.

L'émancipation. Procédé indirect pour la réaliser au moyen de trois mancipations.

Le droit romain, à la différence du droit grec, ne connaissait pas de procédé direct pour exclure un enfant de la famille. Le chef de famille ne pouvait pas abdiquer sa puissance et par suite il devait avoir recours à toute une série d'actes compliqués et en particulier utiliser cette vieille règle de la Loi des XII Tables qui déclarait qu'une triple mancipation

Source : BIU Cujas

éteint la puissance paternelle. Ainsi, faute de pouvoir abdiquer ses pouvoirs sur l'alieni juris, le pater familias doit manciper trois fois son fils à un compère, ou manciper une fois sa fille, son petit-fils ou sa petite-fille.

Après la troisième mancipation, si le compère l'affranchit, l'enfant devient sui juris, il est émancipé, il sort du mancipium où il se trouvait temporairement.

Ce procédé présentait des inconvénients du fait que c'était le compère qui acquérait le bénéfice de l'émancipation, car c'était lui qui libérait l'enfant de toute puissance et il devenait son patron, acquérait des droits de succession et de tutelle sur lui.

Aussi, pour éviter cet inconvénient, on ajouta par la suite une formalité complémentaire. Le compère, après la troisième mancipation qui a éteint la puissance paternelle , remancipe l'enfant à son père véritable et c'est par suite son père véritable qui le libère du mancipium. L'enfant, par conséquent, passe du mancipium du compère sous le mancipium de son père véritable et il est libéré du mancipium par son père véritable. Il devient sui juris, il est émancipé, mais il garde certains liens juridiques avec son père véritable du fait que c'est celui-ci qui l'a libéré de toute puissance. Le droit du Bas-Empire devait abandonner ces formalités. L'émancipation non seulement devait voir ses formes s'atténuer, mais elle devait changer complètement de caractère au cours des siècles.

Transformation au cours du D.R. du caractère de l'émancipation.

L'émancipation, en effet, a subi le contre-coup de la transformation radicale de la famille romaine. Dans l'ancien droit romain où la famille est patriarcale, où tous les droits sont fondés sur l'agnation, l'émancipation est une véritable peine. Du moment où l'on rompt tous les liens qui unissaient l'enfant à sa famille d'origine, on l'abandonne seul et isolé dans la vie, sans biens, sans patrimoine, sans espoir de droits de succession. Il doit s'efforcer de gagner sa vie par ses propres moyens sans avoir de petit capital, de petit patrimoine, il n'a d'aide à attendre de personne.

Mais dès la fin de la République et le début de l'Empire, grâce aux réformes du préteur, sa situation s'améliore nettement. A moins qu'il ne veuille le punir, son chef de famille lui laissera en l'émancipant son pécule profectice, on présume que le chef de famille a voulu lui laisser le petit capital qu'il avait déjà quand il était sous sa puissance.

Droits héréditaire de l'en-

Désormais, des droits de succession sont attachés par le préteur à la qualité de parents par le sang, à

Source : BIU Cujas

la cognation, et l'enfant émancipé qui ne peut venir à la succession de ses parents en qualité d'agnat y viendra parfois en qualité de cognat.

Avantages de l'émancipation sous Justinien.

Enfin, dans le droit de Justinien, l'émancipation ne produit plus que des avantages pour l'émancipé, à ce point même que l'on permet la révocation de l'émancipation pour cause d'ingratitude. L'émancipé ne perd plus aucun droit, aucun avantage du fait qu'il est émancipé, puisque tous les droits sont fondés désormais sur la cognation et qu'il reste le cognat des membres de sa famille. Par contre il bénéficie de tous les avantages attachés à la qualité de sui juris; il garde tout le fruit de son travail pour son propre compte et en a la libre disposition.

D'autre part, dans le droit de Justinien l'émancipation n'est plus un acte formaliste et consiste dans une simple déclaration faite par le chef de famille devant le magistrat.

Enfin l'émancipé conserve une partie des biens qu'il pouvait avoir avant son émancipation, il conserve intégralement son pécule castrense ou son pécule quasi-castrense.

Quant à ses biens adventices, il en reçoit lors de l'émancipation la moitié en pleine propriété et la moitié en usufruit. Le chef de famille n'en conserve plus que la moitié en usufruit, par conséquent l'émancipé désormais reste dans sa famille, jouit de la pleine capacité et peut disposer librement d'un petit patrimoine.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Titre IV

LA CAPITIS DEMINUTIO.

Incertitude sur la matière.

Malgré les travaux approfondis qui ont été consacrés à cette matière par les auteurs modernes, la capitis deminutio reste encore l'une des théories les plus mystérieuses du droit romain , et l'on n'a pas encore réussi à résoudre d'une manière définitive la question de savoir si c'est une véritable institution produisant des effets originaux ou si c'est simplement une théorie juridique qui n'est que le reflet des conséquences produites par un certain nombre d'opérations juridiques. C'est donc une question délicate, intéressante, qui exige pour être bien comprise beaucoup d'attention.

§ I - Sens des mots "capitis deminutio" et évolution de la notion de "capitis deminutio".

Les différents sens proposés de l'expression.

La difficulté commence dès le début, car on ne peut pas traduire en français "capitis deminutio" sans prendre immédiatement parti sur le sens primitif, le sens exact de cette institution, et les textes romains ne nous permettent pas d'afffirmer d'une manière absolue quelle est la signification exacte de cette expression.

Tout d'abord, certains auteurs, et même la majorité des auteurs, croyant que des notions juridiques techniques apparaissent de très bonne heure en droit romain, traduisent "caput" par personnalité juridique, et "deminutio", par anéantissement; par conséquent, "capitis deminutio" signifierait anéantissement de la personnalité juridique. Ce serait donc une institution qui entraînerait pour un citoyen romain la perte de sa capacité juridique, et elle résulterait primitivement de la perte du droit de cité et de la liberté, liberté et droit de cité étant anciennement indisso-

Source : BIU Cujas

lublement liés.

D'autres auteurs, au contraire, donnent à "capitis deminutio" un sens plus concret et voient dans le mot "caput" l'expression désignant la personne. On désigne souvent la personne par son élément principal, par sa tête. La "capitis deminutio" serait donc la suppression , tout au moins au point de vue du droit romain, d'une personne, et l'expression se rattacherait à la tenue des registres du cens. Chaque citoyen est inscrit sur les registres du cens, tenus régulièrement par les censeurs, chaque tête, chaque personne a sa place sur ces registres. On aurait primitivement supprimé dans certains cas le chapitre correspondant à la personne en question, et ainsi il y aurait eu une disparition de sa personne des registres, conséquence de la perte de la liberté et du droit de cité. Ainsi encore dans cette manière de voir il y aurait primitivement dans la "capitis deminutio" quelque chose de très grave, la disparition d'un citoyen.

La principale objection que l'on puisse faire à ces théories, c'est qu'elles supposent nécessairement que la "capitis deminutio" existait dans le très ancien droit romain. Or, les premiers textes où l'on rencontre ces mots se trouvent dans les oeuvres de Cicéron, à l'extrême fin de la République romaine, et il semble qu'à côté de l'expression "capitis deminutio", on utilisait surtout à la fin de la République romaine, l'expression "capite minutus", on n'envisageait pas la théorie, on envisageait la personne elle-même, le"capite minutus", la personne qui était diminuée, qui était atteinte quant à son "caput".

Les capite minuti à la fin de la République.

D'autre part, il ne semble pas que l'on ait la preuve que sous la République romaine on ait attaché un sens juridique précis à l'expression "capitis deminutio" ou "capite minutus". Les "capite minuti", ce sont, semble-t-il, pour les gens de la fin de la République, les personnes qui ont subi une atteinte à leur personne, qui ont subi un changement dans leur situation, qui ont été faits prisonniers, qui sont passés dans une autre cité, qui ont changé de famille, sans, vraisemblablement , que des effets précis aient été à cette époque attachés à l'idée qu'une personne avait ainsi subi une atteinte dans son"caput".

S'il en est ainsi, on s'expliquerait pourquoi la capitis deminutio au fond serait plutôt une théorie juridique qu'une véritable institution. Ce serait une expression que les juristes de la fin de la République et du début de l'Empire auraient utilisée pour établir des classifications commodes pour grouper un certain nombre d'institutions romaines qui produisaient

Source : BIU Cujas

des effets identiques.

Elaboration au Haut Empire d'une théorie de la capitis deminutio en relation avec les trois status.

C'est en effet seulement sous le Haut-Empire qu'il y a vraiement une théorie de la capitis deminuti, théorie qui se rattache d'ailleurs à l'élaboration générale du droit des personnes et à la distinction des trois status de l'individu, le status libertatis, le status civitatis, et le status familiae; le statut de la liberté, le statut de la cité, le statut de la famille.

Sous l'influence des idées grecques, en vue d'établir un peu d'ordre dans le droit des personnes, les juriconsultes rattachent la notion de "capitis deminutio" à la notion des trois statuts. Ils déclarent qu'il faut distinguer trois degrés dans la "capitis deminutio", ou même finalement trois types de "capitis deminutio" et ainsi, de cette expression un peu vague qu'il y avait des individus qui avaient subi une atteinte dans leur personne, on a fait une théorie juridique, une classification rigoureuse en trois types de "capitis deminutio". Si l'on se place dans les travaux des jurisconsultes classiques, on trouve par suite une "capitis deminutio maxima", une "capitis deminutio media", et une "capitis deminutio minima".

C.D. maxima par perte de la liberté.

Il y a "capitis deminutio maxima" quand un individu perd la liberté , ce qui entraîne en même temps la perte du droit de cité et la perte des droits de famille, puisque celui qui perd la liberté ne peut plus être citoyen ni avoir une famille aux yeux du droit romain. C'est le cas anciennement, dit-on, de celui qui ne s'est pas fait inscrire sur des registres du cens. C'est là une question discutable; si la "capitis deminutio" n'existait pas encore dans l'ancien droit romain, il est difficile de mettre ce cas-là dans les cas de "capitis deminutio".

C'est incontestablement le cas, sous l'Empire, de la femme qui a entretenu des relations avec l'esclave d'autrui et qui, en vertu du senatus-consulte claudien est devenue l'esclave du maître plaignant. C'est aussi l'hypothèse des condamnés à mort et des condamnés aux mines.

La C.D. media par perte de la cité.

Il y a en second lieu "capitis deminutio media" moyenne, quand un individu tout en gardant la liberté perd à la fois le droit de cité et les droits de famille, Le cas le plus ancien peut-être est celui de l'interdiction de l'eau et du feu, qui correspondait au bannissement. C'est très vraisemblablement également le passage d'une cité dans une autre, par exemple quand un citoyen romain , pour pouvoir bénéficier de concession de terres lors de la fondation d'u-

Source : BIU Cujas

ne colonie latine, participait à cette fondation. C'est enfin sous l'Empire le cas de la déportation dans une île, qui a remplacé la peine de l'interdiction de l'eau et du feu.

La C.D. minima par changement de famille.

Enfin en troisième lieu, il y a la "capitis deminutio minima", celle qui est moindre, qui produit le moins d'effet, Elle correspond suivant Gaius, à un changement dans la condition juridique de l'individu; suivant Paul, qui s'exprime d'une manière peut-être plus exacte, elle consiste dans un changement de famille.

Il y a, en effet, "capitis deminutio minima" dans tous les cas où une personne, tout en gardant la qualité de citoyen, perd sa place dans sa famille d'origine. Tel est le cas de la femme qui se marie "cum manu", telle est l'hypothèse de la personne qui tombe sous le "mancipium" d'autrui et par voie de conséquence de l'adopté et de l'émancipé, puisqu'on ne peut pas être adopté ou émancipé sans être au préalable tombé sous le mancipium d'une autre personne.

C'est également le cas de l'adrogation, et même Paul déclare que les enfants de l'adrogé subissent eux aussi une "capitis deminutio," puisqu'ils changent de famille, accompagnant l'adrogé dans sa nouvelle famille.

Au contraire, si une personne change de condition juridique tout en restant au sein de sa famille, elle ne subit pas de "capitis deminutio"; tel est le cas du fils de famille devenu "sui juris" par la mort du "paterfamilias", ou de la vestale.

§ 2 - Les effets de la capitis deminutio.

Même de nos jours la majorité des auteurs admettent encore que la capitis deminutio est une véritable institution produisant des effets propres et qui se caractériserait de tout temps par une véritable mort civile.

La capitis deminutio produirait une sorte de mort civile de celui qui la subit, accompagnée, sauf pour l'esclave, d'une sorte de résurrection dans une nouvelle situation juridique, puisque celui qui a perdu le droit de cité reste cependant libre et que celui qui change de famille acquiert parfois une capacité supérieure à celle qu'il avait auparavant.

Cette idée de mort civile pour l'ancien droit, et même pour le début de l'Empire, ne nous paraît pas convaincante, car il y a des cas où précisément la

Source : BIU Cujas

"capitis deminutio" est gouvernée par des règles entièrement différentes de celles que l'on rencontre en matière de mort véritable. Aussi sommes-nous tenté de nous rallier à l'opinion qui a été défendue par M. Desserteaux, tout en y apportant certaines rectifications, tout en tenant compte plus qu'il ne l'avait fait des transformations historiques. Cet auteur a consacré la majeure partie de sa vie à l'action de la "capitis deminutio" puisque non seulement il a écrit sur cette question quatre gros volumes, mais en outre sept ou huit articles.

La théorie de M. Desserteaux. La C.D. n'est pas une institution ayant ses effets propres, mais une théorie juridique des effets identiques de plusieurs institutions.

M. Desserteaux en est arrivé à la conclusion qu'en réalité la "capitis deminutio" était une théorie de juristes, qui ne correspondait pas à la vie réelle des institutions, que c'était un cadre commode pour ranger les effets communs à toute une série d'institutions, pour montrer que dans un certain nombre de cas se produisaient nécessairement des effets identiques. Au lieu de parler des effets qui se produisent en cas d'adrogation, de "conventio in manum", d'émancipation etc... on parle simplement des effets de la "capitis deminutio", mais ces effets se produiraient quand bien même on n'aurait jamais inventé le mot "capitis deminutio", quand bien même on ne parlerait pas de "capitis deminutio".

Si par exemple nous étudions l'adrogation ou l'émancipation, nous pouvons ne jamais prononcer le mot "capitis deminutio" minima, et cependant il ne manquera rien des effets de l'adrogation, tous les effets se sont produits, quand bien même on n'a pas dit qu'il y a eu "capitis deminutio". Par conséquent ce n'est pas la "capitis deminutio" qui les a produits.

Quand bien même on n'aurait jamais parlé de "capitis deminutio", quand bien même ces mots seraient restés étrangers à la langue du droit romain, il semble bien, d'après M. Desserteaux, qu'il n'y aurait guère rien eu de changé aux institutions romaines.

La théorie de Bonfante.

Cette manière de voir a été adoptée également en ce qui concerne les deux premiers types de "capitis deminutio" par M. Bonfante. La "capitis deminutio maxima" s'identifie avec la perte de la liberté, c'est une autre manière de dire la même chose. On ne peut pas concevoir qu'un individu perde par la "capitis deminutio maxima" des droits qu'il n'aurait pas perdus par la perte de la liberté, puisque la perte de la liberté vous enlève nécessairement tous les droits que vous possédiez. Par conséquent "capitis deminutio maxima" est simplement une autre manière de dire que l'on a perdu la liberté.

D'autre part, "capitis deminutio media" est

Source : BIU Cujas

également une simple manière commode d'indiquer que l'on a perdu le droit de cité. Celui qui a perdu le droit de cité perd tous les droits qui sont attachés à la qualité de citoyen, il ne perd rien de plus du fait qu'il a subi la "capitis deminutio media".

Mais en est-il de même pour la "capitis deminutio minima "? M. Bonfante prétend que non et déclare qu'à la différence de la "capitis deminutio maxima", ou "media", la minima produit des effets propres, caractéristiques, et pour lui ces effets particuliers sont la survivance de l'ancienne organisation familiale.

Nous allons étudier les effets apparents de la "capitis deminutio minima" et nous verrons qu'au fond M. Bonfante lui-même, tout en disant le contraire, finit par démontrer que la "capitis deminutio minima" ne produit aucun effet qui ne se serait produit s'il n'y avait pas eu la théorie de la "capitis deminutio".

La C.D. minima.

La "capitis deminutio minima", dit Bonfante, est par ses origines une exclusion de la famille et elle produit sans exception, pour tous ceux qui la subissent, les effets essentiels de l'exclusion d'une famille. Quiconque subit la "capitis deminutio" voit se rompre les liens d'agnation et de gentilité qui l'unissaient à ses agnats et à ses gentiles.

En outre, s'il s'agit d'une personne, sui juris' la "capitis deminutio" va produire des effets plus nombreux, plus importants. Il y a toute une série, en effet, de droits qui sont éteints du fait qu'un chef de famille ou une femme "sui juris" subit cette atteinte. La "capitis deminutio" éteint les droits d'usage et d'usufruit, la société dont faisait partie le "capite minutus" se dissout, le testament de celui qui en fait l'objet est rompu, ne produit plus aucun effet. Enfin et surtout toutes les dettes contractuelles du "capite minutus" sont automatiquement éteintes. L'adrogé par exemple était grevé de nombreuses dettes dès l'instant où il s'est fait adroger, toutes ces dettes contractuelles disparaissent, et en droit civil tout au moins, ses créanciers ne peuvent plus rien réclamer.

Il en est tout autrement des conséquences des délits. Malgré la "capitis deminutio" l'adrogé ou la femme qui vient de se marier "cum manu" continue à être responsable de ses délits. Mais ceci tient à ce qu'il n'y a rien de commun primitivement entre les obligations délictuelles et les obligations contractuelles, les conséquences des délits sont fondées sur la notion de vengeance privée et la vengeance privée s'exerce sur la personne physique du délinquant sans

Source : BIU Cujas

que l'on ait à se soucier de savoir si elle a ou non subi une "capitis deminutio". Certaines formules assez frappantes déclarent que la vengeance adhère en quelque sorte aux os du coupable, on se soucie peu des changements qu'il a pu subir dans la vie juridique.

Pourquoi tous ces effets extinctifs ? M. Bonfante répond immédiatement que c'est en raison du fonctionnement primitif du droit romain, de l'organisation familiale. Si les dettes de l'adrogé s'éteignent, ou celles de la femme "cum manu", c'est parce que sous la République romaine, l'adrogé, la femme "cum manu" étant "alieni juris" ne pouvaient pas être grevés d'obligations contractuelles, puisque les "alieni juris" ne sont pas capables de s'obliger par leurs contrats et que du fait de la "capitis deminutio" ces personnes sont devenues "alieni juris "; et si les dettes ne passent pas sur la tête de l'adrogeant ou du mari, c'est parce que l'ancien droit romain n'admet pas qu'un "alieni juris" puisse obliger le "paterfamilias".

Quant aux droits purement personnels, droits d'usufruit, droits d'usage, c'est parce que l'"alieni juris" dans l'ancien droit romain n'est pas capable par lui-même de bénéficier d'un usufruit, par exemple, et que ses droits étant par leur nature essentiellement personnels, le chef de famille ne peut pas les acquérir avec le reste du patrimoine de l'adrogé ou de la femme mariée "cum manu".

M. Bonfante a tout simplement démontré, quand il a donné cette explication très claire, qu'aucun des effets que nous venons d'énoncer ne se rattachait à la "capitis deminutio" puisque tout s'explique par le fonctionnement général du droit romain, par le jeu normal et régulier de toutes les institutions de l'ancien droit romain. Si les dettes s'éteignent, ce n'est pas parce qu'il y à eu "capitis deminutio", c'est tout simplement parce que l'adrogé de "sui juris" est devenu "alieni juris", qu'il n'est plus capable d'être grevé d'obligations. Si les droits d'usage et d'usufruit s'éteignent ce n'est pas parce qu'il y à eu "capitis deminutio", c'est parce que l'"alieni juris" ne pouvait pas avoir l'usufruit ou l'usage dans l'ancien droit romain.

Ainsi donc finalement toute cette démonstration vient à l'appui de notre thèse et de la thèse de M. Desserteaux et montre que tout s'explique par le jeu normal et régulier des différentes institutions de l'ancien droit romain, sans que l'on puisse les attribuer à une "capitis deminutio" minima à défaut d e

Source : BIU Cujas

laquelle ils ne se seraient pas produits.

Mais, dit M. Bonfante, Gaius présente la rupture des liens d'agnation et de gentilité comme un trait caractéristique de la "capitis deminutio minima". On peut répondre immédiatement qu'il y aurait eu nécessairement rupture des liens d'agnation quand bien même il n'y aurait pas eu de théorie de la "capitis deminutio minima", car on ne peut pas faire partie simultanément de deux familles agnatiques, puisque la famille agnatique est fondée sur une idée de communauté de puissance. Du moment où par les cérémonies de l'adrogation ou par l'application de règles des XII Tables, on a éteint une puissance pour en faire naître une autre, du moment où l'on est sous la puissance d'une personne qui n'a aucun rapport avec votre famille d'origine, nécessairement on cesse d'en faire partie. Il y a incompatibilité nécessaire dans l'ancien droit romain entre le fait d'appartenir à une nouvelle famille et le fait de continuer de faire partie de son ancienne famille agnatique. Si donc toutes ces personnes voient la rupture de leur lien d'agnation avec leur famille d'origine, c'est tout simplement parce qu'elles sont entrées dans une nouvelle famille et ne peuvent plus faire partie de leur famille ancienne.

On peut même faire à ce propos la contre-épreuve et démontrer qu'il est manifestament inexact que ce soit la "capitis deminutio" qui rompe les liens d'agnation. On peut en étudiant certaines institutions montrer que ce n'est pas la "capitis deminutio", mais bien le jeu régulier des autres institutions qui entraîne la rupture des liens d'agnation.

Prenons l'exemple de l'émancipation du fils de famille. Supposons que la rupture des liens d'agnation soit la conséquence directe et nécessaire de la "capitis deminutio minima". Cette rupture définitive des liens d'agnation devrait nécessairement se produire lors de la première mancipation du fils de famille, puisque c'est à ce moment-là que le fils de famille subit sa première "capitis deminutio", en tombant sous le mancipium du compère. Or, il n'en est rien et nous savons que c'est seulement après la troisième mancipation qu'il est définitivement soustrait à la "patria potestas" et qu'il cesse définitivement de faire partie de son ancienne famille. Ce n'était donc pas la "capitis deminutio" en elle-même qui était le fondement de la rupture des liens d'agnation, qui avait coupé le lien entre lui et sa famille d'origine.

Bien plus, Gaius nous dit que ce fils de famille subit une "capitis deminutio" non seulement après cha-

Source : BIU Cujas

que mancipation, mais par dessus le marché après chaque affranchissement. Or, quelle est la conséquence véritable au point de vue des droits de famille de la première et de la seconde libération du mancipium? C'est de rendre à nouveau effectifs les liens qui l'unissent à sa famille d'origine, liens qui avaient été en quelque sorte suspendus pendant qu'il était sous le mancipium. Ainsi donc théoriquement c'est la "capitis deminutio" qu'il subit qui rompt les liens d'agnation qui le rattachent à sa famille d'origine et l'on constate que dans ces cas-là c'est précisément à la suite d'une "capitis deminutio" qu'il rentre dans sa famille, qu'il retombe effectivement sous la puissance de son chef de famille, qu'il recouvre effectivement tous ses droits et toutes les obligations dans sa famille agnatique.

Ainsi pour comprendre la rupture des liens d'agnation et de gentilité en cas d'émancipation, il faut examiner l'institution dans son ensemble et non pas chaque "capitis deminutio" envisagée individuellement. Par conséquent l'émancipation fait la contre-épreuve et démontre qu'en réalité la "capitis deminutio" en elle-même, à elle seule, ne rompt pas définitivement les liens d'agnation et de gentilité qui unissent une personne à sa famille.

Ainsi pour la "capitis deminutio minima" également on peut affirmer qu'il s'agit uniquement d'une théorie juridique et non pas d'une institution douée d'effets propres.

Mais pour faire cette démonstration nous avons supposé le jeu régulier et traditionnel des principes qui gouvernent l'ancienne organisation familiale romaine, et c'est là-dessus que nous allons nous séparer de M. Desserteaux : c'est que M. Desserteaux raisonne comme si l'antique organisation familiale romaine avait toujours vécu et par suite admet qu'en droit classique la "capitis deminutio" ne produit pas d'effets véritables.

La transformation de la théorie de la C.D. à l'époque classique. Effets spéciaux qui y sont rattachés par suite de la transformation

En réalité, il y a eu finalement une transformation profonde, et si la "capitis deminutio" en elle-même ne produisait pas au début d'effets véritables, elle a fini par en produire, ce qui fait que les théories juridiques finissent quelquefois par donner naissance à un droit nouveau.

En effet, cette famille romaine telle que nous avons vu fonctionner ses rouages, s'est transformée complètement dans les dernières années de la République et surtout au cours de l'Empire. Tous ces principes fondamentaux de l'ancienne famille romaine ont disparu progressivement, mais la théorie de la "capi-

Source : BIU Cujas

de la famille romaine.

tis deminutio" elle, n'a pas évolué de la même manière. Elle n'a pas suivi le mouvement, ce qui fait que certaines conséquences qui se rattachaient à l'ancienne organisation familiale romaine ne se justifiaient plus sous l'Empire et se sont cependant maintenues parce qu'elles avaient été raccrochées à la théorie de la "capitis deminutio".

La théorie de la "capitis deminutio", pour les personnes qui la subissent, a freiné le mouvement de transformation de la famille, si bien qu'en cas d'adrogation, d'émancipation, il y a des anachronismes; des survivances de l'antique organisation familiale qui ne se justifient plus rationnellement. Pourquoi se maintiennent-elles ? Ce n'est pas parce que l'organisation de la famille romaine sous l'Empire est de telle ou telle manière, c'est tout simplement parce que les jurisconsultes avaient rattaché ces effets à la "capitis deminutio".

Reprenons notre raisonnement de tout à l'heure. Examinons le fonctionnement normal de la famille romaine au II° siècle ap. J.C. Nous constatons que certaines dispositions ne correspondent pas à l'état de la famille romaine au II° siècle ap. J.C. Ces effets se produisent cependant toujours en cas de "capitis deminutio", pourquoi se produisent-ils ? Il n'y a plus qu'une réponse : parce qu'il y a eu "capitis deminutio"; donc , la "capitis deminutio" qui, originairement, ne produisant pas d'effets propres, produit des effets par la volonté des juristes au III° siècle ap. J.C. Et c'est sur ce point que nous nous permettons de diverger d'opinion avec M. Desserteaux.

Pour éclairer ce que ce raisonnement peut avoir d'obscur et de complexe, reprenons la théorie de l'adrogation. Au III° siècle ap. J.C. il est incontestable qu'un "alieni juris" peut valablement s'obliger par ses contrats. Nous avons vu que les jurisconsultes classiques déclarent que le fils de famille en tant qu'il s'oblige par ses contrats est tenu comme un chef de famille. L'adrogé est par conséquent aussi bien capable d'être débiteur après l'adrogation qu'avant; le fait qu'il est devenu fils de famille ne justifie plus du tout l'extinction de ses dettes contractuelles parce que le droit de famille a changé. Or, cependant, la "capitis deminutio" au III° siècle éteint toujours les dettes contractuelles de l'adrogé. Il n'y a donc plus d'explications tirées des notions générales de la famille qui puissent l'expliquer. Il faut se borner à dire à la suite des juristes qu'au III° siècle ap. J.C. les dettes contractuelles de l'adrogé sont éteintes parce qu'il a subi une "capitis deminutio minima".

Source : BIU Cujas

Ce qui reste de la C.D. minima à l'époque de Justinien.

Si nous nous plaçons au contraire dans le droit de Justinien, les transformations étaient telles que la "capitis deminutio" minima ne va pour ainsi dire plus produire ni d'effets apparents ni d'effets réels. La famille, en vertu de la novelle II8 de Justinien, est fondée sur la cognation. Par conséquent il n'y a plus à se soucier de savoir si c'est réellement la "capitis deminutio" qui rompt les liens d'agnation, ou si c'est la conséquence des principes généraux, puisqu'il n'y a plus de rupture de lien d'agnation, il n'y a même plus d'agnation.

Ainsi donc en fait sous Justinien la "capitis deminutio minima" ne produit plus que des effets insignifiants qui sont le reliquat de la vieille organisation de la famille romaine, reliquat qui s'est perpétué par l'intermédiaire de cette "capitis deminutio".

Par exemple, on nous répète toujours, même à l'époque byzantine, que la "capitis deminutio" éteint les dettes contractuelles de l'adrogé, tout en prenant d'ailleurs toutes les mesures possibles pour que cela ne produise aucune conséquence, pour que tout se passe comme si elles n'étaient pas éteintes.

Ainsi dans le droit de Justinien pratiquement la "capitis deminutio" minima n'a aucune importance, mais on donne toujours un coup de chapeau en passant à de vieux principes qui remontent par leurs origines à l'antique organisation familiale romaine.

La notion de mort civile et pourquoi elle a été substituée à l'époque classique à la notion traditionnelle de C.D. media ou maxima.

Quant à la "capitis deminutio maxima ou media", elle a été contaminée en quelque sorte par la théorie de la mort civile. Il ne faut pas dire, tout au moins à notre avis, que la "capitis deminutio maxima ou media" équivaut à une mort civile car c'est précisément pour éviter ses inconvénients traditionnels que les jurisconsultes sous l'Empire ont imaginé la théorie de la mort civile, ont soutenu que pour celui qui perdait la liberté ou la cité, il y avait là l'équivalent de la mort. En effet, les principes anciens voulaient que ce soit l'auteur responsable de la "capitis deminutio" qui recueille le patrimoine du "capite minutus". La conséquence c'était que l'Etat recueillait les biens des condamnés à mort ou aux mines. Au contraire, s'il y avait eu mort, les biens auraient été recueillis par les héritiers légitimes du condamné. Par conséquent il n'y avait pas d'effets équivalents à la mort, bien au contraire, c'était très désavantageux pour les héritiers que la personne ne soit pas morte, mais ait subi une "capitis deminutio" qui donnait prétexte à l'Etat à confisquer les biens du condamné. C'est pour éviter cette confiscation que les jurisconsultes ont imaginé la théorie de la mort civile. C'est pour com-

Source : BIU Cujas

battre la fiscalité et pour sauver les droits des héritiers des condamnés. On a essyé de faire triompher l'idée qu'en cas de perte de la liberté ou de perte du droit de cité, tout devrait se passer, en ce qui concerne les biens du condamné comme s'il était mort et que par suite ce serait désormais ses héritiers et non plus l'Etat qui recueillerait sa succession. Ainsi nous voyons que l'idée de mort civile ne peut pas expliquer la "capitis deminutio minima" et que pour les deux autres types de "capitis deminutio" elle s'est substituée sous l'Empire à la théorie traditionnelle, afin d'éviter les dangers que cette théorie traditionnelle présentait pour les héritiers des condamnés.

Source : BIU Cujas

Titre V.

THEORIE DES INCAPACITES DE FAIT.

La théorie de la "capitis deminutio" couronne en quelque sorte la théorie de la capacité de droit, puisqu'on voit y figurer tous les gens qui subissent une atteinte dans cette capacité de droit ou un changement dans cette capacité de droit.

Nous allons ici au contraire examiner la situation des personnes qui, tout en étant capables d'avoir des droits ou d'être grevées d'obligations, sont cependant en fait incapables d'exercer ces droits.

Les différents incapables de fait.

Il y a à Rome de nombreux incapables, surtout dans le droit ancien. Il y a en premier lieu les impubères des deux sexes, mais il y a également pendant très longtemps les femmes pubères. Il y a d'autre part les fous et les prodigues. Il y a enfin au cours de l'Empire les mineurs de vingt-cinq ans; comme pour rétablir l'équilibre, alors que l'incapacité des femmes pubères s'estompe et disparaît, ce sont au contraire les jeunes gens, pubères, mais mineurs de vingt-cinq ans, qui deviennent capables d'exercer tous les droits que la loi leur reconnaît.

Il est bien évident que cette incapacité de fait frappe aussi bien les personnes "alieni juris" que les personnes "sui juris", mais pour les personnes "alieni juris", elle présente beaucoup moins d'inconvénients.

Tout d'abord généralement l'"alieni juris" n'a pas de patrimoine à administrer, par conséquent peu importe qu'il soit ou non capable en fait de gérer un patrimoine. D'autre part, s'il y a des actes juridiques à accomplir, le chef de famille est toujours là pour agir à sa place, c'est pourquoi nous ne nous occuperons ici que de l'incapacité de fait des personnes "sui juris".

Les deux remèdes à l'incapacité de

Pour remédier à cette incapacité de fait, il existe à Rome deux institutions primitivement bien distinctes : la tutelle, "tutela", et la curatelle,

Source : BIU Cujas

fait : tutelle et curatelle.

"curatela".

La tutelle, dans l'ancien droit romain, a été comparée à une magistrature ordinaire dont le titulaire est généralement désigné par le chef de famille dans son testament. C'est qu'en effet la tutelle remédie à des incapacités normales. Il est normal d'être impubère jusqu'à l'âge de la puberté, il est normal d'être une femme pubère, si l'on est du sexe féminin et si l'on est arrivé à l'âge de la nubilité.

Au contraire, la curatelle dans l'ancien droit romain est comparé à une magistrature extraordinaire, dont le titulaire ne peut en aucun cas être désigné par le chef de famille dans son testament; il n'y a pas de curatelle testamentaire. C'est primitivement la gens qui prend sous sa curatelle l'incapable; ce sont ensuite les magistrats du peuple romain qui dans certains cas désignent le curateur, et cette curatelle remédie à des incapacités anormales. Il n'est pas normal d'être prodigue, il est encore moins normal d'être fou.

Mais sous l'Empire, cette différence allait disparaître par suite de l'institution d'une curatelle destinée à remédier à une incapacité normale, à savoir la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans, il était aussi normal d'être mineur de vingt-cinq ans que d'être impubère , et cependant ce n'est pas en tutelle, mais en curatelle, que l'on place les mineurs de vingt-cinq ans.

Cette nouvelle institution est gouvernée par des règles qui sont dans l'ensemble voisines des règles de la tutelle et par suite tutelle et curatelle ne diffèrent plus guère dans le droit de Justinien que par leur nom et dans notre ancien droit, on déclarait que tutelle et curatelle, c'était tout un.

Source : BIU Cujas

Chapitre I

LA TUTELLE .

Evolution de la conception de la tutelle.

La tutelle primitivement a été instituée essentiellement dans l'intérêt des héritiers présomptifs de l'incapable. Ce sont ceux qui recueilleraient éventuellement la succession de l'impubère ou de la femme qui se trouvent tout désignés pour exercer les fonctions de tuteurs, et qui veillent à leurs intérêts en protégeant l'incapable et son patrimoine contre les dangers qui les menacent en ces temps où la cité n'est pas encore très fortement organisée.

L'époque ancienne, en effet, est une époque où règne encore parfois la violence et où la femme, en raison de sa faiblesse physique, pourrait se trouver défavorisée, brutalisée. C'est une époque également où règne la procédure des actions de la loi, où le formalisme est très rigoureux, où la moindre erreur menace de faire perdre le procès. Le tuteur est là pour protéger l'incapable contre les dangers extérieurs, contre les pièges de la procédure.

Mais dès la fin de l'ancien droit progresse une idée qui n'avait jamais été totalement absente de la tutelle, l'idée que cette institution est destinée à protéger ceux qui par suite de leur faiblesse naturelle ne sont pas aptes à défendre eux-mêmes leurs droits. Ce qui doit passer avant tout, ce n'est plus l'intérêt du tuteur, c'est l'intérêt de son pupille ou de sa pupille. Et cette idée nouvelle qui prit naissance avec la protection légale et l'intervention des magistrats devait changer radicalement la conception et la réglementation de la tutelle des impubères. Au contraire, on en était arrivé à une époque où elle ne pouvait plus produire d'effets sensibles sur la tutelle des femmes.

La décadence de la tutelle des femmes au cours de l'Empire.

La tutelle des femmes ne pouvait pas s'adapter à cette notion nouvelle, car à la fin de la République romaine, l'ordre régnait suffisamment dans la cité pour qu'il ne fût plus nécessaire de protéger la faiblesse physique des femmes contre des dangers extérieurs. C'est pourquoi, faute de pouvoir se justifier désormais par la situation réelle, la tutelle des

Source : BIU Cujas

femmes végéta sans se renouveler, sans s'adapter aux conditions nouvelles. Et les jurisconsultes, pour tenter de justifier cette perpétuation de la tutelle des femmes, invoquaient des arguments qu'ils estimaient eux-mêmes parfois sans grande valeur. Ils invoquaient la faiblesse intellectuelle de la femme, son ignorance de la vie juridique, et, peu galants, prononçaient parfois les mots "imbecilitas sexus". Mais Gaius lui-même déclare que ce sont là de pures idées de juristes, qui n'ont aucune valeur véritable.

Ainsi , n'ayant pu s'adapter, la tutelle des femmes pubères finira par disparaître au cours de l'Empire, tandis qu'au contraire, la tutelle des impubères sera de mieux en mieux organisée en vue d'assurer la protection effective des intérêts de l'incapable.

La définition de la tutelle par S. Sulpicius.

On a souvent fait remarquer que l'idée ancienne et l'idée nouvelle de la tutelle se trouvent réunies dans une définition attribuée à Servius Sulpicius, le fameux jurisconsulte de la fin de la République romaine. Cette définition commence de la manière suivante : "la tutelle est une force et une puissance sur une personne libre ". C'est la vieille idée archaïque de la puissance du tuteur sur l'incapable, d'un véritable pouvoir exercé par le tuteur sur l'incapable. Mais la définition continue : "donnée et autorisée en vue de protéger celui ou celle qui à raison de son âge ou de son sexe ne peut se défendre "; c'est l'idée nouvelle, l'idée de protection qui apparaît ici à côté de l'idée ancienne de puissance, d'autorité du tuteur.

Section I.

A qui est confiée la tutelle ? Les diverses sortes de tutelles.

Les règles de la tutelle dépendent souvent de la manière dont a été désigné le tuteur, et c'est pourquoi, il nous faut étudier à qui était déférée la tutelle. Quelles sont, à ce point de vue, les diverses sortes de tutelle?

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

§ I - La tutelle légitime.

Attribution de la tutelle aux héritiers présomptifs du pupille: agnats et gentiles.

La tutelle légitime est, selon toute vraisemblance, la forme la plus ancienne de tutelle. C'est la seule qui réponde à l'idée archaïque que la tutelle est un droit pour le tuteur, que la tutelle a été instituée dans l'intérêt du tuteur. En effet cette tutelle légitime est attribué aux héritiers présomptifs de l'incapable, à ceux qui recueilleraient la succession de la femme ou de l'impubère si le pupille ou la pupille venait à mourir; ils protègent d'avance leurs intérêts futurs, ils veillent à la défense du patrimoine de l'incapable en vue de défendre leurs intérêts personnels.

C'est ce qui explique pourquoi cette tutelle légitime est accordée dans l'ancien droit romain selon l'ordre légal des successions, les droits de tutelle et de succession sont étroitement liés dans l'ancien droit romain. C'est aux agnats qu'on confie la tutelle et à défaut d'agnats, ce sont les gentiles qui exerceraient cette tutelle.

On ne se préoccupe d'ailleurs ni de l'âge ni des aptitudes intellectuelles du tuteur, il suffit alors pour être tuteur d'être citoyen romain et du sexe masculin.

S'il s'agit d'un affranchi ou d'un émancipé, comme c'est celui qui l'a affranchi ou qui l'a émancipé qui a des droits de succession, c'est au patron que l'on confie la tutelle, à supposer que l'affranchi ou l'émancipé soit une femme ou un impubère.

Possibilité pour le pater d'écarter la tutelle légitime en désignant un tuteur testamentaire.

Mais cette tutelle légitime peut être écartée dès l'époque de la Loi des XII Tables par un testament. La loi des XII Tables, en effet, prévoyait que la tutelle légitime ne s'ouvrirait que si le chef de famille était mort intestat, sans avoir fait de testament. Et il faut entendre d'une manière littérale cette expression à l'époque ancienne. Il suffisait que le chef de famille fasse un testament pour écarter la tutelle légitime des agnats et des gentiles.

Ce principe fut toujours maintenu en ce qui concerne la tutelle des femmes. Mais au contraire, en ce qui concerne la tutelle des impubères les jurisconsultes en donnèrent une autre interprétation. C'est là l'un des exemples de l'habileté avec laquelle les jurisconsultes peuvent changer par voie d'interprétation le sens véritable du texte légal qu'ils é-

Source : BIU Cujas

tudient.

Les jurisconsultes déclaraient qu'en ce qui concerne les impubères il ne fallait pas prendre le mot "intestat" dans un sens général, qu'il ne fallait pas y voir celui qui n'avait pas fait de testament, mais simplement celui qui dans son testament n'avait pas désigné un tuteur testamentaire. Ainsi donc on change le sens des mots de manière à n'écarter la tutelle légitime que s'il y a un tuteur désigné dans le testament.

Disparition de la tutelle des gentiles sous l'Empire et de la tutelle des agnats sur les femmes.

Sous l'Empire, la tutelle des gentiles devait disparaître en même temps que la gens. Vers la même époque, l'empereur Claude supprime la tutelle des agnats vis-à-vis des femmes pubères, la seule tutelle qui en dehors du cas de l'émancipée était efficace en ce qui concerne les femmes pubères.

Les droits des cognats en matière de tutelle au Bas-Empire.

Puis, au Bas-Empire, on tend à accorder la tutelle légitime aux parents par le sang de préférence aux parents par voie d'agnation, plus éloignés. C'est ainsi qu'Anastase décide que désormais les frères émancipés de l'impubère seront tuteurs de préférence aux agnats. Et enfin Justinien substitue les liens de cognation aux liens d'agnation comme fondement de la tutelle légitime.

Cette tutelle légitime présente parfois des modalités un peu particulières, et l'on a affaire à la tutelle fiduciaire et à la tutelle cessice.

La tutelle fiduciaire.

Dans la tutelle fiduciaire le tuteur acquiert cette qualité d'une manière un peu anormale. Il s'agit par exemple d'une femme qui, pour échapper à la tutelle de ses agnats qui la gênait, s'est placée sous le mancipium d'un compère , compère qui l'a ensuite libérée du mancipium, ce compère est un tuteur fiduciaire, c'est un tuteur pour la forme. De même, si l'émancipé avait été définitivement libéré par le compère, celui-ci serait également un tuteur fiduciaire.

La tutelle cessice.

Quant à la tutelle cessice, elle se rattache à l'un des traits les plus archaïques de la tutelle légitime, à l'idée que la tutelle légitime n'est pas une institution de protection, mais un véritable droit appartenant au tuteur. Le tuteur légitime pouvait dans l'ancien droit romain faire abandon de la tutelle à une autre personne, il pouvait céder son droit de tutelle à une personne qu'il désignait en employant le procédé de l'in jure cessio, de l'abandon devant le magistrat. Il y avait là quelque chose d'abusif aux yeux des Romains de l'époque classique et c'est pourquoi on ne permit plus à l'époque classique de céder ainsi à une autre personne la tutelle légitime des

Source : BIU Cujas

impubères.

La cotutelle.

Comme la tutelle légitime est attachée à la qualité d'héritier présomptif de l'incapable, il y a autant de tuteurs qu'il y a d'héritiers placés sur le même rang, et c'est alors l'institution de la cotutelle. Le temps nous manque ici pour étudier l'organisation de la cotutelle , qui présente parfois des règles assez complexes.

§ 2 -La tutelle testamentaire.

Existence de la tutelle testamentaire dès les XII Tables. Son importance. Décadence des conditions de forme auxquelles était soumise la désignation du tuteur.

Dès l'époque de la loi des XII Tables , c'est la tutelle testamentaire qui prend le pas sur la tutelle légitime et qui est considérée avec le plus de faveur par le droit romain. C'est qu'en effet dans la tutelle testamentaire le tuteur va être désigné par celui qui jusque là avait la puissance paternelle sur l'incapable et que l'on considère comme le mieux qualifié pour désigner celui qui après sa mort veillera aux intérêts de la femme ou de l'impubère.

De tout temps, cette institution d'un tuteur testamentaire fait partie intégrante du testament du chef de famille et pendant très longtemps le chef de famille ne pouvait pas désigner d'une manière isolée le tuteur, il fallait nécessairement qu'il fasse au début de son testament une institution d'héritier, qu'il règle d'une manière générale le sort de son patrimoine pour après sa mort. Il indiquait au début du testament qu'un tel devait être héritier et ensuite il désignait telle et telle personne pour être les tuteurs de sa femme ou de ses descendants.

Mais la faveur croissante de la tutelle testamentaire fit admettre progressivement des atténuations à la rigueur du formalisme, et les magistrats du peuple romain cherchent à assurer le respect de la volonté du défunt dans des cas où il n'y aurait pas à proprement parler testament ou dans des cas où le chef ou la personne envisagée n'avait pas la puissance paternelle sur l'enfant. Le magistrat confirme alors la désignation faite dans le testament ou dans un acte indépendant que l'on appelle un codicille.

Désignation du tuteur par la mère sous Justinien.

Justinien décida que non seulement le père pourrait désigner un tuteur dans son testament, mais que la même désignation pourrait être faite également par la mère, à condition qu'elle institue son enfant héritier, et même, le cas échéant, s'il s'agit d'un impubère qui n'a pas de patrimoine propre, dans son intérêt, Justinien autorise une personne étrangère à

Source : BIU Cujas

la famille à lui désigner un tuteur.

Le tutor optivus de la femme.

En ce qui concerne les femmes, il faut signaler que dès la fin de la République s'était manifesté un symptôme de la décadence de la tutelle des femmes pubères. On ne la prenait plus toujours très au sérieux et il arrivait fréquemment que dans son testament le chef de famille autorisait sa femme à choisir elle-même son tuteur ou même, ce qui est encore plus curieux, à en changer aussi souvent qu'elle le désirait. Il est bien évident qu'un tuteur choisi librement par la femme, et surtout qu'elle peut renvoyer pour en prendre un autre, ne pouvait plus avoir grande autorité sur elle.

Incapacités d'être tuteur.

C'est à propos de la tutelle testamentaire que l'on commence à admettre dans certains cas qu'il y a des personnes qui ne doivent pas exercer la tutelle. En particulier on n'admet pas qu'un impubère puisse être le tuteur testamentaire d'un autre impubère. Et les magistrats prennent également l'habitude de forcer les fous, les prodigues ou les sourds à décliner la tutelle. Finalement dans le droit du Bas-Empire on énumère toute une série de personnes qui sont désormais légalement incapables d'être tuteurs : les mineurs de vingt-cinq ans, les militaires, les fous, les évêques et les moines.

§ 3 - La tutelle déférée par le magistrat.

Des cas où un impubère n'a pas de tuteur. Intervention de la loi. Notion nouvelle de la tutelle.

Il y eut sans doute une époque où théoriquement un incapable pouvait ne pas avoir de tuteur. Ce sont là de ces cas qui, en pratique, se rencontraient rarement mais qui au point de vue juridique sont possibles.

Supposons qu'un chef de famille, dans l'ancien droit romain, ait fait un testament qui écartait la tutelle légitime et qu'il ait négligé de désigner pour ses enfants impubères ou pour les femmes de sa famille un tuteur testamentaire. En fait cela n'arrivera jamais, car si le chef de famille prenait la précaution de faire un testament, il désignait pratiquement toujours des tuteurs pour les personnes qui en avaient besoin. Mais ce qui est certain c'est qu'il est arrivé un moment où la loi s'est préoccupée de protéger les intérêts de ceux qui n'avaient pas de tuteur, soit qu'il n'y avait pas de tuteur désigné dans le testament, soit qu'il s'agisse d'une famille en voie de

Source : BIU Cujas

disparition et que l'incapable, au décès du chef de famille, n'ait pas d'agnats ou de gentiles susceptibles d'exercer la tutelle.

Et c'est avec la nouvelle tutelle déférée par le magistrat, que notre institution va être dès le premier jour considérée comme une charge pour le tuteur, comme un "office " exercé pour protéger les intérêts de l'incapable. C'est la loi elle-même qui va imposer et réglementer la tutelle et qui va en faire une véritable charge publique, un office que l'on doit remplir convenablement.

La loi Atilia les lois Julia et Titia.

La première loi qui se soit ainsi occupé de la tutelle, c'est la loi Atilia, qui fut votée à une date qu'on ne peut pas fixer exactement, mais qui est un peu antérieure à l'année 186 avant J.C. Cette loi n'était d'ailleurs applicable qu'à Rome et à l'Italie et il fallut les lois postérieures, les lois Julia et Titia, pour étendre les nominations de tuteurs par le magistrat aux provinces.

Magistrats chargés de nommer les tuteurs.

En Italie, la loi confie la nomination du tuteur au préteur urbain, mais exige qu'il soit assisté de la majorité des tribuns de la plèbe, ce qui est peut-être un indice que c'étaient les plébéiens en raison de la plus faible organisation de la famille plébéienne, de l'absence de gentiles, qui risquaient plus que les patriciens d'être laissés sans tuteurs au décès du chef de famille. En province d'autre part la désignation des tuteurs est confiée au gouverneur de la province.

Ces règles changèrent sous l'Empire. L'Empereur Claude en Italie confia d'abord le choix des tuteurs aux consuls, à l'époque où les consuls sont presqu'entièrement dépouillés de leurs fonctions politiques, on les occupe en leur confiant le choix du tuteur. Puis, Marc-Aurèle nomme un préteur spécialisé, le préteur tutélaire, qui est chargé des questions de tutelle, et dans les différentes circonscriptions d'Italie la désignation des tuteurs appartient à de nouveaux magistrats les "juridici". Quant aux magistrats municipaux dans les provinces, ils n'avaient pas avant Justinien le pouvoir de nommer les tuteurs, ils avaient simplement le droit de les désigner au choix du gouverneur.

Au contraire dans le droit de Justinien le choix des tuteurs est confié au "defensor civitatis", au défenseur de la cité, ou au gouverneur de la province suivant l'importance de la fortune du pupille. Si le pupille possède moins de 500 sous d'or, le tuteur est désigné par le "defensor civitatis" dans chaque cité. Si , au contraire, il a une fortune supérieure

Source : BIU Cujas

à 500 sous d'or, le choix en appartient toujours, théoriquement du moins, au gouverneur de province.

Ainsi, alors que les lois généralement à Rome s'occupent très peu du droit privé, il y a eu toute une série de dispositions légales pour réglementer la tutelle déférée par le magistrat.

Les tuteurs prétoriens spéciaux.

Nous avons parlé jusqu'ici de tuteur déférés par le magistrat en vertu des pouvoirs donnés par la loi, mais il y a en dehors de ce cas, des tuteurs plus spécialement prétoriens, des tuteurs qui sont dans des cas particuliers désignés par le magistrat non plus en vertu de la loi mais de sa propre autorité. Il s'agit de cas où il faut accomplir un acte juridique que ne peut accomplir le tuteur en exercice.

Tel est le cas singulier où une femme pubère voulait se marier et n'avait pour tuteur légitime qu'un jeune homme impubère, ce jeune homme impubère n'était pas capable de l'autoriser à se constituer une dot et il fallait que le magistrat nomme un tuteur prétorien spécial pour accomplir l'acte de constitution de dot.

Tel est également le cas où un procès va éclater entre le pupille et le tuteur qui ont des intérêts opposés. On ne peut pas à la fois défendre les intérêts des deux plaideurs; on remplace le tuteur habituel par un tuteur spécial.

Enfin au Bas-Empire, ce tuteur prétorien spécialisé sera remplacé par un curateur.

Comment le magistrat va-t-il savoir qu'il y a lieu de désigner un tuteur ? Il pourrait agir de sa propre autorité, ayant entendu par la rumeur publique qu'un chef de famille est mort sans avoir désigné de tuteur aux personnes qu'il laissait après son décès. Mais fréquemment ce sera l'incapable lui-même qui viendra trouver le magistrat et lui demandera de nommer un tuteur. En général la femme indique en outre au magistrat le tuteur de son choix, et le préteur confirme purement et simplement la proposition de la femme. Ici encore la tutelle sera peu sérieuse puisque la femme a choisi comme tuteur une personne qui ne la gênera pas.

En ce qui concerne les impubères, au contraire, on pouvait craindre qu'ils soient trop jeunes pour se soucier de la désignation d'un tuteur, et c'est pourquoi des constitutions impériales imposent de venir demander un tuteur à la mère de l'enfant ou aux affranchis du chef de famille.

La théorie des excuses en matière de

Cette tutelle déférée par le magistrat étant une charge publique, on ne peut la refuser qu'à condition d'avoir des excuses valables. C'est une diffé-

Source : BIU Cujas

tutelle.

rence avec les règles anciennes de la tutelle testamentaire que l'on pouvait déposer purement et simplement. C'est seulement sous l'Empire que l'on a étendu à la tutelle testamentaire l'obligation de principe d'exercer la tutelle à moins d'avoir une excuse valable ou de désigner une personne comme étant plus susceptible d'exercer la tutelle, ce qui est encore, si l'on veut s'en débarrasser, le meilleur procédé. On ne dit pas : je ne veux pas de la tutelle, car le magistrat vous contraindrait à l'exercer, mais on déclare qu'il y a un ami de la famille qui est beaucoup plus qualifié que soi pour gérer convenablement les biens de l'incapable.

Nous n'insisterons pas sur les causes d'excuse et d'incapacité, qui sont très nombreuses et ont varié suivant les époques.

Section II.

Le fonctionnement de la tutelle des femmes pubères.

L'explication historique du fonctionnement de la tutelle des femmes.

Dans le droit de la royauté et de la République romaines toute femme pubère est en principe soumise à la tutelle sa vie durant ; seule en est exemptée la vestale. Et cette tutelle a conservé en droit classique des traits archaïques qui ont disparu de bonne heure dans la tutelle des impubères. Cette tutelle, envisagée à l'époque où nous la connaissons bien, à la fin de la République ou au début de l'Empire, paraît une institution singulière puisque, suivant les actes, suivant même des différences qui, à notre point de vue moderne, ne paraissent pas dignes d'attention, tel ou tel acte juridique sera permis ou interdit à la femme agissant seule, sans le concours de son tuteur.

Au contraire, si l'on se place au point de vue historique, on comprend beaucoup mieux le fonctionnement de la tutelle des femmes pubères. L'incapacité de la femme, d'une manière générale, s'applique aux actes juridiques qui existaient dans l'ancien droit romain, tandis qu'elle n'a pas été étendue aux actes juridiques qui sont apparus par la suite dans le droit développé, ce qui fait que la femme est incapable à la fin de la République, s'il s'agit d'une opération jurique qui date du très ancien droit romain, et qu'au contraire elle est pleinement capable d'accomplir l'acte juridique s'il s'agit d'une institution qui se rat-

Source : BIU Cujas

tache au droit des gens ou au droit prétorien. Donc, il ne faut pas essayer de trouver une explication logique; il faut se contenter, comme bien souvent en matière juridique, d'une explication historique.

La gestion de son propre patrimoine par la femme; nécessité pour certains actes de l'auctoritas tutoris.

La femme d'ailleurs, tout au moins pour l'époque où nous possédons des renseignements, administre elle-même son patrimoine. Le patrimoine de la femme pubère n'est pas au pouvoir du tuteur. C'est la femme qui gère ses biens. Mais il y a toute une série d'opérations juridiques qu'elle ne peut accomplir qu'à condition d'obtenir le concours de son tuteur, ce que l'on appelle l'"auctoritas tutoris", le concours de son tuteur; le tuteur n'ayant pour mission que de donner son concours à l'acte accompli par la femme n'encourt en aucun cas de responsabilité personnelle; tant mieux pour la femme, s'il l'a bien conseillée; tant pis pour elle, s'il a donné son concours à un acte désavantageux.

C'est ainsi que la femme a besoin du concours de son tuteur pour accomplir les actes juridiques suivants: intenter une action de la loi, ou, sous la procédure formulaire, un "judicium legitimum", une action fondée sur la loi; s'obliger par contrat, accepter une succession, se marier, du moins "cum manu", enfin et surtout aliéner une "res mancipi", vendre ou donner l'une de ces choses qui rentrent dans la catégorie des "res mancipi"; nous étudierons plus tard ce qui distingue les "res mancipi" des "res nec mancipi", les "res mancipi" étant les plus précieuses, celles que l'on cherche à conserver le plus dans les familles.

N'oublions pas également que la femme ne peut pas faire seule un testament et ne peut même pas faire un testament du tout si elle est sous la tutelle de ses agnats, et que l'extinction solennelle d'une dette ou l'abandon d'un usufruit lui serait également interdit sans le concours de son tuteur.

Tous ces actes ont comme trait caractéristique de remonter à l'ancien droit civil.

Actes que la femme peut faire seule.

Au contraire, la femme seule peut aliéner ses "res nec mancipi", elle peut d'autre part recevoir seule un paiement valable. On voit immédiatement la différence: une "acceptilatio", une extinction solennelle de la dette est un acte de l'ancien droit civil elle ne peut le faire seule; recevoir un paiement non solennel d'une créance, c'est un acte qui n'est pas formaliste, elle peut le faire seule.

Elle peut également intenter seule un "judicium imperio continens", une action fondée sur le pouvoir du magistrat, bien qu'intenter une action d'un type ou d'un autre revienne en pratique exactement au même.

Source : BIU Cujas

Et comme les actes du droit nouveau, les actes du droit prétorien ainsi que du droit des gens ne font qu'augmenter au cours des siècles, la capacité de la femme, s'étend de plus en plus et elle est de moins en moins obligée d'avoir recours au concours de son tuteur puisqu'elle peut s'en tirer en utilisant des opérations juridiques analogues appartenant au droit plus récent. D'ailleurs le cas échéant, le magistrat n'hésite pas à obliger le tuteur à donner son concours à la femme.

La suppression de la tutelle des agnats par Claude.

La seule tutelle qui continuait à présenter un intérêt très sérieux était la tutelle des agnats parce que ces agnats défendaient leur patrimoine en contrôlant les faits et gestes de la femme, et par suite ils avaient intérêt à faire un contrôle sérieux. Mais Claude ayant aboli la tutelle des agnats, il ne restait plus guère de tutelle sérieuse, sauf cependant la tutelle sur les émancipées et les affranchies.

La réforme d'Auguste supprimant la tutelle pour les femmes ayant un certain nombre d'enfants. Extension du jus liberorum.

D'autre part, dès le temps d'Auguste il y eut un certain nombre de femmes qui purent échapper à la tutelle. C'est qu'en effet Auguste par tous les moyens s'efforce de favoriser la natalité, et la dispense de tutelle pour la femme va être une prime de natalité. Nos législateurs modernes n'avaient pas songé à celà pour favoriser la natalité : libérer de tout contrôle marital seulement les femmes qui auraient un certain nombre d'enfants. C'est ce qu'avait fait cependant Auguste. Suivant qu'il s'agissait d'ingénues ou d'affranchies on exigeait que la femme ait eu trois ou quatre enfants. Ainsi donc sous l'Empire la tutelle des femmes pubères n'existait plus pour les ingénues, qui ont eu trois enfants ou pour les affranchies qui ont quatre enfants. Et les empereurs, déformant d'ailleurs le but de cette réforme, ont fini par accorder le droit des enfants, le "jus liberorum" à des femmes qui n'avaient jamais été mères de famille.

Disparition par désuétude de la tutelle des femmes.

On ne sait pas exactement à quelle époque la tutelle des femmes pubères a complètement disparu du droit romain. De même que la gens c'est en effet une institution qui a disparu par voie de désuétude. Comme en fait il n'y avait plus guère de tuteur qui exerce sérieusement ses fonctions, la tutelle a fini par cesser d'être utilisée. Le dernier acte où il est question de la tutelle des femmes pubères est un papyrus de l'année 350 après J.C. Et dans le droit de Justinien, en principe la femme jouit d'une capacité qu'elle n'a plus eue ensuite pendant de nombreux siècles. Le droit de Justinien ne connaît plus en droit privé ni l'incapacité générale de la femme, ni l'incapacité de la femme mariée et l'autorisation maritale; par conséquent le droit de Justinien représente en droit

Source : BIU Cujas

privé pour la femme l'un des points culminants de liberté qu'elle ait pu atteindre

Section III.

La tutelle des impubères.

Pour bien comprendre l'utilité de la tutelle des impubères et le rôle du tuteur, il faut au préalable connaître le degré plus ou moins complet d'incapacité des impubères.

Les trois degrés de l'incapacité de l'impubère.

En effet, à la différence de notre droit civil moderne, le droit romain nuance l'incapacité des impubères en tutelle et leur reconnaît une capacité de plus en plus grande à mesure qu'ils approchent de l'âge où ils auront la libre disposition de leur patrimoine.

On distingue à ce propos trois périodes: "infantia","infantiae proximitas" et "pubertatis proximitas".

Cette matière a été obscurcie par les études des auteurs modernes et pour l'exposer il vaut mieux ne tenir aucun compte des articles qui ont été écrits sur la question depuis quelques années.

Incapacité absolue de l'infans.

Tout d'abord, l'"infantia". L'"infans", littéralement l'enfant en bas-âge, qui ne peut pas encore parler; il va de soi qu'à une époque où les actes juridiques sont pour la plupart oraux, il lui est matériellement impossible, même avec le concours de son tuteur, de participer à la vie juridique; il ne pourrait même pas balbutier les paroles nécessaires pour les opérations juridiques. Mais dans le droit de Justinien on considère que l'enfant reste dans l'"infantia" jusqu'au moment où il atteint ce qu'on appelle l'âge de raison, c'est-à-dire l'âge de sept ans; non seulement celui qui ne peut pas balbutier quelques paroles mais celui qui ne comprendrait rien aux paroles de caractère juridique qu'il prononcerait. Ainsi l'enfant en bas-âge est frappé d'une incapacité absolue d'agir seul ou avec le concours de son tuteur.

Capacité restreinte du point de vue civil de l'infantiae proximus.

En second lieu, l'infantiae proximus", sans que l'on puisse préciser d'âge précis, il y a une période variant suivant les natures où l'impubère est encore proche de la première enfance, et où son intelligence n'est pas encore développée. Au point de vue pénal primitivement on le considérait cependant déjà dans une certaine mesure comme responsable de ses actes. On ne lui infligeait pas, il est vrai, les peines dont

Source : BIU Cujas

on aurait frappé des personnes majeures; par exemple, s'il avait volé, il était battu de verges avant d'être remis à ses parents. Au contraire, en droit classique au point de vue pénal, on l'assimile à l'infans, on considère que l'enfant est insuffisamment développé, il n'est pas responsable de ses délits.

Au contraire, au point de vue juridique, on a dès le début de l'Empire ou tout au moins au cours du Haut-Empire assimilé l'enfant "proche de l'infantia" à l'impubère proche de la puberté; on a admis que dès la sortie de l'"infantia", l'impubère aurait une capacité juridique restreinte, pourrait participer dans une certaine mesure à des opérations juridiques.

Le pubertati proximus. Distinctions au point de vue de sa capacité entre les actes qui rendent la condition meilleure et ceux qui la rendent pire.

En troisième lieu, le pubertatis proximus", c'est celui qui approche de la puberté, celui chez qui l'on discerne que l'intelligence commence à se développer, que l'on considère comme capable de comprendre ce qu'il fait. Au point de vue délictuel, Labeon avait essayé de faire admettre une distinction entre les anciens délits civils pour lesquels il serait responsable et les nouveaux délits prétoriens, en particulier le dol, pour lesquels il n'aurait aucune responsabilité. Ainsi Labeon opposait les vieux délits du droit civil aux délits nouveaux du droit prétorien. Mais Julien fit remarquer qu'il y avait des impubères qui étaient capables de dol, que, bien qu'ils n'aient pas atteint l'âge de la puberté, il y avait un moment où ils se rendaient bien compte des manoeuvres frauduleuses qu'ils accomplissaient, et en partant de cette idée, les jurisconsultes ont fini par admettre que les impubères proches de la puberté seraient tous responsables de leurs délits.

Au contraire, pour les opérations juridiques, le droit est beaucoup plus nuancé. Il y a tout d'abord des opérations juridiques qui sont d'une manière absolue interdites aux impubères. D'abord le mariage; par définition même un impubère est frappé de l'incapacité absolue de se marier. Mais il en est de même, du testament; un impubère ne peut pas faire son testament, même avec le concours de son tuteur.

Par contre, pour les autres opérations juridiques, on fait une distinction fondamentale entre les actes qui rendent sa condition meilleure et les actes qui rendent sa condition pire. On décide que l'impubère peut faire seul tous les actes qui rendent sa condition meilleure, mais qu'il a besoin du concours de son tuteur pour accomplir les actes qui rendent sa condition pire.

Analyse juridique de

Lorsqu'il s'agit de savoir si le pupille impubère proche de la puberté peut faire seul un acte juri-

Source : BIU Cujas

la notion de l'acte qui rend la condition meilleure et de l'acte qui rend la condition pire.

dique, on recherche si cet acte rend sa condition meilleure ou rend sa condition pire. Mais pour faire cette analyse juridique, on se place à un point de vue très primitif; on ne recherche en aucune manière le résultat final de l'acte, on ne se préoccupe pas de savoir si finalement l'opération envisagée aurait présenté ou non des avantages pour le pupille, on recherche simplement si l'acte envisagé en lui-même produit un effet acquisitif, produit en apparence un avantage pour le pupille ou non.

C'est ainsi que l'on considère que l'acte rend sa condition meilleure, s'il entraîne l'acquisition d'un droit, ou l'extinction d'une dette. Au contraire, on considère que l'acte rend sa condition pire s'il entraîne l'aliénation d'un droit, l'extinction d'une créance ou la naissance à sa charge d'une dette contractuelle.

Difficulté d'appliquer cette analyse aux actes unilatéraux.

Cette règle peut s'appliquer sans difficulté aux actes unilatéraux, aux actes qui ne produisent qu'un seul effet. Au contraire cette règle va entraîner indirectement en fait l'incapacité très grande du pupille, si l'on veut l'appliquer à des actes synallagmatiques, c'est-à-dire à des actes produisant des obligations et des créances réciproques pour les personnes intéressées, ou si l'on veut l'appliquer à des actes qui entraînent à la fois un avantage et un inconvénient pour le pupille.

Supposons par exemple, les contrats les plus courants dans la vie économique, un contrat consensuel de vente. La vente fait naître à la fois des créances et des dettes réciproques. Si on se place à ce point de vue très primitif, on dira: le pupille devient bien créancier du prix de la chose qu'il a vendue, car la naissance de la créance du prix rend sa condition meilleure, mais le pupille ne sera pas tenu de livrer la chose qu'il a vendue, car en aliénant cette chose, il rendrait sa condition pire. Le résultat c'est ce que l'on ne trouvera guère de personnes majeures pour traiter avec les pupilles dans de pareilles conditions.

De même supposons que le pupille reçoive un paiement; on dira: il ne peut rendre sa condition pire par conséquent la créance dont il a touché le montant n'est pas éteinte; mais il peut rendre sa créance meilleure, il l'a rendue meilleure en touchant l'argent, donc il a touché valablement l'argent. Le résultat c'est qu'évidemment on se gardera de payer les dettes que l'on a envers un pupille sans demander l'intervention du tuteur.

Palliatifs

Par la suite, au cours de l'Empire, on a d'ail-

Source : BIU Cujas

insuffisants apportés à cette conception.

leurs atténue le caractère injuste de cette solution. C'est ainsi que dans le droit de Justinien on a admis au profit de la personne qui avait contracté une vente avec un pupille qu'elle ne pourrait être tenue de payer le prix si le pupille n'offrait pas de livrer la chose en paiement. Et d'autre part, en vertu de l'idée qu'on ne peut s'enrichir injustement aux dépens d'autrui on a admis que le pupille qui avait touché de l'argent serait tenu dans les limites de son enrichissement.

Mais ce ne sont là que des palliatifs pour éviter les injustices du principe, mais le principe lui-même reste le même et par conséquent même dans le droit de Justinien, en fait, on ne traitera que très rarement avec un pupille impubère et celui-ci n'est pratiquement capable que de recueillir des libéralités.

§ 2 - Le rôle du tuteur.

Limitation du rôle du tuteur à la question des intérêts pécuniaires du pupille. Difficulté qu'elle rencontrait du fait de l'absence de représentation.

Du moins à l'époque historique, le tuteur n'a pas la garde du pupille. Celui-ci est normalement confié à la mère si elle vit encore, puisqu'en droit romain la mère n'a pas comme de nos jours la tutelle en cas de prédécès du père et l'enfant sera, à défaut de la mère, confié à un proche parent par le sang ou laissé aux mains de sa nourrice.

Ainsi le tuteur s'occupe exclusivement des intérêts pécuniaires du pupille; il est chargé de veiller à la sauvegarde et à la bonne administration des biens de l'impubère. Mais le droit romain en cette matière a été très longtemps gêné par l'absence du principe de représentation dans les actes juridiques. Dans un droit où l'on admet le principe de la représentation une personne peut agir pour le compte d'une autre et faire que les actes accomplis produisent directement leurs conséquences au profit du véritable intéressé. Au contraire, dans un droit qui n'admet pas le principe de la représentation, c'est beaucoup plus compliqué Le tuteur n'a pas la possibilité d'agir lui-même et de faire produire en même temps les effets des actes en la personne du pupille, quand bien même l'acte est par sa nature destiné à produire ses effets en la personne du pupille, cela n'est pas possible. Ou bien le tuteur ne pourra pas accomplir l'opération juridique ou bien elle produira provisoirement ses effets en la personne du tuteur.

L'auctoritas tutoris.

C'est ce qui explique pourquoi dans l'ancien droit romain, on utilise autant que possible la procé-

Source : BIU Cujas

dé de l'auctoritas tutoris. On fait agir le pupille lui-même avec le concours du tuteur, car alors les actes produiront leur effet en la personne du pupille le résultat désiré sera exactement obtenu.

On a fait remarquer depuis longtemps que le mot "auctoritas" ne doit pas être traduit par autorisation. C'est plus qu'une autorisation que donne le tuteur, c'est une véritable coopération à l'acte accompli par le pupille. C'est le pupille qui est censé agir, mais c'est en réalité le tuteur qui a le rôle décisif. C'est le tuteur qui fait agir le pupille et qui par son concours, par son auctoritas, permet à cet acte accompli par un impubère, de produire tous les effets juridiques possibles.

On remarquera d'autre part que l'auctoritas, fait partie intégrante de l'opération juridique accomplie par l'impubère. On ne peut pas donner son auctoritas après coup, on ne peut pas la donner par lettre; il faut nécessairement que le tuteur assiste à l'acte, y participe.

Ainsi, quand le pupille a agi avec l'auctoritas de son tuteur, on obtient exactement le résultat désiré. C'est l'impubère qui devient immédiatement créancier ou débiteur, propriétaire de la chose acquise pour son compte.

Le tuteur par l'auctoritas ne s'engage pas personnellement, il n'encourt aucune responsabilité envers les tiers contractants, et même primitivement il n'encourt aucune responsabilité, personnelle à l'égard du pupille.

Des cas où l'auctoritas est impossible. Recours à l'intervention d'un esclave, du pupille pour les actes d'enrichissement.

Si cette auctoritas permet d'obtenir exactement le résultat voulu, ce procédé cependant n'est pas toujours possible. Tout d'abord, en effet, elle suppose nécessairement la présence du tuteur au même endroit que le pupille. Or, nous savons que le pupille généralement, ne vit pas chez son tuteur. Il peut habiter dans une autre cité de l'Empire, ou bien avoir été envoyé à Athènes achever son éducation; en ce cas, il est pratiquement impossible de faire agir le pupille avec l'auctoritas de son tuteur.

De plus, pendant toute la durée de l'infantia, l'auctoritas est impossible; on ne peut pas compléter une capacité inexistante. Ainsi donc lorsque le pupille est infans, on ne peut pas gérer ses biens, ses intérêts par voie d'auctoritas.

S'il s'agissait d'actes de pur enrichissement, il y avait un moyen particulier de se tirer de la difficulté; c'était de faire intervenir à l'acte intéressant l'impubère un esclave de celui-ci. Les esclaves en effet peuvent acquérir directement des droits à leur

Source : BIU Cujas

maître; le tuteur fait intervenir à l'acte intéressant le pupille un esclave, et c'est le pupille qui devient propriétaire ou créancier. Au contraire, ce procédé est impossible s'il s'agit d'aliéner un bien ou de contracter une dette.

La negotiorum gestio. Ses inconvénients et ses lacunes.

Aussi dans ces cas-là , il ne reste plus qu'une ressource au tuteur : c'est d'agir lui-même pour le compte de son pupille, quels que soient les inconvénients présentés par ce système. On dit alors que le tuteur agit par voie de gestion d'affaires, de "negotiorum gestio", c'est-à-dire qu'il agit de la même manière qu'aurait agi une personne se présentant spontanément pour administrer les biens de l'ami absent.

Ce procédé dans le droit de la République était très imparfait, puisqu'en règle générale, l'acte accompli par le tuteur ne produira pas immédiatement le résultat désiré.

Le tuteur achète une maison pour le compte de son pupille; c'est le tuteur qui en deviendra propriétaire. Le tuteur fait promettre une somme d'argent dans l'intérêt du pupille; c'est le tuteur qui en devient pour le moment créancier. C'est seulement à la fin de la tutelle, lors du règlement de compte, que le pupille pourra obtenir la transmission par le tuteur de tous les bénéfices des actes accomplis pour le compte de ce pupille.

D'autre part, le tuteur se voit dans l'impossibilité d'accomplir les actes juridiques qui doivent nécessairement être accomplis par l'intéressé en personne. C'est ainsi que le tuteur sous la République, ne peut pas accepter une succession pour le compte du pupille, car c'est un acte qui ne peut être accompli que par l'héritier en personne. De même, il ne pourrait pas répudier une succession.

La situation est parfois difficile en ces cas-là puisque de son côté l'impubère, même proche de la puberté, ne pourrait sans l'auctoritas de son tuteur accepter ou répudier la succession.

Pouvoir du tuteur à l'époque ancienne d'aliéner les biens du pupille.

Il n'y avait qu'un domaine dans lequel les inconvénients de l'intervention du tuteur n'apparaissaient pas à l'origine. C'était lorsqu'il s'agissait de disposer de biens appartenant à l'impubère. C'est qu'en effet en vertu de l'idée ancienne que la tutelle est un véritable droit pour le tuteur, une véritable puissance qu'il exerce, on considérait que les biens appartenant au pupille se trouvaient dans une certaine mesure au pouvoir du tuteur, qu'il était à l'égard de ces biens dans une situation analogue à celle d'un propriétaire, et c'est pourquoi l'on per-

Source : BIU Cujas

mettait au tuteur d'aliéner valablement ses biens comme s'il en eut été lui-même propriétaire.

Double transformation du régime primitif.

Tel est l'état primitif tel qu'il se présente au début de la République romaine. Nous allons voir que par une double transformation, on va, d'une part, réduire les pouvoirs du tuteur, et d'autre part, admettre d'une manière de plus en plus complète la représentation du pupille par son tuteur. C'est là un mouvement assez difficile à saisir puisqu'il s'est fait en quelque sorte en sens inverse; d'un côté il y a restriction progressive des pouvoirs du tuteur, et d'autre part il y a extension progressive de la possibilité pour le tuteur de représenter le pupille. Ainsi donc, double théorie juridique, dans laquelle l'évolution s'est faite d'une manière divergente.

I- Restrictions aux pouvoirs du tuteur.

En premier lieu on s'est préoccupé de restreindre les pouvoirs du tuteur, de disposer des biens du pupille soit seul soit en donnant son auctoritas au pupille.

Dans l'ancien droit romain on était parti de l'idée des pleins pouvoirs; le tuteur étant vis-à-vis des biens du pupille dans la situation d'un propriétaire, pouvait en disposer de toute manière, librement; il pouvait les vendre, les donner, il pouvait éteindre une créance, recevoir un paiement. Il pouvait placer les capitaux du pupille de la manière qu'il jugeait opportune.

Interdiction pour le tuteur d'être auctor dans une affaire où il a un intérêt personnel.

Progressivement des restrictions de plus en plus nombreuses vont dépouiller le tuteur de ses pouvoirs. Tout d'abord un certain nombre de mesures sont prises par le droit civil lui-même. On a de très bonne heure considéré qu'il était inadmissible qu'un tuteur puisse agir dans des actes où ses intérêts étaient en contradiction avec ceux du pupille. Personne, dit-on ne peut se porter auctor dans une affaire où celui qui serait auctor, serait en même temps intéressé. On ne concevrait pas par exemple une vente dans laquelle ce serait le tuteur qui serait acheteur du troupeau du pupille, car on ne pourrait craindre que le tuteur ne veuille faire une trop bonne opération et acheter ce troupeau à un prix ridicule.

Interdiction de faire des libéralités des biens du pupille.

Puis l'on a admis que l'on ne pouvait pas permettre au tuteur de faire des libéralités avec les biens du pupille sauf cependant les petits cadeaux d'usage.

Nullité des actes frauduleux.

De plus les jurisconsultes du Haut-Empire ont admis que les actes d'aliénation accomplis par le tuteur seraient sans valeur du moment où le tuteur avait été vraiment malhonnête, les avait accomplis dans un but de spoliation du pupille.

"Les Cours de Droit" Y Répétitions Ecrites et Orales
3, PLACE DE LA SORBONNE, 3 Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

La restitutio in integrum pour lésion.

Puis on s'est attaché à des cas moins graves. On a admis que l'impubère devait être protégé même si son tuteur avait été plus maladroit que malhonnête, et l'on a étendu aux impubères la théorie de la rescision pour lésion qui avait d'abord été appliquée aux mineurs de vingt-cinq ans.

On a admis que si en droit civil, les actes accomplis étaient normalement valables, le préteur pouvait intervenir et les tenir pour non avenus, en se fondant sur l'idée que l'impubère avait subi une lésion, un préjudice. C'est ce que l'on appelle la "restitutio in integrum", la remise des choses dans leur état antérieur, "restitutio in integrum " fondée sur l'âge (ob aetatem).

Enfin le droit impérial a été plus loin et a frappé d'inaliénabilité un élément de plus en plus important du patrimoine des impubères. Les empereurs ont considéré qu'il y avait des biens qui devaient être conservés en nature pendant toute la minorité, pendant toute l'impuberté.

L'oratio Severi (inaliénabilité des praedia rustica vel suburbana.)

Le point de départ est un sénatus-consulte rendu sur la proposition des empereurs Sévère et Caracalla. A cette époque, à la fin du II° siècle, ce n'est pas le sénatus-consulte que l'on prend vraiment en considération, c'est la proposition de l'empereur. C'est pourquoi on ne parle plus du sénatus-consulte, on parle de la proposition impériale, "oratio Severi"; bien que ce soit un sénatus-consulte, on parle d'une "oratio Severi", la proposition de Sévère, comme si de nos jours au lieu de parler de la loi votée en telle année on parlait de la proposition de tel sénateur ou de tel député.

Cette disposition votée en l'année 195 ap. J.C. frappe en principe d'inaliénabilité les fonds des pupilles situés à la campagne ou dans la banlieue des villes, vraisemblablement les fonds non bâtis, "praedia rustica vel suburbana", les fonds situés à la campagne ou en banlieue.

En règle générale, la vente ou la donation de tels biens est frappée de nullité et le pupille devenu majeur peut revendiquer son bien. En cas de vente, Justinien a limité sa revendication jusqu'à l'âge de trente ans, et en cas de donation il la permet pendant un délai de dix ou vingt ans après la puberté. Ainsi donc si l'on a vendu un bien du pupille, celui-ci a jusqu'à l'âge de trente ans pour le revendiquer sous Justinien; si on en a fait donation, il aurait dix ou vingt ans , selon les cas pour le revendiquer.

Il n'y a que quelques exceptions à cette nul-

Source : BIU Cujas

Cas ou l'aliénation est permise.

lité, exceptions exigées par la force des choses. Il peut tout d'abord y avoir des dettes laissées au pupille par son pater familias en même temps que certains immeubles situés à la campagne. En ce cas il serait injuste que les créanciers du défunt soient privés du gage de leur créance, du fait que les biens sont passés à un impubère; avec l'autorisation du magistrat on permettra donc de vendre certains immeubles pour rembourser les dettes du défunt.

D'autre part, il peut arriver que dans son testament le défunt ait laissé à l'impubère le droit d'aliéner ses biens, d'une manière expresse. En ce cas on respectera la volonté de celui qui avait fait le testament.

Enfin, il y a des cas où l'on se trouve en présence d'une aliénation forcée. On se trouve en matière de copropriété et le copropriétaire intente une action en partage; il faut bon gré mal gré diviser le bien. Ou bien encore il y a un créancier hypothécaire qui a une hypothèque sur l'immeuble envisagé et qui fait valoir son droit.

Ainsi dans tous ces cas-là il était légitime de faire exception à la règle qui frappe d'inaliénabilité les biens immeubles situés à la campagne ou en banlieue.

Interdiction pour le tuteur d'hypothèquer et de grever de droits réels les immeubles du pupille.

Par contre, il était insuffisant de prévoir simplement la vente ou la donation totale de l'immeuble; il fallut prévoir des cas moins graves. On étendit la restriction des pouvoirs du tuteur au cas du gage, de l'hypothèque, de la constitution d'une servitude, à tous les cas enfin où l'on grève d'un droit réel quelconque l'immeuble envisagé.

Extension de l'inaliénabilité par Constantin.

L'empereur Constantin au début du Bas-Empire allait encore restreindre la partie disponible du patrimoine de l'impubère. Il défendit tout d'abord de vendre les "praedia urbana", les fonds situés à la ville, les fonds bâtis. Il défendit d'autre part de vendre ou de donner les meubles précieux et les esclaves, à moins qu'ils ne soient en nombre excessif. On veut ainsi conserver toutes les choses qui présentent une valeur durable et qu'il peut être intéressant pour le pupille de posséder encore lorsqu'il parvient à l'âge de la puberté.

Interdiction par Justinien de certains actes d'administration.

Enfin Justinien alla jusqu'à interdire certains actes qui rentrent de nos jours dans les actes d'administration. Il ne permet plus au tuteur que de vendre les fruits produits par les biens de l'impubère; c'était la moindre des choses; le tuteur ne conserve que le droit de disposition des pommes du verger ou des récoltes produites par les terres appartenant à

Source : BIU Cujas

l'impubère . Au contraire pour toucher le capital d'une créance, il doit désormais avoir recours à l'autorisation du magistrat, et pour placer les capitaux de l'impubère il doit se conformer aux prescriptions minutieusement fixées par la loi.

Ainsi l'étude du pouvoir du tuteur en droit romain nous permet de suivre ces pouvoirs dans une évolution absolument complète, puisque nous partons des pleins pouvoirs du tuteur, de libre disposition à tous points de vue, pour en arriver à la suppression complète du pouvoir de disposition et même à la restriction des simples pouvoirs d'administration. L'intérêt du pupille l'avait définitivement et complètement emporté sur l'intérêt et l'autorité du tuteur.

2 - Progrès de l'idée de représentation.

Au contraire en ce qui concerne la représentation de l'impubère par son tuteur, nous allons assister à un mouvement entièrement différent, au progrès de l'idée de représentation, idée trop abstraite et trop complexe pour être admise par un droit archaïque, idée qui progresse au cours des siècles.

Exception ancienne permettant au tuteur de lege agere pro pupillo.

Dès l'ancien droit romain, on avait admis une exception à la règle générale en ce qui concerne les actions de la loi. Un pupille impubère ne pouvait pas venir participer personnellement au rite de l'action de la loi, et c'est pourquoi on avait de bonne heure permis au tuteur de défendre à l'action aux lieu et place de l'impubère.

Admission à l'époque classique du principe que le tuteur peut acquérir ou aliéner la possession de son pupille.

Au contraire les progrès suivants ne datent que du II° siècle ap. J.-C. C'est au II° siècle ap. J.C. que l'on admit que le tuteur pourrait acquérir ou aliéner la possession pour le compte de son pupille. Et ensuite, sous Justinien, on en tire des conséquences extrêment importantes. Dans le droit de Justinien il y a toute une série d'actes juridiques qui, accomplis par le tuteur, produisent immédiatement effet en la personne du pupille.

C'est ainsi que sous Justinien quand le tuteur livre un bien ou reçoit un bien pour le compte du pupille; c'est le pupille qui est censé l'aliéner ou qui en devient immédiatement propriétaire. Si le tuteur avec l'autorisation du magistrat, perçoit une créance pour le compte du pupille, c'est le pupille qui acquiert la somme versée par le débiteur. Si le tuteur prête de l'argent, du pupille c'est le pupille qui devient créancier; s'il emprunte de l'argent pour le compte du pupille, c'est le pupille qui devient débiteur.

Ainsi donc, dans tous ces cas, qui tournent autour de l'idée d'acquisition ou d'aliénation de la possession , l'acte juridique produit immédiatement

Source : BIU Cujas

et directement ses effets en la personne de l'impubère.

Simplification à l'époque classique du règlement de comptes entre le tuteur et le pupille par un jeu d'actions utiles et d'exceptions

De plus, on a, dès le Haut-Empire, atténué les inconvénients de la non représentation dans les rapports entre tuteur et impubère pour l'époque de la reddition de comptes. On a dit qu'à la fin de la tutelle, il ne serait plus nécessaire de procéder comme par le passé à toute une série de transferts réciproques de droits de créance et d'obligations, et par tout un jeu d'actions utiles et d'exceptions on a réussi à obtenir pratiquement le même résultat que si les actes produisaient leurs effets en la personne dun pupille. A la fin de la tutelle, on n'a plus besoin de procéder effectivement à chaque opération individuellement et l'on fait en sorte qu'en fait les actes produiront désormais leurs effets en la personne de l'impubère devenu désormais pubère.

Acceptation d'une sucession par le tuteur pour le compte du pupille.

Enfin on prend des mesures importantes et indispensables dans le droit des successions. Le magistrat avait déjà admis en droit prétorien que le tuteur puisse demander un envoi en possession des biens du défunt, la "bonorum possessio" pour le compte du pupille infans. Puis, à la fin du droit romain en l'année 426, une constitution impériale décida que désormais tant que le pupille était infans, le tuteur pourrait accepter pour le compte de l'impubère une succession civile. C'était là l'exception la plus marquante au droit traditionnel; désormais tant que l'impubère est infans, il peut directement acquérir une succession civile par l'intermédiaire de son tuteur qui l'a acceptée à sa place.

Décadence de l'auctoritas.

A la suite de toutes ces réformes, l'emploi du procédé de la gestion d'affaires ne produisait plus d'inconvénients sérieux et c'est ce qui explique pourquoi, dans le droit de Justinien, le procédé de l'auctoritas est en pleine décadence; et en droit civil moderne on ne connaît plus le procédé de l'auctoritas. De nos jours, ou bien le pupille agit seul, si c'est dans le domaine de sa capacité; ou le tuteur agit pour le compte du pupille, sans demander son concours à l'acte. Il n'y a plus de nos jours d'intervention du tuteur pour permettre à un pupille d'accomplir valablement un acte juridique. On peut le regretter et certains auteurs ont fait remarquer que la survivance de la théorie de l'auctoritas serait intéressante pour les jeunes gens qui sont proches de leur majorité puisqu'on pourrait ainsi sous le contrôle de leur tuteur, les initier à la vie juridique.

Source : BIU Cujas

§ 3 - Les obligations et la responsabilité du tuteur.

Nous rencontrons ici cette évolution profonde que nous avons rencontrée dans les pouvoirs du tuteur. Nous examinerons tout d'abord:

Formation d'une théorie uniforme de responsabilité pour tous les tuteurs.

a) La formation de la théorie de la responsabilité du tuteur. Pendant longtemps la responsabilité du tuteur a été très atténuée et a dépendu de la manière dont était déférée la tutelle, la responsabilité n'étant pas la même pour les tuteurs légitimes, les tuteurs testamentaires et les tuteurs nommés par le magistrat. Mais cette différence primitive s'est atténuée au cours des siècles, si bien que dans le droit de Justinien, tous les tuteurs sont soumis à la même responsabilité, quelle que soit la manière dont ils aient été nommés. Et la fusion a été si bien opérée qu'il y a grande controverse entre les auteurs modernes pour préciser la date où s'est opérée la fusion et qu'elles étaient les règles propres primitivement à chaque cas de tutelle.

Irresponsabilité primitive du tuteur pour négligence.

Il semble qu'à l'époque de la loi des Douze Tables le tuteur pouvait impunément être maladroit dans la gestion des biens de son pupille et même ne pas les gérer du tout; il n'encourait aucune responsabilité s'il n'assumait pas la gestion et laissait complètement à l'abandon les biens de son pupille.

L'action pénale rationibus distrahendis contre le tuteur légitime malhonnête.

Au contraire, en cas de gestion malhonnête, de véritables malversations, la loi des Douze Tables était déjà intervenue. S'il s'agissait de la tutelle légitime; elle accordait contre le tuteur malhonnête qui avait essayé de dérober les biens de son pupille, une action "rationibus distrahendis". Les auteurs modernes ne sont pas d'accord sur la manière de traduire cette expression. Il s'agit d'une action pénale destinée à punir les détournements du tuteur et à le faire condamner à la peine du double.

Le crimen suspecti tutoris contre le tuteur testamentaire.

A côté de cette action pénale au double contre le tuteur légitime, il existe une procédure contre le tuteur testamentaire, ce qu'on appelle l'"accusatio, suspecti tutoris", l'accusation du tuteur suspect. Et à cette époque le tuteur est suspect s'il a commis des actes malhonnêtes dans la gestion des affaires de son pupille. Cette action permet de faire destituer, écarter par suite de la tutelle le tuteur testamen-

Source : BIU Cujas

taire malhonnête.

Apparition au IIè S. av. J.C. à propos des tuteurs datifs de l'a. tutelae en cas de mauvaise administration, son extension aux autres tuteurs

C'est au contraire avec les tuteurs nommés par le magistrat, par conséquent au II° siècle avant J.C. que va apparaître la véritable action caractéristique de la tutelle l'action qui finalement sera étendue à tous les tuteurs et qui correspond vraiment au but poursuivi qui est d'assurer la gestion et la bonne administration des biens des impubères.

Cette action est une action civile de bonne foi, l'action de tutelle "tutelae", créée pour sanctionner la mauvaise gestion des tuteurs nommés par le magistrat, elle a été ensuite étendue au tuteur testamentaire, puis au cours de l'Empire au tuteur légitime. Il est possible qu'on y soit parvenu par des détours de procédure, mais si les auteurs y attachent une grande importance, cela en pratique n'a pas beaucoup d'intérêt quel que soit le jeu de procédure utilisé le résultat pratique étant toujours le même.

Cette action "tutelae" restait à un certain point de vue rattachée aux idées archaïques, en ce sens qu'elle n'était possible qu'en cas de mauvaise gestion, ce qui supposait qu'il y ait eu effectivement une gestion, et laissait toujours sans protection le pupille dont les biens étaient à l'abandon, n'ayaient fait l'objet d'aucun commencement d'administration.

Reconnaissance au II S. ap.J.C. de l'obligation pour le tuteur de gérer.

C'est seulement à partir de Marc-Aurèle, par conséquent au II° siècle ap. J.C. que l'on admit que désormais le tuteur qui dans cinquante jours n'aurait pas fait valoir des excuses valables serait tenu pour responsable du défaut de gestion. On accorde contre ce tuteur qui, sans faire valoir d'excuse, laisse à l'abandon les biens de son pupille, une action utile produisant les mêmes effets que l'action qui n'est pas utile.

b) Les obligations et la responsabilité du tuteur à l'époque classique.

L'inventaire au début de la tutelle. La satisdatio rem pupilli salvam fore du tuteur légitime.

A l'époque classique, au début de la tutelle le tuteur va tout d'abord procéder à un inventaire des biens du pupille. Cet inventaire est extrêmement utile pour savoir quels sont les biens qui sont confiés à sa gestion et qu'il devra restituer à la fin de la tutelle. De plus, s'il s'agit d'un tuteur légitime, tuteur dont on commence à se méfier au cours de l'Empire, depuis Claude on exige un engagement de conserver intact le patrimoine du pupille, engagement garanti par des cautions. Le but de cet engagement, c'est d'assurer la garantie à côté du tuteur légitime de cautions, c'est-à-dire d'autres personnes qui

Source : BIU Cujas

seront responsables à côté du tuteur en cas de mauvaise gestion. Le tuteur qui ne fournit pas ces garanties peut y être contraint par voie de saisie d'une partie de ses biens.

Quant au tuteur testamentaire, ou au tuteur désigné par le magistrat, ils sont dispensés de cette garantie car on considère que le choix du testateur ou du préteur est une garantie suffisante de leur solvabilité ou de leur intégrité.

Obligation pour le tuteur de gérer en bon père de famille.

Au cours de la tutelle, le tuteur est désormais tenu de gérer les biens du pupille et de les administrer convenablement. Si le tuteur commet des actes de malversation, il est considéré comme un tuteur suspect et il encourt l'infamie; s'il se contente de mal administrer les biens de l'impubère, on l'écarte de la tutelle sans le frapper d'infamie.

A la fin de la tutelle le pupille a à sa disposition un certain nombre d'actions et de garanties. Il a toujours contre le tuteur légitime l'action "rationibus distrahendis", qui est une action pénale au double, intransmissible contre les héritiers du tuteur, mais il va normalement utiliser l'action "tutelae" devenue la sanction générale de toute tutelle. Cette action permet à la fois d'obtenir la restitution des biens du pupille qui se trouvent entre les mains du tuteur et une reddition de comptes permettant de faire condamner le tuteur en particulier à des dommages et intérêts en cas de mauvaise gestion.

On discute de la nature exacte de la responsabilité du tuteur sous l'Empire, avant Justinien. On croyait jusqu'ici que le tuteur était frappé d'une responsabilité assez sévère, qu'il était tenu de sa faute, qu'il était condamné à des dommages-intérêts toutes les fois où il avait commis une faute que ne commettrait pas un bon administrateur. Mais certains auteurs récents en Italie, prétendant les textes interpolés ont déclaré que le tuteur à l'époque classique n'était tenu que de son dol et non pas de sa faute; le tuteur par l'action "tutelae" ne serait responsable que s'il avait sciemment mal administré les biens de son pupille. Pour soutenir une pareille théorie, on est obligé d'interpoler toute une série de textes et de soutenir qu'ils renfermaient le contraire de ce qu'ils renferment actuellement. Et c'est pourquoi il paraît légitime de ne pas adopter cette opinion extrémiste et de s'en tenir à l'opinion traditionelle qui voyait dans le tuteur à l'époque classique une personne tenue de sa faute.

Quoiqu'il en soit, malgré cette conception extrémiste nous continuons, quitte à être traités de

Source : BIU Cujas

"Conservateurs" à croire que le tuteur à l'époque classique était tenu de la faute que ne commettrait pas un bon administrateur. L'action de tutelle continue à présenter un caractère infamant; le tuteur qui n'accomplit pas son devoir de bien administrer les biens de son pupille encourt à l'infamie.

Les garanties du pupille contre l'insolvabilité du tuteur.

La créance du pupille telle qu'elle résulte de l'action de tutelle est garantie lorsqu'il s'agit du tuteur légitime par l'engagement pris par les cautions; si le tuteur légitime est insolvable, le pupille se retourne contre les cautions et exige d'elles le remboursement des sommes auxquelles il a droit.

S'il s'agit d'un tuteur nommé par le magistrat un sénatus-consulte rendu sous Trajan a donné une action dite "subsidiaire", car elle n'est accordée qu'à défaut de recours effectif contre le tuteur. On donne cette action contre les magistrats municipaux qui ont fait preuve de négligence en proposant au gouverneur de province des tuteurs insolvables ou faisant preuve d'impéritie, ou qui ont accepté des cautions insolvables. Ainsi donc le magistrat municipal sous l'Empire engage sa responsabilité quand il choisit mal les personnes qui serviront de tuteurs ou de garants.

Enfin il existe dans tous les cas un privilège qui permet au pupille de se faire rembourser sur les biens du tuteur avant les simples créanciers ordinaires; tandis qu'au contraire, jusqu'à Constantin, les créanciers hypothécaires passent toujours avant le pupille.

Des procédés appartenant au tuteur pour faire valoir ses créances contre le pupille.

De son côté le tuteur pouvait, lui aussi, avoir des créances à faire valoir à l'égard de son pupille d'autant plus que, comme nous l'avons vu, il devait souvent prendre à son compte temporairement des obligations qu'il contractait pour son pupille. Il semble qu'il pouvait intenter une action indépendante une action de gestion d'affaire utile; comme il avait géré l'affaire du pupille, on lui accordait à titre utile l'action qui sanctionne normalement la gestion d'affaires. Mais au lieu de prendre cette initiative il pouvait attendre d'être poursuivi par le pupille et il opposait à l'action de tutelle intentée par le le pupille ses propres créances, en particulier sous forme de compensation.

Ainsi donc, soit en exerçant une action indépendante, soit en faisant des demandes reconventionnelles à l'égard de l'action de tutelle, il se faisait rembourser de ses dépenses.

C- Les rapports de tutelle et la responsabilité du tuteur au Bas- Empire.

Source : BIU Cujas
Reproduction interdite

Unification des règles de la tutelle.

Au Bas-Empire les règles de la tutelle ont été unifiées et la tutelle est soumise aux mêmes règles, quel que soit le mode de nomination du tuteur.

La tutelle opération juridique, source d'obligation réciproque.

D'autre part on considère désormais la tutelle comme une opération juridique faisant naître des obligations réciproques à la charge des deux parties et sanctionnée par des actions directes et contraires.

I°- Obligations et responsabilité du tuteur.

Tout d'abord, en ce qui concerne les obligations et la responsabilité du tuteur, dès l'année 396 une constitution impériale a imposé comme une véritable obligation juridique de dresser un inventaire au début de la tutelle. C'était déjà l'usage sous le Haut-Empire, cela devient une obligation imposée par la loi et on exige même le recours, pour la rédaction de cet inventaire à un officier public.

De plus, on continue avec plus de rigueur, que jamais à empêcher que le tuteur se montre malhonnête ou maladroit dans l'administration de la tutelle, et il y a de nombreux cas dans lesquels on écarte de la tutelle un tuteur qui a commis des actes frauduleux ou qui s'est montré maladroit.

La destitution du tuteur.

On permet même à la mère d'intervenir pour demander d'écarter de la tutelle une personne désignée contrairement à sa volonté, et la destitution du tuteur est possible désormais en toute tutelle, même lorsqu'il s'agit de la tutelle du patron à l'égard de l'affranchi. Le tuteur destitué sera désormais remplacé par un tuteur nommé par le magistrat. C'est l'accroissement incessant de l'autorité de l'Etat et des magistrats de l'Etat dans les affaires des particuliers.

Le caractère mixte de l'actio rationibus distrahendis; l'actio tutelae directa.

Quant à la responsabilité du tuteur à la fin de la tutelle, elle est toujours sanctionnée par l'action "rationibus distrahendis" et l'action"tutelae". L'action "rationibus distrahendis", désormais possible contre tout tuteur, ne peut plus être intentée qu'à la fin de la tutelle, et elle présente désormais ce que l'on appelle un caractère mixte, au lieu de son caractère purement pénal primitif. Ceci veut dire que le tuteur qui a été condamné au double sur l'exercice de cette action ne peut plus désormais en outre être condamné comme par le passé à la réparation du préjudice causé.

Quant à l'action "tutelae", elle est désormais qualifiée, lorsqu'elle est exercée par le pupille, d'action "tutelae directa", action de tutelle directe. Elle sanctionne soit des actes de mauvaise gestion, soit la responsabilité du tuteur pour avoir laissé périr les biens du pupille.

Source : BIU Cujas

En ce qui concerne la perte de biens appartenant au pupille, le tuteur est responsable dès l'instant où ces biens n'ont pas péri par cas fortuit. Au contraire, en ce qui concerne les actes d'administration habituels, on se montre moins sévère qu'à l'époque classique, on n'exige plus que le tuteur se comporte en bon administrateur; on se contente qu'il gère les biens du pupille comme ses propres biens; on n'exige pas de lui dans l'administration du patrimoine de l'impubère une attention plus grande que celle qu'il apporte à l'administration de son propre patrimoine.

Accroissement des garanties accordées au pupille.

Enfin les empereurs du Bas-Empire ont augmenté les garanties accordées à l'impubère pour assurer l'exécution de la condamnation prononcée éventuellement contre le tuteur. Dès l'époque de Constantin apparaît une hypothèque générale tacite sur les biens du tuteur qui prend rang du jour de l'ouverture de la tutelle. Par conséquent, désormais, le pupille a une créance hypothécaire et passe avant tous les créanciers du tuteur postérieurs à l'ouverture de la tutelle. Ainsi c'est le droit de Constantin qui a créé les garanties en usage dans la tutelle moderne.

De plus, si le tuteur avait acheté un immeuble avec de l'argent appartenant au pupille, on considère que c'est pour le compte du pupille qu'il l'a acheté et que par conséquent, le pupille en est devenu propriétaire. Par suite, le pupille pourra toujours revendiquer l'immeuble qui a été acheté avec de l'argent qui lui appartenait.

2. L'actio tutelae contraria.

Mais, avons-nous dit, dans le droit du Bas-Empire, la tutelle est considérée comme faisant naître des obligations réciproques, et c'est pourquoi désormais le tuteur aussi bien que le pupille a à sa disposition l'action de tutelle, mais pour l'opposer à l'action du pupille, on l'appelle action contraire" actio tutelae contraria", cette action contraire de tutelle sanctionne toutes les obligations que le tuteur avait contractées pour le compte de son pupille sans avoir été remboursé auparavant.

§ 4 - Extinction de la tutelle.

Arrivée de la puberté.

La tutelle en droit romain s'éteint beaucoup plus facilement qu'en droit moderne. Le cas normal d'extinction de la tutelle c'est l'arrivée de la puberté.

Mais il ne faut pas oublier que jusqu'au Bas-Empire pour les femmes pubères, on ne faisait que pas-

Source : BIU Cujas

ser de la tutelle des impubères à la tutelle des femmes pubères. C'est seulement au Bas-Empire que la tutelle des femmes cesse réellement à l'âge de douze ans, tandis que la tutelle des jeunes gens cesse à l'âge de quatorze ans.

Mort et capitis deminutio.

Mais il peut également arriver que la tutelle cesse auparavant par la mort du tuteur ou du pupille ou bien encore par une "capitis deminutio"; si le tuteur perd le droit de cité ou la liberté, il cesse nécessairement d'être tuteur; si au contraire, il ne subit qu'une "capitis deminutio minima" il cessera seulement d'être tuteur s'il était tuteur légitime puisque seule la tutelle légitime se rattache à la qualité d'agnat, qui disparaît par la "capitis deminutio".

De son côté, le pupille voit l'extinction de sa tutelle s'il est frappé de "capitis deminutio maxima ou media", ou bien encore l'extinction de la tutelle légitime s'il est frappé de "capitis deminutio minima", s'il change de famille.

Chapitre II

LA CURATELLE.

Les trois principaux cas de curatelle.

A l'exception de la curatelle des mineurs de 25 ans, cette institution a pour but de remédier à des incapacités anormales et se rencontre dans des cas très nombreux à l'époque classique. Il est impossible d'étudier ici en détail et successivement tous ces cas. On nomme des curateurs pour les biens d'un absent, ou d'une personne dont les créanciers ont saisi le patrimoine; on nomme un curateur au ventre pour un enfant conçu, mais non encore né dont le père est mort on nomme des curateurs aux personnes morales. Mais nous n'étudierons ici avec quelque développement que les trois principales curatelles: la curatelle du fou, la curatelle du prodigue et la curatelle du mineur de 25 ans.

Source : BIU Cujas

Section I.

La curatelle du fou.

Il est inutile de justifier par un raisonnement logique approfondi la nécessité pour le fou d'être mis en curatelle. Il va de soi que l'aliénation mentale entraîne nécessairement pour l'individu une incapacité naturelle à laquelle il faut porter remède. Mais le droit romain sur ce point n'a jamais connu comme notre droit moderne le système de l'interdiction, système qui fut imaginé à Rome pour les prodigues et qui a été étendu aux personnes frappées d'aliénation mentale par notre Code civil.

L'incapacité du fou; son organisation logique mais peu pratique à Rome.

En droit romain l'incapacité du fou se modelait dans une certaine mesure sur sa folie, commençait avec elle et cessait avec elle, et même Justinien avait soutenu que dans les intervalles lucides le fou reprenait son entière capacité juridique.

Ce système est logique, mais présente de grosses difficultés pratiques, car à quelque temps de distance comment faire la preuve que l'individu était encore ou n'était plus fou, qu'il était dans un intervalle lucide au moment où il avait agi, ou au contraire avait à peine cessé de manifester sa folie par des actes anormaux.

Aussi de nos jours une telle recherche n'existe plus qu'au cas exceptionnel où un aliéné n'a pas encore été frappé d'interdiction.

La tutelle légitime du furiosus dans les XII Tables.

La loi des Douze Tables prévoit déjà la curatelle du "furiosus" et elle ne prévoit d'ailleurs que la curatelle légitime, c'est-à-dire qu'elle ne place le "furiosus" que sous la curatelle des membres de sa famille agnatique, sans qu'il puisse être question pour le chef de famille de désigner un curateur dans son testament. Cette curatelle légitime est donc de plein droit attribuée d'abord aux agnats, puis à défaut d'agnats, aux gentiles.

Il fut un moment où la question de savoir ce qu'était un "furiosus" soulevait des discussions passionnées, et l'on se demandait s'il s'agissait d'un fou furieux ou d'un simple monomane, ou bien si le "furiosus" était le fou ayant des intervalles lucides. Cette controverse est bien éteinte et désormais on admet que le droit romain ancien ou même classique n'avait pas encore fait appel à la docte science des

Source : BIU Cujas

psychiâtres pour analyser chaque cas de folie et déterminer sa nature exacte et ses caractéristiques.

En réalité, le "furiosus" pour les Romains de la fin de la République ou du Haut-Empire, c'est tout simplement le fou dont la folie est nettement caractérisée. C'est seulement dans le droit de Justinien que l'on fit une distiction entre le "mente captus", ou "demens", qui est un dément dont l'esprit est pris par la folie d'une manière permanente et celui qui a des intervalles lucides et qui, recouvre alors temporairement sa pleine capacité pendant ces intervalles de lucidité, système d'ailleurs très peu pratique.

D'après la Loi des Douze Tables, le "furiosus" est placé sous la curatelle légitime de ses agnats ou de ses gentiles. La Loi des Douze Tables nous dit: le "furiosus" qui n'a pas de "custos"...Inutile de reprendre la discussion sur ce que c'est que le "custos", en réalité on n'en sait rien.

Les pouvoirs du curateur à l'époque des XII Tables. Restrictions ultérieures.

Le curateur légitime du fou, comme d'ailleurs nous l'avons vu, le tuteur légitime, exerçait une véritable puissance sur la personne et les biens du "furiosus". C'est l'époque où la curatelle comme la tutelle est un véritable droit pour celui qui l'exerce qui lui accorde tout pouvoir sur les biens de l'incapable. C'est pourquoi, en vertu de la Loi des Douze Tables, le curateur pouvait agir vis-à-vis des biens du "furiosus" comme un véritable propriétaire; il pouvait en disposer librement.

Mais par la suite , on a restreint les pouvoirs du curateur du fou, comme les pouvoirs du tuteur légitime de l'impubère et l'on a admis que désormais le curateur ne pourrait plus aliéner les immeubles qui appartenaient au "furiosus".

L'intervention croissante de l'Etat en faveur de l'aliéné.

Mais il était plus encore que pour l'impubère indispensable que le magistrat puisse intervenir en cette matière, puisqu'il n'y avait pas de curatelle testamentaire, et c'est pourquoi à la fin de la République et au début de l'Empire dans tous les cas où il n'y a pas de curatelle légitime, on rencontre une curatelle déférée par le magistrat. Et même le magistrat tient compte fréquemment de la volonté exprimée par le chef de la famille dans son testament. La curatelle testamentaire est sans valeur, mais le magistrat confirmera le choix du chef de famille.

Finalement à l'époque de Justinien, il n'y a plus à proprement parler de curatelle légitime.

Justinien exige que tout se passe sous le contrôle du magistrat. Dans tous les cas la nomination du curateur doit être confirmée par le magistrat qui en première ligne confirmera le choix du défunt

Source : BIU Cujas

dans son testament, en seconde ligne nommera un membre de la famille du "furiosus" et enfin en dernier lieu faute de mieux , choisira une personne quelconque pour exercer les fonctions de curateur.

Le negotiorum gestio du curateur.

Le curateur du fou n'a pas à sa disposition les mêmes procédés que le tuteur de l'impubère, puisque le fou en curatelle est totalement incapable de se rendre compte de ce qu'il fait; par suite le curateur du "furiosus" est toujours obligé de gérer lui-même le patrimoine de l'incapable. C'est le procédé de la gestion d'affaires et par suite la responsabilité du curateur est toujours sanctionnée par une action utile de gestion d'affaires.

On le poursuit en tant qu'ayant mal géré le patrimoine de l'incapable.

Section II.

La curatelle des prodigues.

La notion primitive de prodigalité.

Les prodigues ont toujours été des personnes qui ont tendance à faire des dépenses inconsidérées. Mais pendant longtemps, en droit romain, s'y ajoute l'idée de gaspillage du patrimoine familial, l'idée que le prodigue dépense inconsidérément les biens qui lui ont été laissés par ses ancêtres et risque ainsi de conduire à la pauvreté ses enfants.

Il y a là pour ceux qui considèrent que la famille est une cellule sociale essentielle une idée extrêmement intéressante, l'idée qu'un individu n'a pas le droit de dépenser le patrimoine des ancêtres, qu'il a le devoir d'en user modérément pendant sa vie et de le transmettre plus ou moins intact à ses descendants.

Une génération n'a pas le droit de détruire l'oeuvre des multiples générations qui se succèdent dans une famille.

La curatelle légitime de l'héritier ab intestat du pater à l'époque des XII T.

La curatelle des prodigues comme la curatelle du "furiosus" a d'abord été exclusivement une curatelle légitime, et à cette époque, il semble bien que la curatelle légitime,la seule qui existait, ne pouvait s'appliquer au fils de famille qui avait été institué héritier dans le testament du "pater familias" il semble que l'on considérait qu'en instituant héritier ses descendants, le chef de famille les avait déclarés dignes de lui succéder et de gérer le patrimoine familial; par cet acte de volonté, il avait écarté

Source : BIU Cujas

en quelque sorte le contrôle traditionnel de la gens ou des agnats.

Apparition ultérieure de la curatelle déférée par le magistrat et de l'interdiction du prodigue.

Mais plus tard, on constata qu'il y avait des chefs de famille qui étaient trop faibles pour leurs enfants, qui ne voyaient pas leurs défauts, ou qui espéraient qu'ils se rangeraient plus tard, et qui par suite les avaient institués héritiers malgré leur tendance notoire à la dissipation. Aussi l'opinion populaire condamnait de telles pratiques et le magistrat du peuple romain intervenant à la place du chef de famille défaillant n'hésita pas à frapper d'interdiction ces prodigues et à instituer une curatelle déférée par le magistrat à côté de la curatelle légitime du très ancien droit romain.

Si ces faits sont exacts, le système classique de la curatelle du prodigue a donc deux origines bien distinctes: d'une part la curatelle légitime des prodigues qui ont hérité ab intestat de leur chef de famille, et d'autre part la curatelle honoraire imposée par le magistrat, et le système de l'interdiction imaginé par le préteur pour les prodigues institués héritiers par leur chef de famille.

Ces deux systèmes qui ont laissé des traces dans les textes se sont peu à peu fusionnés pour donner naissance au système unitaire de la fin du droit romain.

A l'époque classique par conséquent, suivant les cas, le prodigue est sous la curatelle légitime de ses agnats ou bien sous la curatelle d'une personne désignée par le préteur.

Le magistrat désormais prend contre le prodigue un décret d'interdiction dont les effets se feront sentir tant que le prodigue ne sera pas revenu à un meilleur esprit, n'aura pas pris des habitudes de sagesse dans la gestion de ses biens.

Incapacité partielle du prodigue.

L'incapacité du prodigue n'est que partielle. On a beau être prodigue, on se rend compte cependant en règle générale de ce que l'on fait; c'est un défaut qui ne s'étend pas à tous les actes de la vie juridique. C'est ainsi que le prodigue pourra se marier; le mariage n'est nullement incompatible avec la prodigalité, et bien au contraire de nos jours on estime que la meilleure manière de guérir de son défaut un prodigue c'est de le marier.

Source : BIU Cujas

De même on n'a jamais interdit à un prodigue d'accepter une succession, car si un prodigue peut se ruiner par des dépenses d'une certaine nature, il ne songera certainement pas à se ruiner en acceptant une succession grevée de lourdes dettes, ce n'est pas cette manière de dépenser l'argent qui l'intéresse.

Actes interdits au prodigue.

Par contre, le prodigue a été de tout temps frappé de l'incapacité absolue de faire son testament. Et on rattache cette incapacité aussi bien à la loi des XII Tables qu'au décret d'interdiction du préteur. Le prodigue ne peut pas faire de testament et d'une manière générale ne peut pas prendre la parole dans les assemblées publiques.

Enfin le prodigue est frappé par l'édit du préteur de la privation du commercium, et ce qui revient au même, de l'interdiction de participer aux actes " per aes et libram", d'aliéner par exemple ses biens par voie de mancipation. On en a tiré la conséquence que pour les actes habituels de la vie juridique le prodigue doit être assimilé à un impubère sorti de l'infantia. Il peut bien rendre sa condition meilleure, acquérir un droit, mais il ne peut pas contracter de dettes ni vendre ou donner ses biens. Il est même, dans une certaine mesure, frappé d'une incapacité plus grande que l'enfant sorti de l'infantia, puisqu'il n'existe pas pour lui de possibilité d'accomplir des actes d'aliénation ou de s'obliger avec le concours de son curateur, il faut nécessairement que ce soit le curateur du prodigue qui agisse lui-même, qui accomplisse les actes qui sont interdits au prodigue.

Par conséquent il existe pour le curateur du prodigue un système de gestion d'affaires qui est sanctionné par l'action de gestion d'affaires. La responsabilité du curateur du prodigue est sanctionnée par l'action qui sanctionne la gestion des affaires d'autrui.

Section III.

La capacité juridique des mineurs de vingt-cinq ans et la curatelle des mineurs.

Remaniement de cette matière par Justinien.

Cette question a été complètement renouvelée par les études qui lui ont été consacrées depuis un certain nombre d'années, et par suite il n'y a aucun rapport entre ce que l'on enseigne aujourd'hui et ce que l'on trouvait dans les éditions les plus anciennes

des manuels classiques de droit romain.

Ceci conduit surtout à l'étude des interpolations qui ont montré que Justinien en cette matière avait incontestablement accompli des réformes profondes par voie de remaniement des textes classiques. Bien souvent, lorsqu'il s'agit d'interpolations, il y a autant d'opinions que d'auteurs, mais en ce qui concerne la curatelle des mineurs de 25 ans, on peut dire que dans l'ensemble tout le monde est d'accord pour admettre qu'il y a eu des réformes profondes par voie d'interpolation, réserve faite de quelques discussions de détail qui peuvent encore s'éterniser pendant longtemps.

La curatelle des mineurs de 25 ans se présente à nous comme une institution fondamentalement différente des curatelles étudiées jusqu'ici. Loin de remonter à la loi des XII Tables, elle ne date que de l'époque classique, loin de remédier à une incapacité exceptionnelle, elle remédie à une incapacité normale; elle correspond à une période nécessaire de la vie pour tout individu qui parvient à sa majorité.

Le mineur de 25 ans.

On appelle "mineurs de 25 ans" des personnes qui sont sorties de la période d'impuberté et qui n'ont pas encore atteint l'âge de 25 ans, âge de 25 ans qui anciennement n'était pas pris en considération, mais qui à l'époque de Constantin sera déclaré la "legitima aetas", l'âge légal, l'âge auquel l'individu acquiert vraiment sa pleine capacité.

Pleine capacité du sui juris à sa sortie de tutelle .Inconvénients avec le développement des affaires.

Pendant tout l'ancien droit, cette limite d'âge était inconnue. Le jeune homme, dès qu'il avait atteint la puberté était entièrement capable de faire tous les actes de la vie juridique, et ceci ne présentait pas, semble-t-il, de graves inconvénients dans l'ancien droit romain, car alors il y avait peu d'occasions de dépenser son argent inconsidérément, il y avait peu d'activité juridique. Le jeune homme agriculteur, vivant à la campagne et cultivant son champ avec quelques esclaves n'avait pas grand'chose à craindre d'une capacité précoce.

Mais il n'en fut plus de même lorsque les relations économiques se développèrent, lorsque les Romains vinrent vivre à la ville et bénéficier du luxe qui apparaît après les guerres puniques.

La loi Laetoria et la répression de la circumscriptio adulescentis par un judicium publicum rei privatae.

C'est pourquoi, c'est à ce moment que pour la première fois, une loi va tenir compte de l'âge de 25 ans, et, pour la première fois, protéger le mineur sans porter directement atteinte à sa capacité juridique. C'est la fameuse loi Plaetoria,ou plus exactement Laetoria, car tous les textes, sauf un, l'appellent ainsi et nous connaissons des personnages du nom de Laetorius.

Source : BIU Cujas

Cette loi, dont on ignore la date exacte, a été votée avant l'année 191 avant J.C., année où fut écrite par Plaute l'une de ses comédies où il tire des effets amusants du vote de cette nouvelle loi qui gêne les mineurs de 25 ans.

Cette loi, semble-t-il, se place non pas sur le terrain de la nullité des actes juridiques passés par des mineurs de 25 ans, mais uniquement sur le terrain pénal, en vue de punir les individus majeurs qui profitent de l'âge des jeunes gens pour abuser de leur inexpérience et leur faire contracter des opérations désavantageuses. Cette loi punit la "circumscriptio adulescentis"; il y a là dedans l'idée de circonvenir le jeune homme, "adulescens", de tourner autour jusqu'au moment où on l'a enveloppé dans ses rêts et où l'on a réussi à lui faire passer un acte désavantageux, c'est le fait de circonvenir des adolescents mineurs de 25 ans, et en particulier le fait de leur faire contracter dolosivement une stipulation.

La sanction de la Loi Laetoria est discutée. Nous n'entrerons pas dans la discussion et nous nous bornerons à indiquer l'opinion qui nous paraît la plus vraisemblable. Cette Loi Laetoria est sanctionnée par une action pénale, mais qui en même temps est une action privée. Le fait de circonvenir le mineur étant considéré non pas comme un délit public puni de peines criminelles, mais comme un délit privé qui peut être poursuivi et réprimé à la demande de n'importe quel particulier.

Le droit romain en effet admet que n'importe quel citoyen prennent la défense d'un autre, n'importe quel citoyen peut intenter contre l'individu qui a trompé un mineur de 25 ans l'action pénale privée de la loi Laetoria. Cette action permet de faire infliger au coupable une peine pécuniaire, une véritable amende, en même temps qu'il est frappé de certaines déchéances accessoires. Ainsi la Loi Laetoria punissait le coupable sans permettre à la victime d'être protégée efficacement dans le cas envisagé, puisque la loi Laetoria servait en quelque sorte de menace dans l'avenir pour ceux qui agiraient dolosivement vis-à-vis du mineur, mais ne prononçait pas la nullité de l'acte dolosif.

C'est seulement le préteur, par la suite, qui a tenu compte de l'esprit de la Loi Laetoria pour protéger directement le mineur en personne, c'est le préteur qui a permis à celui qui s'était obligé sous l'empire du dol de ne pas exécuter l'acte entâché de manoeuvre frauduleuses; lorsque le majeur poursuivrait le mineur en exécution du contrat, le mineur lui opposerait l'exception de la loi Laetoria , qui

Source : BIU Cujas

lui permettrait de paralyser la poursuite du demandeur.

Ainsi la Loi Laetoria n'avait pas à proprement parler amoindri la capacité juridique des mineurs de 25 ans. Elle avait simplement rendu plus prudents ceux qui étaient disposés à contracter avec eux, car lorsqu'il s'agit d'actes discutables, on hésitera désormais à les passer avec des mineurs de 25 ans, de peur de tomber sous le coup d'une poursuite pour avoir circonvenu le mineur.

La restitutio in integrum ob aetatem.

Ainsi donc en fait les mineurs de 25 ans se verront refuser par les majeurs de conclure avec eux certaines opérations juridiques. Mais les majeurs allaient être encore moins disposés à traiter avec les mineurs du jour où le préteur intervint pour les protéger non plus seulement contre les manoeuvres dolosives, mais contre la simple lésion, contre le simple fait d'avoir subi un préjudice. Désormais on devra faire preuve de la plus grande prudence avant de traiter avec un mineur de 25 ans, et même si l'on veut être certain d'obtenir le résultat désiré, on ne devra jamais traiter avec un mineur de 25 ans, puisqu'on ne sait jamais si par la suite le mineur ne pourra pas obtenir du préteur qu'il tienne l'acte pour non avenu, soit parce que le mineur a vendu son bien trop bon marché, soit parce qu'il a acheté trop cher. Le mineur obtient la "restitutio in integrum ob aetatem", la remise des choses en l'état antérieur, fondée sur l'âge de la personne qui a subi la lésion.

La pratique des curateurs spéciaux.

Ainsi, désormais, il est assez périlleux de traiter avec des mineurs de 25 ans, bien que le droit civil n'ait pas encore porté atteinte à leur capacité. C'est ce qui explique pourquoi dans des cas où on était dans une certaine mesure tenu de conclure une opération avec un mineur de 25 ans, on essayait de prendre des précautions, on essayait de faire peser sur l'acte une présomption d'honnêteté, de correction parfaite. C'est ce qui explique pourquoi, quand une personne majeure était dans la nécessité de traiter avec un mineur de 25 ans, elle demandait souvent que ce mineur de 25 ans soit assisté d'un curateur spécial, d'une personne qui donnerait sa garantie morale à l'acte. C'est ce que l'on appelle un curateur désigné pour un acte déterminé, un curateur, par exemple, qui est destiné à assister le mineur lors de la reddition des comptes de tutelle par le tuteur, ou bien encore un curateur destiné à assister le mineur lors d'un procès intenté contre lui, ce sont des cas où l'on n'est pas libre d'agir ou de ne pas agir avec le mineur, on prend ses précautions.

Mouvement en

Pendant longtemps les auteurs ont cru que c'é-

Source : BIU Cujas

faveur de la généralisation de la curatelle.

tait l'empereur Marc-Aurèle qui avait accompli en notre matière la réforme décisive, que c'était l'empereur Marc-Aurèle qui avait institué pour les mineurs de 25 ans une curatelle permanente obligatoire, dans laquelle désormais le curateur administrait les biens du mineur désormais incapable. En réalité cette réforme fondamentale, changeant du tout au tout la situationjuridique des jeunes gens pendant une période qui va de sept à huit ans, n'a pas été accomplie par Marc-Aurèle. Il s'agissait d'une réforme très grave, qui fut très lente à s'accomplir, et de nombreux textes nous prouvent qu'en réalité cette réforme ne s'est accomplie que progressivement et n'a son épilogue que dans le droit de Justinien.

Ce qui est exact c'est qu'il y a dès le II° siècle ap. J.C. un mouvement favorable à la curatelle des mineurs de 25 ans. L'opinion publique, les empereurs se montrent enclins à faciliter le désir des mineurs qui ne se sentent pas très sûrs d'eux-mêmes, qui désirent qu'on leur nomme un curateur et qui se montrent tout prêts à confier à un curateur l'administration de leurs biens. Mais ceci n'est pas encore une réforme officielle et complète. En fait il y a de nombreux mineurs qui sont en curatelle, en fait il y a des mineurs qui laissent la gestion de leurs biens à leur curateur, mais en droit le mineur est toujours capable de gérer ses biens, de s'obliger , en droit le mineur peut toujours reprendre à un moment quelconque, et non pas à l'âge de 25 ans, l'administration de ses biens qu'il avait confiés temporairement à un curateur, et d'autre part, il y a toujours à côté des mineurs en curatelle des mineurs qui gèrent librement leur patrimoine et qui ne sont amenés à se choisir un curateur que pour un acte déterminé.

La curatelle des femmes à la fin du Haut-Empire.

Cependant il semble que l'on fit pression sur les femmes plus tôt que sur les garçons pour les amener à se choisir un curateur. Nous sommes à la fin du Haut-Empire, à l'époque où la tutelle n'existe plus guère pour les femmes que de nom, où par conséquent la jeune fille jouit en fait de la pleine capacité dès l'âge de I2 ans, mais malgré tout on est habitué à la voir frappée d'une certaine incapacité, on est choqué que par la disparition ou la décadence complète de la tutelle des femmes, des jeunes filles à I2 ans soient libres d'administrer comme elles l'entendent leur patrimoine, et c'est pourquoi on fait pression sur les jeunes filles pour qu'elles se choisissent un curateur permanent et leur confient l'administra - de leurs biens. Mais, quoiqu'on ait soutenu souvent le contraire, il ne semble pas que, même pour les jeunes filles cette curatelle permanente soit obligatoi-

Source : BIU Cujas

re sous le Haut-Empire .

La généralisation de la curatelle du mineur de 25 ans de Constantin à Justinien.

C'est avec Constantin que commence le dernier stade de la transformation de la capacité du mineur et de la généralisation de la curatelle permanente. L'évolution désormais va se produire non plus seulement sur le terrain de la curatelle mais sur le terrain de la capacité du mineur. On va progressivement assimiler la curatelle à la tutelle, le mineur de 25 ans en curatelle à l'impubère en tutelle, on va peu à peu appliquer à la curatelle les règles qui pendant si longtemps avaient été en vigueur en matière de tutelle, calquer la responsabilité du curateur sur celle du tuteur.

Constantin qui, à bien des points de vue, est un novateur, a sérieusement entamé cette réforme, mais il n'est pas sur qu'elle ait son épilogue avant Justinien, et il est vraisemblable que jusqu'au droit de Justinien il y a toujours eu des mineurs qui n'étaient pas en curatelle permanente, que jusqu'au droit de Justinien il y a toujours eu des mineurs qui continuaient à administrer personnellement leur patrimoine.

La curatelle à l'époque de Justinien. Le consensus curatoris - mesures de prohibition du patrimoine du mineur.

Il faut remarquer, si on se place dans le droit de Justinien, que désormais tout mineur doit avoir un curateur, curateur qui dans tous les cas sera nommé par le magistrat. Mais fréquemment on permet au mineur lui-même de proposer un nom au magistrat et s'il s'agit d'une personne sérieuse, le magistrat confirmera la proposition du mineur.

D'autre part dans le droit de Justinien, au lieu d'agir lui-même, d'administrer lui-même le patrimoine du pupille, le curateur peut faire agir le mineur avec son consentement. Le consentement du curateur ressemble à l'auctoritas du tuteur, mais avec cette différence qu'elle ne revêt aucun caractère formaliste. Le droit du Bas-Empire n'est plus un droit formaliste, le consentement du curateur peut être donné en termes quelconques et peut même être une ratification faite après coup de l'acte conclu par le mineur.

D'autre part, le patrimoine du mineur est désormais protégé de la même manière que le patrimoine de l'impubère par l'inaliénabilité de certains biens. En aucun cas on ne peut vendre ou donner les immeubles appartenant à des mineurs de 25 ans.

La venia aetatis.

Cette réforme profonde, qui devait aboutir en fait à l'extension de l'incapacité des jeunes gens des deux sexes jusqu'à l'âge de 25 ans peut sembler excessive. En effet de nos jours on a à presque tous les points de vue, la pleine capacité à partir de l'âge de 21 ans. Par conséquent il semble que pour les Romains qui étaient plus précoces, l'âge de 25 ans

Source : BIU Cujas

était quelque peu tardif. C'est ce qui explique pourquoi les empereurs, en même temps qu'ils étendaient ainsi à l'excès , peut-on dire, l'incapacité des mineurs de 25 ans, créaient le remède sous forme d'une institution connue sous le nom de "venia aetatis", la remise de l'âge. Cette "venia aetatis" n'assimile pas le mineur de 25 ans à un majeur, elle n'ôte pas l'inaliénabilité qui frappe ses immeubles; même s'il a bénéficié de la "venia aetatis", le mineur de 25 ans continue à ne pouvoir aliéner ses immeubles; mais par contre il est libéré de la curatelle, Le mineur de 25 ans bénéficiant de la "venia aetatis" administre lui-même son patrimoine et il peut librement contracter avec d'autres individus, sans que ceux-ci aient à craindre l'utilisation de la "restitutio in integrum". En effet, pour un jeune homme actif qui voulait faire des affaires, cette protection était très gênante, puisque personne ne voulait contracter avec lui de crainte que l'acte soit tenu pour non avenu par le préteur. Pour lui permettre d' être commerçant ou industriel, il fallait lui enlever la protection légale de manière à lui donner un peu de crédit; c'est ce qu'a fait la loi.

Cette "venia aetatis" a son origine dans une constitution de l'empereur Aurélien de l'année 274, et elle a été réglementée en l'année 321 par l'empereur Constantin, elle est accordée à ceux qui se conduisent bien à partir de 18 ans pour les jeunes filles , de 20 ans pour les jeunes gens.

Source : BIU Cujas

Titre VI.

LES PERSONNES MORALES.

Ce qu'il faut entendre par personne morale.

Sous l'empire Romain on rencontre déjà comme de nos jours, à côté des personnes physiques, des personnes morales, c'est-à-dire des collectivités de personnes ou même des masses de biens qui sont douées d'une certaine autonomie, qui sont susceptibles d'avoir des droits et des obligations.

Dans un § I nous examinerons l'histoire de la personnalité morale à Rome, et dans un § 2 nous étudierons le régime juridique des personnes morales.

§ I- Histoire de la personnalité morale en droit romain.

Antériorité de l'existence d'intérêts collectifs à la notion de personnalité morale.

Il est aisé de comprendre qu'une notion aussi abstraite, aussi technique que celle de la personnalité morale ne pouvait apparaître aux origines du droit romain. Il faut nécessairement un développement déjà avancé de la science du droit pour permettre de concevoir d'une manière abstraite des personnes qui ont une capacité juridique sans avoir d'existence physique. Et cependant dès l'ancien droit romain il y avait déjà beaucoup de collectivités ayant des intérêts communs, il y avait la gens, si l'on prend l'institution la plus ancienne; il y avait des collèges de prêtres, il y avait des collèges d'artisans, il y avait même, la plus importante de toutes, le peuple romain. Mais ces collectivités ne constituaient pas aux yeux des juristes une personne morale, en ce sens que les juristes n'admettaient pas qu'il y ait, par exemple, pour la gens une personne de plus que les membres de la gens, qu'en dehors des différentes personnes physiques qui constituaient la gens il y ait une personne supplémentaire qui soit la gens elle

Source : BIU Cujas

même.

A cette époque-là cependant,on tenait compte de l'existence d'intérêts collectifs, mais on ne parlait pas de la propriété appartenant en propre à la gens, ou de la propriété appartenant en propre à l'Etat romain, on parlait simplement d'une propriété collective du groupe, d'une propriété commune. Les biens appartenaient au groupe, ils n'appartenaient pas à une personne distincte du groupe, douée de la personnalité juridique.

On rencontre d'ailleurs encore dans le droit romain évolué certaines survivances de cette notion que les biens communs appartenaient sans une certaine mesure à tous les membres du groupe intéressé. C'est ainsi que dans la matière de l'adrogation d'un impubère, on fait faire par l'adrogeant, dans l'intérêt de l'adrogé, une promesse à un esclave public, si l'esclave public était considéré de tout temps comme la propriété de l'Etat romain, personne morale, on ne concevrait pas qu'un esclave public puisse acquérir individuellement une créance à un citoyen romain; si cela est possible, c'est en vertu de la vieille idée que l'esclave public appartenait dans une certaine mesure à chaque citoyen romain individuellement.

De même en matière de procédure, dans des cas où de nos jours l'action appartient au ministère public représentant de l'Etat, on accorde des actions populaires qui peuvent être exercées à leur profit par n'importe quel citoyen. C'est encore une trace de l'idée que chaque citoyen a un intérêt direct dans le groupe que constitue le peuple romain, que les intérêts du peuple romain ne sont à cette époque que l'intérêt de la collectivité des citoyens.

Mais à côté de ces survivances de l'idée de collectivité précédant l'idée de personne morale, on constate que dès l'ancien droit on a bien été obligé d'admettre certaines conséquences que l'on rattache de nos jours à l'idée de personnalité morale, sans que cette notion ait été encore dégagée.

Les Romains de la République tiraient des conséquences de la notion de personnalité morale qu'ils n'avaient pas encore dégagée.

C'est ainsi qu'il est évident qu'on n'a jamais admis que le Trésor du peuple romain soit à la disposition des citoyens. Le Trésor du peuple romain ne peut être utilisé que dans l'intérêt collectif. De même, en règle générale, les esclaves publics travaillent pour le compte de l'Etat et non pas dans l'intérêt des particuliers, réserve faite des cas comme

celui de la stipulation pour un esclave public.

Enfin de très bonne heure l'Etat romain a eu à sa tête des magistrats qui étaient chargés de gérer les intérêts collectifs du peuple romain.

Apparition de la notion de personnalité morale au début du Haut-Empire.

Il semble que ce soit dès le début même du Haut-Empire qu'ait été reconnue à Rome la personnalité morale. Nous n'admettons pas en effet, la théorie de certains auteurs italiens qui soutiennent que les textes qui parlent de personnalité morale sous le Haut-Empire sont interpolés et vont même jusqu'à supposer des gloses dans le Palimpseste des Institutes de Gaius pour démontrer la réalité de leur opinion. En réalité, tout nous semble démontrer que les jurisconsultes du Haut-Empire ont déjà connu la notion moderne de la personnalité morale, et ceci ne peut nous surprendre puisque nous savons que dans l'ensemble ces jurisconsultes présentaient une grande valeur.

Les personnes morales de Droit Public. La res publica, les cités les municipes, les colonies.

Avant tout, sous le Haut-Empire, il y a ce que l'on peut appeler des personnes morales de droit public. Ce sont des groupements de caractère politique et à base territoriale. Il y a à la fois un groupe d'individus qui constituent le groupement et un territoire qui constitue la base de ce groupement. C'est avant tout le peuple romain, et désormais, au lieu d'employer l'expression "peuple romain", caractère personnel du groupe, on emploie fréquemment des expressions comme "res publica", la chose publique, l'Etat romain.

C'est également le cas des groupements moins importants, des groupements secondaires, les différentes cités de l'Empire, et pour l'Italie, les municipes, ou encore les colonies; cités, municipes, colonies sont doués de personnalité morale.

Extension de la personnalité aux collegia et sodalitates.

Mais on a également accordé par la suite cette personnalité morale à de nombreuses associations de caractère corporatif ou religieux. Ce sont les nombreux collèges que l'on rencontre à Rome, "collegia"; le mot "collegium" est souvent pris dans le même sens que le mot actuel association. Ou bien encore il s'agit de corporations religieuses, on parle de sodalités, "sodalitates".

De toutes ces associations, de tous ces groupements jouissant de la personnalité juridique, on dit qu'ils constituent un corps, "corpus", ou encore une "universitas", et dans les textes du Moyen-Age pour qualifier la personnalité morale on emploie toujours l'expression "corpus vel universitas", pour bien se faire comprendre on met toujours les deux expressions l'une à côté de l'autre; si les personnes ne comprennent pas ce que veut dire "corpus", elles comprendront

Source : BIU Cujas

ce que signifie "universitas".

Désormais, il y a donc des groupements dans lesquels la propriété n'est plus aux mains des individus qui composent le groupe mais aux mains du groupe lui-même constitué comme une personne distincte. Il y a désormais des cas où les obligations pèsent sur la personne morale sans que l'on puisse en demander l'exécution aux divers membres qui constituent le groupe.

Le développement de la personnalité morale dans l'empire chrétien; les établissements d'utilité publique.

Mais avec le Bas-Empire, et c'est là l'un des cas où l'influence chrétienne est la plus nette, va se développer considérablement la notion de personnalité morale et le nombre des personnes morales. L'Eglise, en effet, favorise le développement des personnes morales, soit qu'il s'agisse à proprement parler de ses propres institutions, églises, paroisses, abbayes, couvents, soit qu'il s'agisse de ce que l'on appelle dans notre droit moderne des établissements, établissements de bienfaisance au profit des pauvres, des enfants abandonnés, des vieillards. Ainsi il y a au Bas-Empire des établissements d'intérêt public qui sont doués de la personnalité morale. Et même il semble - mais la question est discutée - que le droit romain va plus loin dans la voie de la reconnaissance de la personnalité morale que notre droit français moderne et se rapproche à ce point de vue là du droit allemand, qui connait ce que l'on appelle les fondations, la "Stiftung", la principale revue de droit romain, par exemple a à sa base une fondation; c'est la "Savigny Stiftung".

La fondation.

Ce qui distingue la fondation proprement dite de l'établissement et des personnes morales reconnues par notre droit français, c'est l'autonomie d'une masse de biens; c'est une masse de biens affectée à un but déterminé qui vit en quelque sorte d'une vie propre. C'est ce que l'on appelle les "piae causae", les oeuvres pies. Le testateur ou le donateur affecte par exemple une masse de biens au rachat des captifs; cette masse de biens n'est pas rattachée à un établissement public, mais vit d'une vie propre, est soumise à une administration autonome et les administrateurs de cette masse de biens sont chargés d'utiliser les capitaux ou les revenus à l'oeuvre indiquée par le donateur ou le testateur

Source : BIU Cujas

§ 2 - Le régime juridique des personnes morales.

I- On a l'habitude de donner à ce propos quelques indications sur la liberté d'association, en remontant même jusqu'à l'époque où il n'y avait pas encore de personnalité morale. Il semble que, dans la Loi des Douze Tables, on ne s'était pas soucié de règlementer les associations; elles pouvaient se donner les statuts qu'elles désiraient, pourvu qu'ils ne fussent pas contraires à l'ordre public.

Les premières mesures contre les associations de la fin de la République.

Mais c'est toujours la crainte des sociétés secrètes qui fait contrôler sévèrement le droit d'association, et c'est ce qui explique pourquoi c'est à la fin de la République, dans une période de troubles sociaux, que l'on considère que la liberté absolue de faire des associations est particulièrement dangereuse.

C'est Jules César qui, à la fin même de la République, dissout toutes les associations, à l'exception de celles qui avaient une origine très ancienne et qui par suite ne pouvaient pas être suspectes d'avoir été constituées dans des buts subversifs.

La loi Julia de Collegiis. Le régime de l'autorisation préalable.

Puis, la loi Julia relative aux collèges- il y a beaucoup de lois Julia, et c'est pourquoi on doit préciser leur but - vint règlementer étroitement le droit d'association. Désormais seules les associations de caractère religieux échappent au régime de l'autorisation préalable que nous avons connu en France pendant une grande partie du XIX° siècle. Cette autorisation ne peut d'ailleurs être donnée que par un sénatus-consulte, après avis conforme de l'empereur. C'est l'empereur qui recherche si l'association est bien licite, examine ses statuts et signale au sénat qu'il n'y a aucune objection à admettre l'existence de cette nouvelle association.

La nouvelle association d'ailleurs sera douée de la personnalité morale du fait même qu'elle a été autorisée. On ne distingue pas l'autorisation de s'associer et la possibilité d'être une personne morale. Mais remarquez qu'à la différence de notre droit moderne le droit romain n'admet pas, en règle générale, la personnalité morale des sociétés commerciales, des sociétés à but lucratif. Il n'y a guère que certaines sociétés de publicains qui touchent à l'intérêt public puisqu'elles sont chargées d'affermer les impôts et les travaux publics, qui ont obtenu la personnalité morale.

Source : BIU Cujas

Il ne faut peut-être pas exagérer la gravité de cette exigence d'une autorisation préalable, car il semble qu'il y a certains types d'associations qui étaient en quelque sorte autorisés d'avance, une fois pour toutes. L'empereur et le sénat avaient admis d'une manière définitive que tel genre de sociétés, poursuivant tel but déterminé, adoptant tel type de statuts, serait autorisé sans avoir besoin pour les nouveaux associés de faire une demande particulière. Et c'est le cas en particulier des collèges funéraires qui avaient pour but d'assurer la sépulture convenable de leurs membres.

La dispense d'autorisation au Bas-Empire pour les établissements de bienfaisance.

Au Bas-Empire, où l'Eglise favorise le développement des personnes morales dans un but de charité chrétienne, on dispense même de toute autorisation les nombreux établissements de bienfaisance, et c'est par suite une multiplication de ces établissements; tandis que, d'autre part, par suite de la tendance à l'étatisme, toutes les corporations d'artisans ou de marchands sont considérées comme des associations d'intérêt public contrôlées par l'Etat.

2 - La capacité et l'administration des personnes morales.

Limitation de la capacité des personnes morales au point de vue de l'institution d'héritier. Atténuation progressive de cette incapacité.

A - Les personnes morales jouissent d'une capacité de droit moins grande que celle des personnes physiques, mais elles sont dans l'impossibilité absolue de veiller elles-mêmes à leurs intérêts. Il faut de toute évidence que ce soient des personnes physiques qui s'occupent de leurs affaires.

De nos jours les personnes morales sont absolument incapables d'avoir des droits de famille, cela ne se conçoit même pas. A Rome, au contraire, on peut voir dans une certaine mesure une exception à cette règle dans le fait que les personnes morales bénéficient des droits de patronat. Si une personne morale a affranchi l'un de ses esclaves, elle exerce vis-à-vis de lui les droits de patronat, et le cas échéant, peut recueillir sa succession.

Au point de vue des droits pécuniaires, la personne morale est susceptible d'avoir des créances et d'être soumise à des obligations, et elle peut également posséder un patrimoine distinct de celui de ses membres. De tout temps d'ailleurs la personne morale est frappée de limitations dans sa capacité d'acquérir des libéralités,, et surtout d'acquérir des successions pour cause de mort. De nos jours il y a l'idée de méfiance vis-à-vis de ce qu'on appelle la main-morte, la crainte de l'accumulation de biens qui ne circulent pas entre les mains des personnes morales

Source : BIU Cujas

Mais dans l'ancien droit romain il y a également l'idée qu'une personne pour pouvoir être instituée héritière doit avoir une vie physique, qu'une personne morale est par sa nature incapable d'être instituée héritière.

Des atténuations furent apportées à ce principe au fur et à mesure que se développait la faveur de l'Etat pour certaines personnes morales. L'Etat songe tout d'abord à lui, et c'est pourquoi c'est l'Etat romain qui a été le premier doué de la capacité d'être institué héritier. Mais peu à peu au cours de l'Empire on a étendu cette capacité aux personnes morales de droit public, cités, colonies, et finalement aux églises et aux établissements de bienfaisance, puisque les églises et les établissements de bienfaisance auraient pu vivre difficilement si on ne leur avait pas permis de recueillir les biens de défunts.

Fondations pouvant être mises à la charge d'une personne morale gratifiée d'un legs.

Souvent d'ailleurs, comme de nos jours en droit français moderne, les personnes morales, et surtout les personnes morales de droit public, se voient grevées de fondations privées. Des testateurs lèguent certains biens à une cité ou un municipe d'Italie en chargeant cette cité ou ce municipe d'affecter les biens qui lui sont légués à un but déterminé, par exemple l'entretien du culte et du tombeau du testateur et de sa famille; ou bien encore un banquet collectif dans lequel se réuniront chaque année soit les magistrats, soit tous les citoyens de la cité; ou bien encore instituer des jeux périodiques.

Mais à la fin du Haut-Empire ces fondations privées sont en pleine décadence. L'Eglise tout d'abord se montre hostile aux buts païens qui étaient ainsi généralement poursuivis; elle préconise l'abandon de ce type de fondations privées au profit des donations et testaments pour les établissements de bienfaisance ou les établissements ecclésiastiques. Et de plus, par suite de l'état lamentable des finances municipales à la fin du Haut-Empire, les cités sont pratiquement dans l'impossibilité de continuer à exécuter les voeux du testateur.

Les curateurs des personnes morales. Tendance à appliquer à leur gestion la règle de la tutelle.

B- Disons maintenant quelques mots de la gestion des personnes morales. Les statuts de l'association fixent généralement la manière dont ses intérêts seront gérés. Sous le Haut-Empire on désigne habituellement du nom de curateurs les administrateurs des personnes morales. Si l'on voulait être complet, on devrait donc étudier dans les différents types de curatelle la curatelle des personnes morales. Et il faut remarquer que cette administration des personnes morales soule-

Source : BIU Cujas

vait les mêmes difficultés que l'administration des biens d'un pupille.

Tant que le droit romain n'admit pas la notion de représentation on prit des mesures de faveur pour l'Etat ou les cités, et finalement on appliqua dans l'ensemble à l'administration des personnes morales les progrès que l'on faisait en même temps en matière de tutelle en ce qui concerne la possibilité pour l'administrateur de représenter la personne dont on gère les intérêts.

La représentation de la personne morale au Bas-Empire par le syndic.

Ainsi, dans le droit du Bas-Empire, on admet dans une large mesure la représentation des personnes morales par leurs administrateurs. Désormais, d'ailleurs, pour désigner l'administrateur d'une corporation ou d'une cité, on utilise de préférence au mot curateur un mot grec, le mot "syndicus", et de nos jours on parle encore d'un syndic de faillite pour celui qui administre les intérets du failli.

L'économe des établissements de bienfaisance.

Quant aux établissements de bienfaisance ou aux fondations proprement dites, elles sont généralement administrées par un personnage qui, lui aussi, a un nom emprunté au grec ce qui paraît impliquer que l'influence de l'Eglise est en même temps une influence orientale, on l'appelle l'économe " oeconomus". L'économe de la fondation ou de l'établissement est désigné selon la volonté du testateur ou à défaut par l'évêque, et c'est l'évêque qui, dans chaque diocèse contrôle la bonne gestion des établissements de bienfaisance et des fondations.

3 - La dissolution des personnes morales.

La vie des personnes morales est généralement beaucoup plus longue que celle des individus. Une personne morale peut voir ses membres se renouveler entièrement sans qu'elle disparaisse, et c'est même là l'intérêt essentiel des personnes morales, c'est de pourvoir à des buts qui sont permanents dans la société ou d'être capables d'accomplir des oeuvres pour lesquelles la vie humaine ne suffirait pas.

Prenons l'exemple actuel de la fondation de Savigny pour la publication en Allemagne de la Revue de Droit romain et d'Histoire du Droit; si on avait chargé un groupe de personnes ou une personne déterminée de la faire fonctionner, elle aurait disparu, tandis qu'ici il n'y a aucune raison pour que la revue disparaisse un jour, à moins que le régime hitlérien décide que la publication de travaux de droit romain ne correspond plus aux intérêts de l'Etat et ne supprime la fondation.

La dissolution de la personne

C'est qu'en effet déjà en droit romain on dissout les personnes morales quand on considère que

Source : BIU Cujas

morale quand son but ne correspond plus à l'intérêt social ou est contraire à l'ordre public.

leur but ne correspond plus à un intérêt social; ou quand on considère que désormais il est contraire à l'ordre public.

Ce fait que des personnes morales d'abord favorisées deviennent un jour en butte à l'hostilité de l'Etat se manifeste très nettement pour les collèges de prêtres, pour les temples. C'étaient des personnes morales privilégiées sous le Haut-Empire; elles sont au contraire condamné au Bas-Empire lorsque le Christianisme triomphe, et nous avons conservé une constitution impériale de l'année 415 qui dissout ainsi un collège de prêtres comme rendant un culte païen contraire au Christianisme.

Sort des biens de la personne morale à sa dissolution.

La dissolution d'une personne morale est d'ailleurs parfois avantageuse pour l'Etat. L'Empereur quand il dissout ainsi une personne morale comme contraire à l'ordre public s'approprie généralement ses biens, quitte à partager le bénéfice de l'opération avec l'Eglise. Au contraire, en cas de dissolution volontaire, il semble que ce soient les statuts qui fixent la manière dont seront répartis ou attribués les biens, les sommes d'argent appartenant à la personne morale. Par exemple, les statuts des sociétés savantes de nos jours prévoient dans un article spécial qu'en cas de dissolution de la société, ses fonds seront attribués à une société savante ayant un but analogue.

Mais que se passera-t-il s'il s'agissait d'une association illicite? En ce cas, les biens que les associés avaient mis en commun seront partagés entre les associés.

Ceci mieux que tout le reste montre la différence entre une association, un simple groupe de personnes, et une personne morale. Du moment où l'association avait été régulièrement constituée, douée de la personnalité morale, ses biens n'appartenaient plus aux associés et par suite ils n'en avaient plus la libre disposition. Au contraire, du moment où il s'agissait d'une association illicite, les biens mis en commun par les associés n'avaient pu appartenir à une personne morale, ils étaient donc restés la propriété collective des associés. C'est pourquoi lorsque l'on exige qu'ils se séparent, ils ont la faculté de partager ces biens dont ils étaient copropriétaires

Ayant ainsi achevé l'étude du droit des personnes, nous allons consacrer la II° Partie du Cours à l'étude de la propriété et des droits réels sur la chose d'autrui.

Source : BIU Cujas

II° Partie.

LA PROPRIETE ET LES DROITS REELS SUR LA CHOSE D'AUTRUI.

Chapitre I

LES CHOSES.

On a l'habitude de faire précéder l'étude des divers droits que l'être humain peut exercer sur les choses d'un examen des choses qui peuvent faire l'objet d'un droit; et ceci n'est pas en dehors du sujet, puisque, suivant leur nature ou suivant les circonstances de fait, les choses seront soumises à un régime juridique différent.

§ I - Les "res corporales" et les "res incorporales" (Les choses corporelles et les choses incorporelles).

Ce sujet est assez délicat, mais il montre comment le droit peut subir parfois l'influence des théories philosophiques.

Origine philosophique du mot res.

Le mot "res" désigne sous le Haut-Empire tout ce qui a une existence quelconque, et l'on rencontre les premières définitions relatives aux choses dans les oeuvres philosophiques de Cicéron. Cicéron rangeait déjà parmi les choses, non seulement celles qui ont une existence matérielle, mais celles qui ne peuvent être vues ni touchées. Cependant, il se refusait à attribuer une véritable existence à ces choses immatérielles. Il les traitait de pures conceptions de l'esprit, de notions intellectuelles.

Il faut en arriver au philosophe Sénèque, au 1er siècle de l'Empire, pour voir reconnaître une existence véritable non seulement aux choses qui peuvent être vues et touchées, mais aux conceptions de l'esprit,

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

aux notions juridiques. Et c'est avec Sénèque que l'on proclame pour la première fois qu'il y a des choses corporelles et des choses incorporelles.

Par conséquent, et il faut insister sur ce point, cette notion est une notion qui a pris naissance dans la philosophie et c'est ce qui explique pourquoi elle a eu un sort, peut-on dire, assez malheureux dans les ouvrages juridiques. Elle a provoqué des troubles dans les classifications juridiques et de véritables erreurs de la part des jurisconsultes classiques qui ne sont pas toujours infaillibles.

La distinction des res corporales et des res incorporales (droits) chez les jurisconsultes.

Cette division des choses en choses corporelles et choses incorporelles se rencontre non seulement dans les Institutes de Gaius, mais dans les Institutes de Justinien; par conséquent, pendant tout l'Empire on l'a enseignée aux étudiants en droit qui suivaient les cours des écoles de droit de Rome ou de l'Orient.

Mais cette classification est plus claire en matière philosophique qu'en matière juridique, et d'ailleurs elle ne sera pas exactement interprétée de la même manière dans les deux cas. Il est tout naturel pour un philosophe de distinguer des choses qui tombent sous les sens et des notions intellectuelles, mais pour un juriste on est frappé de voir dans les classifications philosophiques qu'on a rangées pêle-mêle dans la catégorie des choses incorporelles, des faits générateurs de droit, des modes d'acquérir la propriété et enfin des droits de créance ou des droits réels. Au contraire dans les oeuvres juridiques on échappe à cette critique et il semble que la notion de "res incorporales" a été limitée d'une manière assez exacte aux droits par opposition aux choses sur lesquelles portent les droits. On ne trouve comme exemples de res incorporales que des droits.

C'est ainsi qu'on nous donne comme exemple de choses incorporelles le droit de succession, ou "hereditas", le droit d'usage ou de jouissance que constitue l'usufruit, les droits de créance, les servitudes.

Sans doute objectera-t-on qu'Ulpien range la tutelle légitime parmi les "res incorporales", mais il est facile de répondre que la tutelle légitime a été pendant très longtemps considérée non pas comme une institution d'un genre spécial, mais comme un véritable droit pour le tuteur, un droit qu'il exerce sur les biens du pupille. Si vraiment cette distinction correspondait à la distinction des choses et des droits qui portent sur les choses, elle serait tout à fait légitime; on dirait que les jurisconsultes ontvraiment trouvé une classification intéressante

Source : BIU Cujas

Mais on peut remarquer que parmi les choses incorporelles manque un droit fondamental, le droit essentiel, le droit que l'on utilise le plus couramment dans la catégorie des choses incorporelles, ni Gaius ni Justinien n'ont rangé la propriété, et cependant pour tout jurisconsulte moderne, la propriété n'est autre chose qu'un droit, un droit sur une chose, c'est le plus important des droits réels.

Ainsi nous sommes stupéfaits de constater que les jurisconsultes romains ont oublié l'un des droits les plus essentiels dans leurs catégories. Où est-il donc? Il se trouve tout simplement dans la catégorie des "res corporales". Par suite d'une conception traditionnelle de la propriété, par suite d'une manière peu correcte de s'exprimer en tous les temps, par suite de l'importance du droit du propriétaire, les Romains ont inconsciemment confondu dans leur classification les choses corporelles avec la propriété qui porte sur elles, et c'est ainsi qu'ils en arrivent, sous prétexte d'opposer des choses et des droits, à opposer la propriété à tous les autres droits qui existent dans la société romaine.

Confusion entre le droit de propriété et la chose corporelle sur laquelle il porte.

C'est ainsi qu'au lieu de dire qu'une succession comporte des droits de propriété, des droits de créance et des servitudes, ils diront que cette succession comprend des "corpora" et des droits, et par la dénomination "corpora", ou choses corporelles, ils désigneront les choses dont le défunt était propriétaire, le droit de propriété qu'il avait sur certaines choses.

Et même, ce qui est beaucoup plus fort, certains jurisconsultes distingueront le propriétaire de celui qui a un droit sur une chose, comme si le propriétaire n'était pas celui qui avait le plus de droits sur la chose, comme si la propriété n'était pas un droit que l'on exerce sur une chose.

Ainsi ces jurisconsultes classiques si réputés ont commis une véritable erreur dans leur classification juridique, erreur qui pouvait d'ailleurs entraîner d'assez graves conséquences pratiques. Mais ils ont été entraînés, peut-on dire, malgré eux par les traits caractéristiques de la propriété, et par le langage courant. C'est que même de nos jours, on ne fait pas nettement dans le langage courant la distinction entre la propriété et la chose sur laquelle elle porte; on continue à dire: cette chose est à moi, au lieu de dire : j'ai un droit de propriété sur cette chose. Ou on dit : ce livre est à un Tel, au lieu de dire : un Tel a un droit de propriété sur ce livre. Tandis qu'au contraire si une personne a un

Source : BIU Cujas

droit de servitude ou un droit de créance, on précise le droit dont il s'agit. On dit : un Tel a un droit de servitude sur ce champ; on ne dit pas : un Tel a ce champ, comme on le dit en matière de propriété.

C'est déjà la même chose en droit romain. Au lieu de dire dans la vieille procédure romaine : je dis que j'ai un droit de propriété sur cet animal ou sur cet esclave, on disait tout simplement: je dis que cet animal ou cet esclave est à moi.

D'autre part, il y a toujours eu des propriétaires, il y a toujours eu des gens qui ont eu des choses à leur entière disposition; mais il y a eu au contraire des époques où il n'existait pas encore de juristes, et où personne encore par suite n'avait élaboré la notion des droits subjectifs ayant un contenu déterminé plus ou moins étendu. Il y a eu des propriétaires avant qu'il y ait eu des droits, avant que l'on ait analysé juridiquement le contenu des différents droits. Et c'est pourquoi on a pris l'habitude, à une époque très ancienne, de parler de la propriété, d'examiner les droits du propriétaire, sans avoir la moindre idée que la propriété au fond, elle aussi, n'était qu'un droit sur une chose comme les autres, un droit simplement plus étendu que les autres droits.

D'ailleurs, ce n'est pas l'idée de droit, mais l'idée de puissance, de maîtrise qui apparaît constamment dans les textes à propos de la propriété. Quand on donne la définition de la propriété, ce qui est très rare en droit romain, on parle toujours d'une potestas, d'une maîtrise exercée sur la chose. La propriété, c'est un rapport direct entre une personne et une chose; c'est le pouvoir le plus absolu qu'un individu puisse exercer sur une chose. On comprend par suite que l'on ait fini par confondre en quelque sorte la chose et la propriété qui porte sur elle, à employer la même expression de "res corporales" pour désigner les choses envisagées en elles-mêmes, en leur caractère matériel, et la propriété dont font l'objet ces choses.

Plus tard, à la fin de la République, quand va se dégager la notion des droits subjectifs ayant un contenu bien déterminé, on l'appliquera aux institutions plus récentes que la propriété sans songer à l'appliquer à la propriété elle-même. Et c'est pourquoi, tandis que de nos jours on étudie les droits réels en droit romain, il est plus exact de dire : la propriété et les droits réels sur la chose d'autrui.

La notion de droits réels

Les Romains n'ont pas nettement dégagé l'idée de la propriété des droits sur une chose et ils n'ont

Source : BIU Cujas

sur la chose d'autrui.

en réalité dégagé d'une manière précise que l'idée de droits réels exercés par d'autres que le propriétaire, de droits réels qui par suite étaient dirigés sur la chose d'autrui et constituaient des limitations au libre exercice de son autorité par le propriétaire.

Nous nous trouvons donc ainsi en présence de notions juridiques fondamentalement différentes de celles de notre droit moderne.

Conséquences de la confusion entre le droit de propriété de la chose en ce qui concerne la notion de possession et les modes d'acquisition reposant sur celle-ci.

Ceci n'est d'ailleurs pas une simple question théorique, ceci devait entraîner des conséquences pratiques. Les Romains ayant ainsi confondu la propriété et les choses corporelles et ayant d'autre part admis que seules les choses corporelles peuvent être possédées, en onttiré la conséquence singulière que seule la propriété pouvait être exercée à titre de possession, qu'un individu ne pouvait exercer à titre de possesseur que les droits d'un propriétaire, et que, quand bien même il exercerait, en fait, les droits d'un usufruitier ou d'un titulaire d'une servitude, il ne serait pas possesseur, puisqu'il s'agissait de choses incorporelles; l'usufruit était une chose incorporelle, par exemple, et on ne pouvait pas posséder un droit incorporel.

C'est ainsi que les Romains ont ensuite tiré la conséquence que tous les modes d'acquisition des droits qui supposent une possession ne permettent d'acquérir que la propriété.

L'usucapion, mode d'acquisition par la possession prolongée, la tradition, mode d'acquisition par la remise de la possession, ne peuvent s'appliquer en droit romain qu'à la propriété, et ceci uniquement pour la raison que les Romains confondent propriété et choses corporelles.

La notion de quasi-possession au Haut-Empire.

Cependant, sous le Haut-Empire, les jurisconsultes se rendaient bien compte qu'il y avait quelque chose qui ne marchait pas dans leur théorie juridique; ils se rendaient bien compte qu'il y avait des gens qui, sans prétendre être propriétaires, exerçaient cependant des actes matériels sur une chose corporelle mais ne voulant pas détruire leur théorie traditionnelle, ils déclarent qu'à côté des possesseurs de la chose, il y a des possesseurs en quelque sorte de droit, ou des quasi-possesseurs, alors que tout le monde exerce certains droits matériels à titre de possesseur sur une chose.

Et c'est ainsi qu'à côté de la possession classique correspondant à la propriété, on a construit cette théorie de la quasi-possession, ou de la possession d'un droit, qui s'applique aux autres droits réels, en particulier aux servitudes.

Source : BIU Cujas

Cette division des choses corporelles et des choses incorporelles née d'une véritable erreur juridique a disparu dans le droit moderne, et on trouve simplement des reflets à peine perceptibles des vieilles conceptions romaines dans notre Code civil.

§ 2 - Les res extra commercium et les res in commercio.

Il importe de distinguer les choses qui sont susceptibles d'entrer dans notre patrimoine de celles qui ne peuvent faire partie du patrimoine d'un individu, mais les Romains distinguent de préférence les choses qui sont dans le commerce, des choses qui sont hors du commerce et sont par suite, soustraites aux différentes opérations juridiques que l'on étudie dans un cours de droit privé romain.

Biens soustraits pour des motifs religieux aux opérations de droit privé.

A - Les choses hors du commerce.

Il s'agit de biens qui ne peuvent faire l'objet des droits et des opérations juridiques du droit privé pour des motifs religieux (res divini juris) ou d'intérêt public (res humani juris). Faute de temps nous ne pouvons insister cette année sur la situation juridique et la protection des choses hors du commerce (I).

I- Res divini juris sacrae, sanctae, religiosae.

I°- Les res divini juris: ce sont des choses consacrées aux Dieux ou placées sous la protection divine : telles sont les res sacrae (temples, etc.) consacrées aux Dieux supérieurs par les pontifes en vertu d'une décision de l'autorité publique, les res sanctae, qui sont sous la protection des Dieux à la suite d'une cérémonie religieuse (murs et portes de Rome) et les res religiosae qui comprennent essentiellement les tombeaux ; il existe de multiples dispositions règlementant les droits des membres de la famille ou des héritiers à l'égard des tombeaux ou punissant de plus en plus sévèrement les violations de sépulture que les Chrétiens considéreront comme un sacrilège.

2) Res humani juris, res publicae res universitatis.

2°- Les res humani juris soustraites à la propriété privée sont des choses qui par leur nature ou leur destination se trouvent soumises à la libre jouissance de tous les habitants de l'Etat romain ou d'une cité déterminée; le peuple romain a la propriété des

---

(I). Cf. Monier, Manuel de droit romain, t, I, 1939, pp. 444 - 449.

Source : BIU Cujas

res publicae (fleuves publics, ports, Champ de Mars etc..) de même que dans chaque cité les res universitatis appartiennent à la collectivité des citoyens. La Faculté pour une personne d'user des choses destinées à l'usage de tous n'est garantie que par l'action d'injures qui est accordée, p.ex, à celui que l'on veut empêcher d'aller au théâtre municipal ou aux bains publics.

De même que de nos jours, on distingue le domaine public et le domaine privé de l'Etat, il y a à Rome, à côté des biens affectés à l'usage public des choses qui rentrent dans le patrimoine privé du peuple romain ou de l'Empereur, et qui peuvent être valablement aliénées (argent contenu dans les caisses de l'Etat, esclaves publics).

B - La notion active de patrimoine à l'origine.

B - Les choses dans le commerce. Le patrimoine.

Les choses dans le commerce sont en même temps celles qui font partie ou sont susceptibles de faire partie du patrimoine d'un individu, la notion de patrimoine s'est développée très lentement en droit romain, et pour l'étudier il faut partir des conceptions modernes, le patrimoine est, de nos jours, l'ensemble des droits et des charges d'une personne appréciables en argent, et il existe un bien entre tous les éléments du patrimoine.

Les Romains ne faisaient primitivement rentrer dans le patrimonium que les biens appartenant au pater familias sans tenir compte des dettes qui pouvaient exister à sa charge, et , en cas d'adrogation et de mariage cum manu les dettes s'éteignaient alors que les biens de l'adrogé et de la femme mariée étaient acquis par leur nouveau chef de famille.

La liaison entre l'actif et le passif dans la succession à cause de mort.

C'est seulement en matière de succession pour cause de mort que les Romains avaient dégagé de bonne heure, l'idée d'un lien nécessaire entre l'acquisition des biens d'une personne et l'obligation de continuer son culte privé et de payer certaines dettes pécuniaires.

Par contre,en ce qui concerne la transmission du patrimoine entre vifs, ce sont les réformes accomplies par le préteur à la fin du 2è s. et au Ier s. av, J.C. qui sont le point de départ de l'élaboration de la théorie moderne du patrimoine que l'on rencontrera chez les jurisconsultes du Haut-Empire, le préteur Rutilius Rufus applique, en matière d'exécution judiciaire des condamnations pécuniaires sur les biens d'un débiteur insolvable, dans la venditio bonorum, le principe qu'on est responsable de ses dettes sur l'ensemble de ses biens; puis le magistrat a permis aux

Elaboration de la notion classique du patrimoine à la suite des réformes pretoriennes; les bona par opposition à pa-

créanciers de faire vendre les biens acquis par

Source : BIU Cujas

trimonium ou pecunia.

l'adrogeant ou le mari de la femme mariée cum manu pour obtenir le remboursement de leurs créances. On dégage enfin, sous l'Empire, la règle qu'on ne doit considérer comme constituant l'actif du patrimoine d'une personne ou, plus exactement l'actif net, que ce qui reste, déduction faite des dettes. Cet actif net est généralement désigné par l'expression "bona", tandis que les mots "patrimonium" et "pecunia" désignent l'actif brut du patrimoine, l'ensemble des droits d'une personne présentant une valeur pécuniaire. Aucun terme latin technique ne correspond exactement à notre notion moderne de patrimoine, universalité juridique comportant des droits et des obligations. (Le pécule (peculium). Seul, dans la famille à l'époque ancienne et même à l'époque classique, le pater familias avait un patrimoine, mais la théorie des pécules, dès la fin de la république était venue apporter une atténuation à ce principe. Le pécule profectice de l'esclave ou du fils de famille n'était d'abord considéré que comme une masse de biens, ne comportant aucune dette, faisant l'objet d'un compte distinct dans la comptabilité du pater familias ; mais le préteur y a vu un ensemble de biens affectés à un but déterminé dont l'existence autonome était due à la volonté du maître ou du père mais sur laquelle, ceux qui avaient conclu des opérations juridiques avec l'alieni juris pouvaient se faire payer par le chef de famille.

Le principe que seul le paterfamilias a un patrimoine, ses atténuations - les pécules.

Enfin, au cours de l'Empire, le pécule profectice a été rattaché à la personne de l'esclave ou du fils de famille, comporte un actif et un passif, peut exister sans que le chef de famille en ait manifesté le désir, et va constituer une sorte de patrimoine (pusillum, patrimonium, quasi patrimonium de l'esclave ou du fils de famille, toutefois, même sous Justinien, c'est toujours le chef de famille qui est propriétaire des biens qui constituent l'actif du pécule profectice et créancier des débiteurs du pécule.

§ 3 - Principales divisions des choses dans le commerce.

Il existe de nombreuses divisions des res in commercio que nous n'avons pas le temps d'étudier en détail.(I). Plusieurs présentent d'ailleurs surtout de l'intérêt pour l'étude des contrats(cours de se-

---

(I) Cf. Monier, Manuel, I, 1939, pp. 453 - 457.

Source : BIU Cujas

conde année): les choses qui font l'objet d'une opération juridique sont des choses de genre ou des choses d'espèce suivant que les parties n'ont eu en vue que le groupe auxquelles elles appartiennent ou les ont envisagées dans leur individualité, les choses qui se comptent, se pèsent ou se mesurent, s'opposent dans les usages du commerce, aux corps certains, les choses qui se consomment par le premier usage ne peuvent faire l'objet d'un usufruit, les choses simples s'opposent aux choses composées, les fruits et les produits qui sont des parties divisées d'une chose faisant corps avec elle, jusqu'à leur séparation, acquièrent à ce moment-là, une vie juridique indépendante.

Importance de la distinction des res mancipi et des res nec mancipi, son fondement.

Les res mancipi et les res nec mancipi. Sous la République et au début de l'Empire, la division fondamentale des choses est celle qui oppose les res mancipi aux res nec mancipi, Les res mancipi sont en nombre limité: elles comprennent les terres qui environnent Rome, puis à la fin de la République tous les fonds de terre italiques (situés en Italie, les esclaves et les bêtes de somme ou de trait (boeufs, chevaux, mulets, ânes) à l'exception des chameaux et des éléphants dont les services n'étaient pas utilisés anciennement par les Romains.

Les servitudes prédiales rustiques en Italie.

Les res nec mancipi, en nombre illimité, comprennent toutes les autres choses (terres provinciales petit bétail, argent monnayé, etc,...

Envisagée dans la période entre la loi des XII Tables et la fin des guerres juridiques, la distinction se justifie par des raisons économiques et sociales: les res mancipi sont les choses les plus précieuses pour un peuple de guerriers et d'agriculteurs. Mais, historiquement, il est difficile de préciser la date d'apparition et le fondement primitif de cette distinction. M. de Visscher a montré qu'elle n'était pas liée, comme on le croyait, à l'agriculture, les res mancipi servant à la culture des terres: en effet, à Rome, les chevaux et les mulets n'étaient pas employés dans l'agriculture; il estime que les res mancipi sont les choses qui sont soumises à la puissance de commandement du chef de famille qui les fait travailler à son profit, mais nous ne pouvons nous rallier à cette manière de voir qu'à condition de supposer, contrairement à M. de Visscher, que les fonds de terre et les servitudes rustiques n'ont été rangés qu'à une date postérieure parmi les res mancipi.

En tout cas, nous croyons qu'il faut écarter le système de Bonfante qui eut un certain succès pendant une trentaine d'années et qui soutenait que jusqu'aux

Source : BIU Cujas

derniers siècles de la République, les res mancipi étaient seules susceptibles de propriété quiritaire: en réalité, le mot mancipium n'a pas le sens technique de propriété dans l'ancien droit romain et les res nec mancipi ont été, dès la loi des XII Tables, protégées par l'action en revendication, sanction de la propriété quiritaire (1).

Intérêts de la distinction.

Par suite, l'intérêt de la distinction est plus limité qu'on ne l'a parfois soutenu et apparaît surtout à propos de l'aliénation des res mancipi: un procédé formaliste (mancipation, in jure cessio) est requis pour rendre l'acquéreur propriétaire et la femme pubère ne peut en disposer sans le concours de son tuteur. Au contraire, il suffit d'une tradition pour aliéner les res nec mancipi, et les femmes pubères en ont la libre disposition.

La distinction des res mobiles et des res immobiles au Bas-Empire.

Les meubles et les immeubles.

C'est seulement au Bas-Empire que la distinction entre les res immobiles et les res mobiles acquiert une réelle importance et que l'on tend à soumettre aux mêmes règles tous les biens immobiliers (inaliénabilité dotale, publicité des aliénations). Mais dès les XII Tables, l'usucapion des choses immobilières exigeait un délai de deux ans, tandis qu'il ne fallait qu'un an pour les autres choses.

Chapitre II

HISTOIRE ET REGLEMENTATION DE LA PROPRIETE.

En droit français actuel, la propriété est un droit réel accessible à tous et pouvant porter indifféremment sur toutes les choses susceptibles de faire partie du patrimoine d'un individu.

En droit romain, au contraire, jusqu'à l'époque de Justinien, le domaine de la propriété quiritaire (dominium ex jure quiritium) a toujours été limité, en ce qui concerne les biens immobiliers et les personnes susceptibles d'être titulaires d'un droit de propriété quiritaire: toutefois nous avons vu que les res nec mancipi n'avaient sans doute jamais été exclues du domaine du dominium.

---

(1) Voir la démonstration dans R. Monier, Manuel, I, pp. 458-460.

Source : BIU Cujas

Section I

Histoire de la propriété foncière jusqu'à la fin de la République.

La propriété foncière a généralement suivi une évolution différente de celle de la propriété des meubles qui sont, dès une époque très ancienne, susceptibles d'appropriation individuelle: on rencontre dans l'histoire de beaucoup de peuples des traces d'un régime de propriété collective de tout ou partie des terres.

L'heredium du paterfamilias et la propriété collective de la gens.

Nous sommes très mal renseignés sur l'histoire de la propriété foncière, à Rome, à l'époque royale; aussi est-il préférable de s'en tenir à la tradition romaine, suivant laquelle chaque chef de famille n'était propriétaire que d'un heredium d'un demi-hectare, transmissible à ses héritiers: il est très vraisemblable qu'anciennement chaque gens possédait des pâturages et des bois soumis à la propriété collective et à l'usage commun de ses membres, mais à une date qu'on ne peut fixer avec précision, les progrès de l'agriculture amenèrent le partage des terres de la gens entre les différentes familles qui la composaient.

Il est, au contraire incontestable que dès la période qui précède la loi des XII Tables, les biens fonciers sont soumis, soit à la propriété privée des chefs de famille romains, soit à la propriété de l'Etat romain à qui appartiennent toutes les terres conquises: le fundus, le fonds de terre exploité par la famille, sous l'autorité du paterfamilias va constituer, pendant des siècles, la base juridique et sociale de la société romaine.

La propriété privée de l'heredium.

Dans la mesure où les textes, qui sont rares et discutés, permettent d'avoir une opinion, il paraît vraisemblable d'admettre que pendant la première partie de l'histoire romaine chaque chef de famille n'avait à sa disposition comme propriété privée qu'un heredium d'un demi-hectare, et que les terres qui environnaient la ville, ou plutôt les villages qui ont précédé la ville, appartenaient aux différentes gentes dont l'union a constitué la cité romaine.

La division des terres gentilices en-

Mais, à un moment qu'il est impossible de préciser, par suite du développement de la culture, les terres appartenant à chaque gens ont été divisées entre

Source : BIU Cujas

tre les gentes à une époque antérieure à la loi des XII Tables.

les différentes familles qui constituaient cette gens.

Cette réforme est bien antérieure à la Loi des XII Tables, puisque la Loi des XII Tables suppose un régime de propriété privée en matière foncière. La loi des XII Tables permet en effet l'usucapion des fonds de terre, c'est-à-dire l'acquisition de la propriété d'un fonds de terre par une possession, un usage prolongé pendant deux ans. Or, il serait inconcevable que l'on admette qu'un citoyen puisse s'emparer d'un fonds de terre et en acquérir la propriété par l'usage prolongé dans un système de propriété collective de la gens.

Donc, si l'on se place à l'époque de la Loi des XII Tables, et par conséquent à un moment où on n'est plus sur le terrain des hypothèses, mais d'une certitude suffisante, il n'est plus question de propriété collective de la gens, mais de propriété foncière des différents chefs de famille. Chaque chef de famille romain possédant une fortune suffisante, était donc à la tête d'une exploitation agricole qui lui appartient.

Les terres conquises; l'ager publicus et les agri limitati.

Mais la situation de Rome est tout à fait particulière, tout à fait exceptionnelle, du fait que les armées romaines étendent sans cesse le territoire romain, conquièrent sans cesse de nouvelles terres. Les terres conquises par Rome et qui ne sont pas laissées aux mains des habitants deviennent désormais la propriété collective du peuple romain. Les terres conquises constituent ce que les auteurs romains appellent "ager publicus", les terres publiques, les terres qui appartiennent au peuple romain. Ces terres ne sont pendant longtemps transformées en terres susceptibles de propriété privée que dans une mesure très limitée. Tandis qu'au contraire la majorité reste soumise à la propriété collective du peuple romain et à l'usage des particuliers. Dans les cas où l'Etat romain voulait transformer les terres publiques d'une certaine région en terres privées, il fallait recourir à certains rites de caractère religieux et qui, suivant la tradition romaine, seraient d'origine étrusque.

Pour qu'une terre devienne objet de propriété privée, il faut qu'elle soit officiellement délimitée. Nous savons comment le cérémonial était fait lorsqu'il s'agissait de la fondation d'une colonie romaine. En effet, lorsque Rome fondait une colonie, une grande partie du sol de cette colonie était attribuée aux citoyens qui avaient participé à la fondation, était désormais soumise à la propriété privée. La part de chaque citoyen devait être soigneusement délimitée et les limites avaient un caractère saint; les bornes étaient

Source : BIU Cujas

considérées comme des "res sanctae", comme des choses mises sous la protection des dieux.

Le sol de la colonie soumise à la propriété privée affectait l'apparence d'un damier. Chaque lot en effet était isolé des lots des voisins; chaque parcelle était séparée de la parcelle voisine soit par un espace libre de cinq pieds, soit par l'une des voies publiques de la colonie. De cette manière, chaque propriétaire foncier jouissait d'une grande indépendance vis-à-vis des voisins, puisque chaque parcelle de terre était isolée des parcelles voisines. Ces terres publiques faisant l'objet d'une délimitation officielle et soumises à la propriété privée, étaient appelées des champs délimités, "agri limitati", par opposition à l'"ager publicus" qui ne faisait pas l'objet de délimitations officielles.

Les possessiones concédées à titre révocable par l'Etat aux familles patriciennes, sur l'ager publicus.

Des territoires immenses restaient cependant soumis à la propriété de l'Etat. Mais l'Etat n'exploitait pas lui-même ses terres et il en laissait la jouissance aux citoyens romains. C'est là quelque chose d'essentiel au point de vue économique et au point de vue social pour les derniers siècles de la République. Les occupations de terres publiques par des citoyens romains présentent une importance capitale dans l'histoire sociale et dans l'histoire de la propriété romaine. En effet, ce sont surtout les patriciens, les citoyens riches qui exercent le droit d'occupation des terres publiques dont les pauvres, dont les plébéiens ne profitent guère. Ces terres ainsi occupées par les familles patriciennes sont souvent désignées dans les textes sous le nom de possessions, "possessiones", car le chef de famille patricien avec ses enfants, ses clients et ses esclaves, installait en quelque sorte sa puissance sur ce domaine dont il n'était pas propriétaire. C'était toujours à l'Etat qu'appartenait la terre occupée par la famille patricienne. Il semble que chaque chef de famille devait payer une modeste redevance pour les terres qu'il occupait, et les magistrats romains avaient toujours la faculté de révoquer la concession qui avait été donnée. Mais c'est un fait bien connu que l'occupation prolongée d'un même domaine par les mêmes individus pendant des générations, fait naître peu à peu chez les occupants l'idée qu'ils ont un droit durable et permanent sur les terres. Même de nos jours, la question de la propriété culturale pour les fermiers est à l'ordre du jour. Le fermier proteste contre l'idée que les propriétaires fonciers puissent les expulser des domaines qu'ils cultivent depuis longtemps.

Chez les riches familles patriciennes il y avait

Source : BIU Cujas

donc ces domaines qui pendant des générations et des générations restaient exploités par les mêmes individus. Finalement ces familles patriciennes considéraient que c'était une véritable expropriation injuste que de révoquer la concession de terre publique qu'on leur avait faite. D'où conflit avec les plébéiens qui, eux, au contraire, considéraient dans une certaine mesure ces patriciens comme des usurpateurs des terres publiques.

La réforme des Gracques.

On connaît les réformes agraires accomplies par les Gracques. Tiberius et Caius Gracchus, s'efforcèrent de ramener à la terre la plèbe urbaine, en révoquant dans une certaine mesure les occupations de terres publiques des patriciens. Ces mesures soulevèrent des protestations véhémentes chez les patriciens et firent naître la haine des Gracques. Ceux-ci payèrent d'une mort tragique leur tentative d'installer des prolétaires sur les terres publiques qui jusque-là étaient occupées par les familles patriciennes.

Cependant les réformes des Gracques étaient beaucoup plus modérées à ce point de vue qu'elles ne paraissent. Il ne faut pas oublier en effet que les Gracques laissaient à chaque chef de famille patricien cinq cents arpents de terre, l'équivalent de 125 hectares, et qu'ils lui laissaient en outre 250 arpents par descendant mâle, ce qui fait que malgré les révocations des concessions, on laissait à chaque chef de famille ce qui nous paraît un immense domaine de terres publiques.

Le triomphe de la ploutocratie; la transformation des possessiones de l'ager romanus et de l'ager publicus italiens en propriétés quiritaires par les lois agraires.

Après la chute des Graeques, la ploutocratie victorieuse s'empressa de prendre des mesures nécessaires pour que jamais un tribun ne réussisse à faire voter de nouvelles mesures agraires de même nature. C'est pourquoi on fit voter des lois agraires qui transformaient officiellement ces possessions patriciennes en propriétés privées.

Du moment où légalement on cessait de considérer ces occupations de terres comme des possessions de terres publiques pour ériger les terres ainsi occupées en propriétés privées, la ploutocratie n'avait plus rien à craindre; elle était sûre de conserver définitivement ses terres, puisqu'elles n'appartenaient plus théoriquement à l'Etat.

Cette soumission des terres publiques à la propriété quiritaire fut d'abord opérée pour l'"ager romanus", pour les terres qui rentrent dans le territoire des 35 tribus du centre de l'Italie. Mais au cours du dernier siècle de la République se produit, après les guerres sociales, un gigantesque mouvement d'unification de la condition des personnes et de la con-

Source : BIU Cujas

dition des terres en Italie, ce qui fait qu'à la fin de la République, toutes les terres situées en Italie et qui étaient soumises au régime des "possessiones" sont désormais soumises à la propriété quiritaire. Désormais tous ces fonds de terre italiques sont des "res mancipi" et sont assimilés aux biens que possédait le citoyen romain primitivement à Rome ou aux environs immédiats de Rome.

A la fin de la République il n'y a plus par conséquent en Italie que les terres non susceptibles de cultures, des pâturages communaux ou des pâturages appartenant à l'Etat romain, ou des forêts qui sont soustraites à la propriété privée. Au contraire tout le sol cultivé de l'Italie est désormais soumis à la propriété quiritaire.

Section II

Les divers types de propriétés aux derniers siècles de la République et sous le Haut-Empire.

La propriété quiritaire et les propriétés de type inférieur.

A côté de la propriété quiritaire, dont le domaine reste toujours limité, sont apparus aux derniers siècles de la République, de nouveaux types d'appropriation des biens, qui pour les auteurs modernes sont considérés comme des types inférieurs de propriété. La situation de ceux qui détiennent ces biens n'est pas rigoureusement assimilée à la situation du propriétaire quiritaire, mais en fait ils bénéficient d'une situation analogue.

Nous étudierons donc successivement le domaine et les caractères de ces différents types de propriété, en commençant par la propriété quiritaire.

§ I - La propriété quiritaire.

1°) Définition et caractères de la propriété quiritaire.-

Le dominium ex jure quiritium.

Pour les jurisconsultes romains de l'époque classique, il n'existe à proprement parler qu'une seule maîtrise sur les biens qui mérite le nom de propriété: c'est le "dominium ex jure quiritium", la propriété en vertu du droit des quirites. C'est la maîtrise la plus complète que l'on puisse avoir sur une chose. C'est, nous disent encore les Institutes de Justinien, une

Source : BIU Cujas

"plena in re potestas", une puissance complète sur une chose.

Mais cependant, même à l'époque de la Loi des Douze Tables, les droits du propriétaire n'ont jamais été illimités, il y a toujours eu des restrictions, soit dans l'intérêt des voisins, soit dans l'intérêt général.

I. Droits du propriétaire. Le caractère en principe absolu du droit du propriétaire.

Etudions tout d'abord les droits du propriétaire.

Les jurisconsultes romains ne se sont guère soucié de donner une définition précise et complète de la propriété, pas plus qu'ils n'énumèrent avec précision les différents droits du propriétaire. Ceci s'explique, semble-t-il, par le fait que pour les Romains, la propriété quiritaire est le pouvoir le plus absolu que l'on puisse exercer sur une chose. Il est inutile de préciser, il est inutile d'énumérer les droits du propriétaire, puisqu'il les a tous, à l'exception toutefois de ceux qui lui ont été expressément retirés par la loi ou par les magistrats.

Etendue du droit de propriété. La propriété de la surface du sol. Le bornage et l'actio ginium regundorum.

Le droit de propriété est évidemment limité à la chose sur laquelle il porte. Ceci ne souffre aucune difficulté pour les meubles, mais au contraire pour les biens immobiliers c'est plus délicat, car il y a la surface du sol, il y a le dessus et le dessous, il faut préciser sur quoi porte le droit du propriétaire foncier.

D'autre part, même à la surface du sol il n'y a pas toujours de limite naturelle entre les territoires voisins, tandis qu'au contraire on ne peut pas confondre le livre de Paul avec le livre de Jacques. Ce sont deux livres bien distincts, il n'y a pas de doute possible. Au contraire, bien souvent, surtout en pays de plaine, il n'y a aucune limite naturelle apparente entre les fonds voisins. C'est ce qui explique pourquoi il est indispensable de fixer matériellement par des bornes, et juridiquement, par des indications portées dans des actes privés ou dans des registres publics, les limites de chaque fonds, de chaque parcelle du sol soumise à la propriété privée. Nous avons vu que pendant longtemps, il y avait même une délimitation officielle de chaque parcelle, que chaque terrain était délimité, était un "ager limitatus".

Il peut y avoir des discussions sur les limites de deux voisins. Il peut même arriver que les bornes aient été déplacées, bien que l'on considère un tel fait volontaire comme un crime religieux, et en ce cas il y a une action qui est l'ancêtre de notre action en bornage, c'est l'action "finium regundorum", l'action en fixation des limites.

Primitivement le règlement de l'affaire était

Source : BIU Cujas

confié à des spécialistes, aux arpenteurs, et c'est seulement par la suite que l'on chargea un juge de trancher le conflit. Ce juge d'ailleurs a des pouvoirs exceptionnels. Non seulement, en effet, il a mission de constater quelles étaient vraiment les limites des deux fonds voisins, mais il a le pouvoir, si ces limites sont mal faites, de les rectifier en attribuant certaines parcelles de terre à celui qui jusque-là n'en était pas propriétaire. Ainsi donc, c'est une action non seulement en fixation, mais en rectification des limites des fonds voisins.

La propriété du dessus.

Mais le propriétaire foncier n'a pas seulement la propriété de la surface du sol. Son droit s'étend au-dessus de la portion du sol dont il est propriétaire. La question d'ailleurs présentait à Rome beaucoup moins d'intérêt que de nos jours; il n'y avait pas encore de législation aérienne, il n'y avait pas à se poser la question de savoir si l'on pouvait à une certaine hauteur survoler le terrain ou y faire passer des fils de haute tension. Le seul problème que se posent les jurisconsultes, c'est de savoir si un voisin avec son édifice pourrait surplomber le fonds voisin et ils se prononcent en sens contraire. On ne peut élever de bâtiment que directement au-dessus de la parcelle du sol que l'on possède, on ne peut pas venir surplomber avec son balcon le terrain du voisin.

La propriété du sous-sol.

D'autre part, en principe le propriétaire de la surface a la propriété du sous-sol. Il peut y creuser un puits, il peut y exploiter du sable, à condition de ne pas gêner ses voisins, et c'est seulement sous l'Empire que l'intervention de l'Etat dans l'exploitation des mines apparaît pour venir restreindre les droits du propriétaire.

Caractère exclusif du droit de propriété.

Nous remarquons d'autre part qu'à la fin de la République et sous le Haut-Empire, la propriété quiritaire est incontestablement une propriété qui confère à son titulaire un droit exclusif sur la chose dont il est propriétaire. Un droit exclusif, cela signifie que nous sommes dans un régime de propriété individuelle, où le droit du propriétaire n'est pas limité comme dans la propriété collective par le concours d'un nombre de voisins plus ou moins étendu; c'est en même temps ce qui oppose la propriété quiritaire aux formes inférieures de propriété que nous aurons à étudier. Il n'y a pas de limitation du droit de propriété tenant au fait, comme dans la propriété prétorienne, qu'une personne garde théoriquement un droit sur la chose, ou comme dans la propriété des fonds provinciaux du fait que c'est l'Etat qui théoriquement reste pro-

Source : BIU Cujas

priétaire du fonds appartenant à un individu. Il n'y a donc que la propriété quiritaire qui confère à proprement parler un droit exclusif à son titulaire.

La sanction du droit de propriété: la reivindicatio.

Ce droit est sanctionné par l'action en revendication, la "reivindicatio". Cette action en revendication sous le système des actions de la loi se caractérise par l'affirmation du propriétaire que la chose lui appartient, est à lui en vertu du droit des quirites. Il n'y a dans l'action en revendication d'une chose soumise à la propriété quiritaire évidemment qu'une personne qui peut déclarer que la chose est à elle en vertu du droit des quirites.

Droit pour le propriétaire d'user de la chose, d'en percevoir les fruits, de la détruire, de la transmettre.

Comme tout propriétaire, le propriétaire quiritaire a le droit de jouir de sa chose en en percevant les fruits. Il a la faculté de l'utiliser de la manière qui lui plaît. S'il s'agit d'une chose consomptible, il peut la consommer. S'il s'agit d'une chose non consomptible, il peut en disposer en la vendant ou en la donnant, et il peut même la détruire.

Enfin, le propriétaire quiritaire peut transmettre sa chose après sa mort, après son décès à ses héritiers par le sang ou aux héritiers qu'il désigne dans son testament.

Observations terminologiques.

Ce sont ces divers droits que nos anciens auteurs groupaient en déclarant que le propriétaire a le "jus fruendi", le"jus utendi", et le "jus abutendi"; c'est encore ici l'occasion de remarquer que ce ne sont pas les Romains qui ont ainsi exprimé dans des expressions latines les droits du propriétaire. Il faut en outre remarquer que l'expression "jus abutendi" ne signifie pas que le propriétaire a le droit d'abuser de sa chose. Certaines personnes ont été scandalisées, ont dit: c'est incroyable que les Romains considèrent la propriété comme étant en quelque sorte un droit d'abus, c'est contraire à la mission sociale du propriétaire, au caractère social de la propriété! Malheureusement, d'une part les textes romains ne caractérisent pas le propriétaire en disant qu'il a le "jus abutendi", et d'autre part le mot "abuti" en droit romain ne signifie pas abuser, mais user librement, disposer librement d'une chose.

II. Restrictions aux droits du propriétaire.

Ayant ainsi vu les caractères de la propriété quiritaire et les droits qu'elle confère au propriétaire, nous allons à présent étudier les restrictions qui ont été progressivement apportées par la loi ou la coutume aux droits du propriétaire, soit sous la République, soit sous le Haut Empire.

Ces restrictions concernent presque exclusivement les biens immobiliers. Normalement le propriétai-

Source : BIU Cujas

re a tout pouvoir sur les biens mobiliers qu'il possède. La seule exception c'est en ce qui concerne les esclaves. Nous avons vu en effet que les empereurs ne permettaient plus impunément au maître de maltraiter ses esclaves. On peut dire qu'il y a là une restriction apportée à la propriété mobilière, mais c'est tout à fait exceptionnel.

En matière immobilière: 1°) dans l'intérêt des voisins (arbres, fruits tombés sur le fonds voisin, écoulement des eaux....)

En matière immobilière, les restrictions ont été instituées soit dans l'intérêt des voisins, soit dans l'intérêt public.

Il était tout d'abord indispensable, moins indispensable que de nos jours, mais cependant déjà indispensable dans l'ancienne Rome, de limiter la propriété foncière dans la mesure où le propriétaire risquait de porter atteinte aux droits du voisin ou dans la mesure où il était indispensable de donner certaines facilités au voisin.

Dans l'ancienne Rome ces mesures étaient moins indispensables que de nos jours, parce que du fait que pendant longtemps chaque parcelle de terre était séparée de la parcelle voisine par un espace libre de cinq pieds, on avait beaucoup moins besoin les uns des autres. C'est un régime d'individualisme beaucoup plus que de solidarité. Mais il semble qu'après la destruction de Rome par les Gaulois, on ne tint pas compte de ces espaces libres entre propriétés voisines lors de la reconstruction de la ville, et que par suite à Rome, les voisins eurent désormais beaucoup plus besoin de rapports réciproques, de limitations réciproques de leurs droits. De même pour la propriété foncière on cessa dans une certaine mesure de tenir compte des espaces libres qui avaient existé pendant longtemps.

En ce qui concerne la propriété rurale, le propriétaire d'un terrain, dès la loi des Douze Tables, ne peut pas se plaindre si l'arbre du voisin vient surplomber le sol qui lui appartient, à plus de 15 pieds de haut. Au contraire, si les branches sont moins hautes, il a le droit de les couper, du moment où elles empiètent sur son sol. De même il a le droit de couper les racines des arbres du voisin qui viendraient pénétrer sur son propre terrain. D'autre part, la loi des XII Tables permettait expressément, lorsqu'un chêne avait laissé tomber ses glands sur le sol voisin, de venir les rechercher. C'est déjà une limitation au droit de propriété puisqu'on permet au propriétaire voisin de pénétrer sur votre sol pour y venir ramasser les glands. Ceci prouve l'importance de l'élevage des porcs dans l'ancienne Rome. Par la suite, cette règle fut généralisée et étendue à tous les fruits. On peut toujours venir ramasser les fruits qui sont tombés sur le sol

Source : BIU Cujas

voisin.

D'autre part, n'oublions pas que nous sommes en Italie et que par conséquent les plaines sont rares, que souvent les fonds de terre sont situés à des hauteurs différentes, qu'il y a des fonds qui sont plus hauts les uns que les autres. Il faut par suite prendre des mesures en vue d'empêcher l'envahissement du fonds situé près de la plaine par les eaux provenant des fonds supérieurs. Dès la Loi des XII Tables, on interdit aux propriétaires des fonds plus élevés de faire des travaux artificiels qui inonderaient les fonds situés en dessous de lui. Il y a une action spéciale en vue d'écarter les eaux de pluie dont on inonde ainsi le voisin, l'action "aquae pluviae arcendae".

De même, un propriétaire peut toujours interdire à son voisin de faire sur son propre sol des travaux de nature à lui causer un préjudice. Par exemple, si vous creusez un trou pour exploiter du sable à l'extrême limite de votre fonds, vous risquez de produire un effondrement chez votre voisin et celui-ci pourra arrêter les travaux par ce que l'on appelle "une dénonciation de nouvel oeuvre", expression qui est encore conservée de nos jours.

Enfin, les Romains ont déjà connu certaines applications de ce que les auteurs modernes appellent la théorie de l'abus du droit. C'est ainsi qu'on nous dit que celui qui a construit une usine sur son sol ne peut pas enfumer d'une manière excessive ses voisins.

2) Restrictions dans l'intérêt général. La notion d'expropriation pour cause d'utilité publique.

A côté de ces limitations qui ont été apportées de très bonne heure dans l'intérêt des voisins, il y a certaines restrictions aux droits du propriétaire foncier qui ont été instituées dans un intérêt plus général, dans un intérêt public. De nos jours, on peut dire que la plus grave limitation à l'absolutisme de la propriété foncière est la théorie de l'expropriation pour cause d'utilité publique: quand on estime qu'il y a intérêt ou même utilisé sociale à utiliser un terrain pour construire une voie de chemin de fer, pour élever un édifice d'intérêt public, pour élargir une route, on procède par voie d'expropriation et le propriétaire ne peut s'opposer à ce que l'Etat le prive de son droit de propriété en échange d'une indemnité.

Bonfante, au contraire, a soutenu, en vertu de son idée du caractère souverain de la propriété quiritaire ancienne, que les Romains jusqu'au Bas-Empire n'avaient jamais eu la moindre idée de cette notion d'expropriation pour cause d'utilité publique, que l'Etat ne pouvait jamais contraindre un particulier à

Source : BIU Cujas

abandonner malgré lui une parcelle utile pour y faire des travaux publics, que par suite l'Etat ou la Cité était toujours obligé de passer par toutes les conditions les plus extravagantes posées par les propriétaires fonciers pour concéder leurs terres en vue par exemple du creusement d'un nouveau port.

Il semble qu'il y ait là quelque chose d'excessif, que l'on ait porté à l'excès la notion de souveraineté de la propriété quiritaire. Il est bien exact que les Romains n'ont pas notre notion moderne d'expropriation pour cause d'utilité publique, qu'ils y regardent à deux fois avant de réclamer à un propriétaire l'abandon de son droit en vue de travaux d'utilité publique, mais cependant il semble que dans certains cas, en particulier pour assurer l'adduction d'eau potable, pour faire passer des aqueducs, une loi ou un sénatus-consulte permet aux magistrats de contraindre un propriétaire foncier à vendre malgré lui à l'Etat ou à la cité le terrain qui lui appartient. Du moment où, en vertu d'une loi ou d'un sénatus-consulte, un magistrat de l'Etat romain peut vous obliger à vendre votre terrain, même si vous ne voulez pas, il semble bien qu'il existait déjà des traces à l'époque classique de l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Parmi des limitations moins importantes, citons la possibilité pour les bateliers utilisant les fleuves publics d'attacher leurs bateaux aux arbres des propriétés riveraines; ou bien encore la possibilité de passer sur le fonds voisin d'une route publique au cas où par suite d'accident cette route est obstruée.

Citons également, car cela est intéressant, l'obligation morale qui pèse de tout temps sur les paysans de bien cultiver les terres qui leur appartiennent. Les censeurs veillent à ce que les exploitations rurales soient convenablement cultivées, et même sous l'Empire, l'empereur Pertinax en l'année 193 alla jusqu'à permettre à un autre citoyen d'occuper les terres laissées en friche par le propriétaire.

A ce point de vue-là, on voit déjà apparaître par conséquent dans le domaine romain, l'idée de la propriété fonction sociale, des obligations du propriétaire. Et par conséquent il est quelque peu excessif de faire apparaître le propriétaire foncier romain comme un souverain omnipotent qui méprise absolument toutes les notions d'utilité publique dans l'utilisation des biens qui lui appartiennent.

Mesures pour empêcher la démolition de

Enfin, certaines dispositions ont été prises de très bonne heure dans l'intérêt de la conservation de la propriété bâtie. Dès la Loi des XII Tables, en vue

Source : BIU Cujas

bâtiments.

d'empêcher la destruction des maisons, on interdit au propriétaire dont la poutre a été employée par une autre personne dans la construction d'un édifice, de la réclamer et d'en exiger la restitution, car en reprenant sa poutre, il ferait écrouler la maison. Ceci a été ensuite étendu progressivement à tous les matériaux de construction au fur et à mesure que l'art de bâtir se développait à Rome.

L'urbanisme au Haut-Empire.

De plus, dès le Haut Empire on se préoccupe déjà d'urbanisme. Des sénatus-consultes prennent des mesures afin que la ville, nous dit-on, ne soit pas enlaidie par les ruines. On interdit par suite de démolir les immeubles dans un but de spéculation, uniquement en vue de vendre les matériaux qui les composaient. Ou bien encore on interdit à un testateur de léguer des matériaux de construction qui seraient effectivement encastrés dans une maison existante, car pour exécuter le legs, il faudrait faire écrouler l'édifice.

De plus, des décisions fixent déjà à l'époque impériale la hauteur maxima des maisons dans certaines villes.

Conditions de la propriété quiritaire quant aux personnes et quant aux choses.

2° - Champ d'application de la propriété quiritaire.- La propriété quiritaire, malgré les progrès faits en matière foncière, a toujours à la fin de la République et sous le Haut-Empire un domaine limité, quant aux personnes aptes à exercer le droit de propriété, et quant aux choses sur lesquelles elle peut porter.

Personnes ayant le commercium.

En principe, la propriété quiritaire est réservée aux citoyens romains, mais de très bonne heure on a permis d'être propriétaire quiritaire aux Latins, et, sous le Haut-Empire, peuvent être propriétaires quiritaires les Latins juniens et les Latins coloniaires, ainsi que les pérégrins à qui, à titre exceptionnel, on aurait concédé le commercium. Par conséquent on considère que tous les individus qui ont le commercium ont par là-même l'aptitude à être propriétaires quiritaires.

Les pérégrins, au contraire, ne pouvaient pas exercer ce droit, mais à la suite de la constitution de Caracalla de l'année 212 tous les pérégrins rattachés à une cité déterminée sont devenus citoyens et par conséquent à partir du début du III° siècle, il n'y a plus que les pérégrins déditices et les esclaves qui soient incapables d'exercer les droits d'un propriétaire quiritaire.

Choses romaines - Importan-

D'autre part, seule une chose romaine peut être soumise au dominium ex jure quiritium. Cette règle ne

Source : BIU Cujas

ce de cette condition pour les biens immobiliers. L'extension du jus italicum.

présente aucun intérêt en ce qui concerne les choses mobilières, puisqu'elles deviennent romaines du fait qu'elles tombent au pouvoir d'un citoyen romain; le cheval qui est au pouvoir d'un citoyen romain est par là-même un cheval romain. Au contraire, la question présente le plus haut intérêt en ce qui concerne les biens fonciers, du fait que la possibilité d'être soumis à la propriété quiritaire dépend pour le bien immobilier de sa situation, de sa localisation.

Nous avons vu que primitivement, seul l'"ager romanus" était soumis à la propriété quiritaire, et qu'ensuite, à la fin de la République, tous les fonds italiens sont l'objet de propriété quiritaire. Sous l'Empire, il y a eu une extension assez faible à ce point de vue. Il s'agit des territoires qui ont reçu des empereurs la concession du "jus italicum", du droit italique. Heureusement, sur ce point il y a longtemps que les controverses ont cessé. Tous les auteurs sont désormais d'accord pour admettre que le "jus italicum" est un droit qui s'applique au territoire tout entier d'une cité déterminée, et c'est une concession qui est habituellement accordée, non pas à des cités pérégrines quelconques, mais à des colonies romaines situées en province. Du moment que les habitants de ces colonies sont des citoyens romains, l'empereur estime légitime d'accorder au sol de ces colonies l'assimilation complète avec le sol romain. C'est le cas en particulier de Tyr et de Beyrouth.

Ce droit, d'ailleurs, ce "jus italicum" est avantageux pour les propriétaires fonciers de ces cités situées en province, puisque les fonds italiques sont soustraits, depuis la bataille de Pydna, à la sujétion de l'impôt. Du moment où l'on a un fonds soumis à la propriété quiritaire à la fin de la République et sous le Haut-Empire, on ne paie pas d'impôt foncier. D'autre part, tous les fonds compris dans le territoire de cette cité deviennent désormais des "res mancipi".

§ 2 - La propriété prétorienne.

Date et conditions d'apparition terminologique.

C'est au cours de l'avant-dernier siècle et du dernier siècle de la République qu'apparaît ce nouveau type de propriété, en réaction contre le formalisme de l'ancien droit et tenant d'autre part au fait que les magistrats du peuple romain ne peuvent pas conférer la propriété quiritaire à ceux à qui ils reconnaissent un pouvoir sur les choses.

Le préteur, suivant son habitude, ne fait pas de

Source : BIU Cujas

théorie juridique. Il ne proclame pas dans son édit qu'il institue un nouveau titre de propriété. Il se borne à se placer sur le terrain de la sanction, à prendre sous sa protection telle ou telle personne qui se trouve dans une situation déterminée . Le préteur déclare dans son édit: dans tel ou tel cas, je donnerai une action à ceux qui viendront demander mon appui. Ce sont des personnes qui, bien qu'elles n'aient pas acquis la propriété quiritaire, sont considérées par le préteur comme dignes d'être protégées.

Que font les jurisconsultes romains en présence d'une telle situation? Ils déclarent que la personne envisagée a la chose "in bonis". Les auteurs emploient parfois l'expression "la personne a l'in bonis"; ce n'est pas très correct; les jurisconsultes ne disent pas que l'on a l'in bonis, ils disent qu'une personne a la chose in bonis, c'est-à-dire qu'ils déclarent que bien qu'elle n'en soit pas propriétaire, elle a la chose dans l'actif de son patrimoine, puisque nous avons vu que les bona c'est l'actif net du patrimoine.

Tenant compte des réformes du préteur, les jurisconsultes déclarent que la chose ne fait plus partie du patrimoine de celui qui a gardé théoriquement sur elle le droit des quirites, qu'elle fait partie désormais du patrimoine de celui qui est protégé par le préteur. Mais comme ce n'est pas très commode de dire tout le temps: une personne qui a la chose in bonis, les auteurs modernes préfèrent s'en tenir au fait de la protection prétorienne et ils disent que dans tous ces cas-là, il y a propriété prétorienne, que la personne protégée par le préteur est un propriétaire prétorien. Enfin, certains auteurs emploient l'expression "propriété bonitaire", du fait que la personne a la chose in bonis.

L'hypothèse type sanctionnée par le préteur: simple traditio à la suite d'une vente d'une res mancipi.- La fiction d'accomplissement du délai d'usucapio,- l'action Publicienne.

La première hypothèse de propriété prétorienne, celle qui est typique, celle qui a sans doute été la première envisagée par le magistrat, c'est celle où une personne n'a pas acquis la propriété d'une chose qui lui était conférée, parce que l'on n'a pas employé le mode d'acquisition adéquat. Le préteur intervient en réaction contre le formalisme traditionnel; il considère qu'il est injuste qu'une personne soit laissée absolument sans protection du fait que l'on n'a pas employé la forme requise, alors que l'aliénateur était propriétaire de la chose et voulait l'aliéner; les parties étaient d'accord pour que l'acquéreur devînt propriétaire; l'aliénateur était bien propriétaire de la chose, qu'il avait vendue, mais on n'avait pas employé le procédé rituel qu'il fallait, on s'était contenté d'une simple tradition, d'une simple remise de la pos-

Source : BIU Cujas

session, alors qu'il aurait fallu une mancipation parce qu'il s'agissait d'une "res mancipi", d'un fonds de terre italique, d'une bête de somme ou d'un esclave.

En ce cas l'acquéreur par la simple tradition de la "res mancipi", en était devenu possesseur. Au bout d'un an ou deux ans de possession, il en serait devenu propriétaire quiritaire par voie d'usucapion, puisque le droit archaïque admet que celui qui possède légitimement une chose pendant un an ou deux ans en devient propriétaire quiritaire. Le préteur a simplement anticipé sur les évènements, il a déclaré qu'il protègerait l'acquéreur, comme si le délai d'un an ou de deux ans était accompli. Au bout d'un an ou de deux ans, le possesseur de la "res mancipi" en serait devenu propriétaire; le préteur dit au juge qu'il doit être obéissant et complaisant : fais semblant de croire que le délai d'un an ou de deux ans est accompli et juge en conséquence. Le juge ne tient donc pas compte de la réalité, mais se met dans cette hypothèse fictive que lui impose le magistrat. Il constate qu'au bout d'un an ou de deux ans l'acquéreur de cette res mancipi en serait devenu propriétaire; il déclare que c'est lui qui a gain de cause et non pas le propriétaire actuel qui dans un an ou dans deux ans ne serait plus propriétaire. Ainsi donc le propriétaire véritable est vaincu par la fiction, il perd le procès parce que pour juger l'affaire, on ne se place pas au jour du litige mais on se place un an ou deux ans après. On appelle par suite cette action une action fictice une action fondée sur la fiction, et cette action qui a une très grande importance en droit romain est l'action Publicienne, parce qu'elle a été créée par un préteur appelé Publicius.

Autre cas de propriété prétorienne: acquisition en vertu d'un titre prétorien d'un S.C. d'une constitution impériale.

Mais à côté de ce cas le plus ancien, on rencontre à l'époque classique de multiples hypothèses où une chose est livrée régulièrement à une autre personne en vertu d'un sénatus-consulte ou en vertu d'une constitution impériale; le préteur n'ayant pas le pouvoir de transférer la propriété quiritaire, le Sénat et l'empereur pendant un certain temps n'ayant pas non plus le droit de faire du droit civil, ceux qui acquièrent en vertu d'un titre de cette nature ne deviennent pas immédiatement propriétaires quiritaires. Pendant le délai requis pour l'usucapion, ils acquièrent simplement la propriété prétorienne.

Il nous est impossible d'énumérer ici les principaux cas d'application de cette idée puisqu'il nous faudrait passer en revue toute une série de théories que nous ne connaissons pas encore.

« Les Cours de Droit »
3 Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Y
Source : BIU Cujas

La Bonorum venditio, la bonorum possessio.

Bornons-nous en laissant de côté les cas secondaires à signaler que dans la "bonorum venditio"et dans la "boncrum possessio" c'est tout un patrimoine qui, en vertu de la volonté du prêteur, est acquis par une personne qui n'en devient pas immédiatement propriétaire.

Nous étudierons la "bonorum venditio" à propos de la prccédure. C'est l'exécution sur les biens, procédure instituée par le préteur, exécution sur les biens du débiteur insolvable. Nous étudierons la "bonorum possessio" dans le droit des successions puisque c'est la succession prétorienne pour cause de mort.

Ainsi donc il y a là deux cas extrêmement importants d'acquisition de la propriété prétorienne.

Comparaison entre le propriétaire prétorien et le possesseur de bonne foi.

Certains auteurs enfin considèrent comme un propriétaire prétorien le possesseur de bonne foi. Le possesseur de bonne foi est celui qui a acquis une chose d'un non propriétaire, qui a traité avec un non propriétaire croyant qu'il négociait avec le véritable propriétaire de la chose. Ceci par conséquent peut se rencontrer, qu'il s'agisse d'une "res mancipi" ou d'une "res nec mancipi". La bonne foi est donc une fausse croyance dans la qualité de propriétaire de l'aliénateur. C'est donc une différence profonde avec les cas envisagés jusqu'ici où au contraire l'acquéreur tenait la chose du véritable propriétaire. Il y a beaucoup de ressemblance entre la possession de bonne foi et la propriété prétorienne en ce qui concerne les effets, puisque normalement au bout du délai de possession d'un an ou de deux ans, le possesseur de bonne foi deviendra lui aussi propriétaire quiritaire. Mais à d'autres points de vue, la situation du possesseur de bonne foi est inférieure à celle du propriétaire prétorien.

C'est Ulpien lui-même qui oppose les deux cas; ce n'est donc pas une simple hypothèse d'auteurs modernes. Le propriétaire prétorien tire de la chose tous les avantages qu'elle peut procurer, tandis qu'au contraire le possesseur de bonne foi est assimilé à un usufruitier.

Prenons l'exemple d'un esclave. Tout ce qui échoit à l'esclave est acquis au propriétaire prétorien, et celui-ci en affranchissant cet esclave peut même en faire un Latin junien, peut même lui conférer la liberté. Pour qu'il lui confère la qualité de citoyen, il faudrait qu'il se mette d'accord avec celui qui a conservé le droit des quirites, qui est gardé par l'aliénateur. Il faudrait qu'il y ait accord entre les deux pour que l'esclave devienne citoyen ro-

Source : BIU Cujas

main. Mais il n'empêche qu'il peut conférer la qualité de Latin junien à cet esclave. Au contraire un possesseur de bonne foi ne peut pas affranchir l'esclave qu'il possède et il n'acquiert que le produit du travail de l'esclave ou les revenus du pécule qu'il lui a confié. Par conséquent le possesseur de bonne foi a moins de droits que le propriétaire prétorien.

Enfin il est bien exact que ce sont les mêmes moyens de protection qui sont accordés au propriétaire prétorien et au possesseur de bonne foi, mais il faut remarquer qu'ils n'ont pas la même efficacité. En principe, le propriétaire prétorien triomphe de tout le monde; même normalement il l'emporte sur le propriétaire qui a gardé le droit des quirites. Au contraire le possesseur de bonne foi doit normalement s'incliner devant celui qui est le véritable propriétaire de la chose. Qu'il intente l'action publicienne ou qu'il oppose un moyen de défense, une exception, pour repousser le véritable propriétaire, le possesseur de bonne foi sera habituellement finalement vaincu. Au contraire normalement le propriétaire prétorien reste vainqueur.

§ 3 - La propriété pérégrine et la propriété provinciale.

La propriété pérégrine et sa sanction par le préteur pérégrin et les gouverneurs.

Les pérégrins, sauf le cas exceptionnel où ils ont reçu concession du "commercium" ne peuvent pas exercer la propriété quiritaire. Mais on ne pouvait admettre que dans l'Empire romain les pérégrins soient laissés sans protection en ce qui concerne les biens qui leur appartenaient, et c'est pourquoi le préteur pérégrin et les gouverneurs de province ont assuré très efficacement la protection du patrimoine des pérégrins.

Les actions qu'on leur donne sont, il est vrai différentes de celles du propriétaire quiritaire. Mais leur efficacité est analogue.

On sait que dès le Ier siècle avant J.-C. l'édit du préteur pérégrin prévoyait la possession de fonds italiques par des pérégrins et Gaius d'autre part, au IIe siècle ap. J.-C. reconnaît qu'il existe à côté de la propriété quiritaire une véritable propriété pérégrine.

Le domaine éminent de l'Etat sur les fonds

D'autre part, il existe dans l'Empire romain un grand nombre de territoires où les fonds de terre et les maisons ne peuvent faire l'objet de propriété

Source : BIU Cujas

provinciaux et le jus habere, possidere, frui, des particuliers.

quiritaire. C'est qu'en effet dans les provinces c'est seulement dans les cités bénéficiant du "jus italicum" que les fonds sont des "res mancipi" soumis à la propriété quiritaire. Dans l'immense majorité des cités provinciales, au contraire, c'est l'Etat romain et plus tard l'empereur qui sont censés garder la propriété. De même qu'en Italie les terres publiques étaient la propriété du peuple romain, de même en dehors d'Italie toutes les terres sont théoriquement la propriété de l'Etat ou de l'Empereur. Cette propriété éminente du souverain se manifeste en droit romain pendant tout le Haut-Empire, par le paiement de l'impôt foncier. L'impôt foncier pendant des siècles a été considéré comme la marque récognitive du droit supérieur de l'Etat.

Les auteurs modernes, pour caractériser la situation des citoyens romains ou des provinciaux à l'égard de ces fonds de terre, parlent de propriété provinciale ou de propriété des fonds provinciaux. C'est une manière commode de s'exprimer, mais ce n'est pas la manière romaine. Les jurisconsultes romains ne pouvaient pas s'exprimer ainsi puisque c'était l'Etat ou l'Empereur qui était censé propriétaire. Et ils employaient des expressions non pas techniques mais plus imprécises pour caractériser la situation. Ils ne parlaient pas à proprement parler d'un droit aux contours délimités sur ces fonds, mais, par une périphrase, ils désignaient l'ensemble des pouvoirs que les particuliers pouvaient exercer sur ces fonds. Dans les derniers siècles de la République, ils parlaient d'"habere, possidere, frui"; ils disaient que le particulier avait la possibilité, "habere" de conserver le fonds, "possidere" de la posséder, "frui" d'en jouir. Ce n'est donc pas une définition du droit du particulier; c'est simplement une énumération de ses facultés, de ses pouvoirs. Gaius au IIe siècle ap. J.-C. ne s'exprime guère autrement puisqu'il parle à l'égard des fonds provinciaux de "possessio vel ususfructus"; il ne sait pas non plus comment définir exactement cette situation; il dit que c'est une possession en usufruit.

Ainsi s'est perpétuée dans les provinces une notion analogue à celle qui avait existé en Italie pour l'"ager publicus", pour les terres publiques occupées par les particuliers.

Mais si les expressions employées sont les mêmes la situation du propriétaire des fonds provinciaux est en réalité beaucoup plus forte que ne l'avait été la situation des possesseurs des terres publiques italiennes.

En effet, en dehors du paiement de l'impôt fon-

Source : BIU Cujas

La sanction et les droits du propriétaire provincial.

cier, ce n'est qu'en apparence que la situation du possesseur des fonds provinciaux est inférieure à celle du propriétaire quiritaire. C'est une question de formalisme beaucoup plus qu'une réalité. En effet les gouverneurs de provinces ont concédé dans leurs édits une action réelle calquée sur l'action en revendication, aux possesseurs légitimes des fonds provinciaux. Ainsi donc si la formule n'est pas la même leur protection est aussi efficace.

D'autre part, les jurisconsultes nous disent que les possesseurs des fonds provinciaux en ont la libre disposition, peuvent les vendre ou les donner, transférer leurs pouvoirs à autrui. Mais au lieu d'utiliser la mancipation ils utiliseront la tradition; ils procéderont à une remise de possession du fonds provincial.

Ainsi on peut dire que la propriété des fonds provinciaux en fait ressemble singulièrement à la propriété quiritaire. Cependant on a fait remarquer que, comme l'Etat, l'empereur gardait le pouvoir éminent sur ces fonds. On admettait beaucoup plus facilement que pour les fonds italiques l'expropriation pour cause d'utilité publique.

Section III.

La propriété au Bas-Empire et dans le droit de Justinien.

Traits caractéristiques.

Le Bas-Empire est une période qui se caractérise à la fois par une limitation croissante des droits du propriétaire et par une unification progressive et finalement complète de la théorie de la propriété.

§ I - Les limitations nouvelles apportées aux droits du propriétaire.

Développement de l'expropriation pour cause de nécessité publique.

Nous savons déjà que la période du Bas-Empire se caractérise par un étatisme croissant. C'est une époque où l'idée que l'intérêt de l'Etat doit passer avant tout l'emporte déjà sur l'individualisme romain traditionnel. Aussi ne faut-il pas s'étonner que dans l'intérêt public ou dans l'intérêt des voi-

Source : BIU Cujas

sins, on augmente les limitations au droit de propriété.

Incontestablement au Bas-Empire l'expropriation pour cause d'utilité publique a fait de grands progrès. Mais il ne semble pas qu'elle soit encore admise aussi facilement que de nos jours. Actuellement on admet dans des cas très nombreux l'expropriation des particuliers même pour construire un édifice public. A Rome, au contraire, même au Bas-Empire, on fait plus de difficultés. En règle générale il faut que vraiment l'intérêt public l'exige. On pourrait peut-être parler d'expropriation pour cause de nécessité publique plutôt que pour cause d'utilité publique. On nous donne les exemples suivants : les nécessités de la défense nationale, une cité romaine est menacée par les Barbares, il est indispensable d'exproprier certaines maisons pour construire les travaux de fortification nécessaires. Ou bien encore il y a menace de famine dans l'Empire et c'est la préoccupation constante à l'époque du Bas-Empire.

On contraindra les spéculateurs qui ont amassé du blé ou de l'huile à vendre leurs denrées, même s'il veulent les conserver encore pour faire augmenter les prix. Par conséquent on appliquera l'expropriation aux choses mobilières.

Enfin s'il s'agit des biens de l'Eglise, Justinien admet beaucoup plus facilement que l'on puisse en changer l'utilisation, si cela paraît utile.

Mesures pour assurer l'exploitation des terres cultivables.

C'est également à ces préoccupations d'utilité publique et en vue d'assurer la nourriture de la population que se rattachent les mesures prises à maintes reprises par les empereurs contre ceux qui laissent leurs terres en friche. De même que l'avait fait Pertinax sous le Haut-Empire, à de fréquentes reprises les empereurs du Bas-Empire ont permis l'occupation par des particuliers de domaines qui n'étaient pas cultivés par leurs propriétaires.

De plus Justinien se préoccupe d'assurer plus efficacement que par le passé l'alimentation en eau et l'action "aquae pluviae arcendae", qui dans la Loi des Douze Tables servait uniquement à empêcher l'inondation des fonds inférieurs, va servir également à empêcher le gaspillage des eaux par les voisins. Pendant longtemps, c'était quand il y avait trop d'eau qu'on pouvait exercer l'action; désormais on pourra également l'utiliser quand il n'y en a pas assez, pour obtenir des voisins qu'ils vous permettent d'avoir de l'eau pour les travaux de la culture.

L'exploitation des mines.

C'est également au Bas-Empire que l'Etat commence à s'intéresser à l'exploitation des mines, à permettre qu'une mine soit exploitée par celui qui l'a

Source : BIU Cujas

découverte dans le terrain d'autrui moyennant le paiement d'une indemnité de 10% au fisc et de 10% au propriétaire du sol.

Le développement de l'urbanisme.

Enfin, dans les villes, les préoccupations d'urbanisme ne font que croître. La propriété bâtie va être aussi étroitement règlementée au Bas-Empire qu'elle l'est de nos jours dans les grandes villes. L'un des documents fondamentaux sur ce point est une constitution de l'empereur Zénon, qui fut édictée pour Constantinople, Constantinople qui est la véritable capitale de l'Empire romain à cette époque. Cette constitution fut ensuite étendue par Justinien à toutes les villes de l'Empire d'Orient.

On s'oppose à l'existence de gratte-ciels dans les villes romaines; la hauteur maxima des maisons est fixée à 100 pieds. On ne peut pas construire des édifices trop près des édifices publics. On ne peut pas en reconstruisant ou en transformant les maisons gêner la vue du voisin ou le priver de lumière. Et même - souvenons-nous que nous sommes sur le Bosphore, à Constantinople - on prend des mesures pour protéger la vue de la mer; il est interdit par des constructions nouvelles de boucher la vue de la mer à ses voisins.

Enfin les propriétaires fonciers ne peuvent pas laisser leurs maisons à l'abandon, comme ils ont tendance bon gré mal gré à le faire trop souvent de nos jours. On ne veut pas que les grandes villes de l'Empire soient pleines de ruines. Il faut reconstruire les maisons que l'on démolit; il faut réparer les maisons en mauvais état; il faut achever les constructions commencées. Toutes choses dont on souhaiterait la possibilité de nos jours.

Ainsi nous sommes bien loin dans le droit de Justinien de cette conception autoritaire, souveraine, individualiste, de la propriété que l'on reproche si souvent au droit romain.

§ 2 - L'unification de la propriété au Bas-Empire.

Toute l'évolution des institutions romaines devait conduire nécessairement en ce qui concerne la propriété comme en ce qui concerne la condition des affranchis à l'unification de la règlementation.

L'incorporation de la propriété

Nous avons vu pendant des siècles coexister la propriété quiritaire et la propriété prétorienne;

Source : BIU Cujas

prétorienne dans la propriété quiritaire, abolition de la distinction des res mancipi et res nec mancipi, ainsi que du nudum jus quiritium.

mais au cours de l'Empire s'est opérée une fusion progressive entre le droit civil et le droit prétorien. Le préteur même avait fini par cesser d'exercer des fonctions judiciaires. Aussi n'y avait-il plus aucune raison dans le droit de Justinien de maintenir la distinction. Sous Justinien le domaine de la propriété prétorienne a été incorporé en bloc dans le domaine de la propriété quiritaire. Tout propriétaire prétorien est devenu propriétaire quiritaire, et seule survit la possession de bonne foi pour laquelle existe toujours l'action publicienne.

En particulier ceci se manifeste par l'abolition officielle de la distinction des "res mancipi" et des "res nec mancipi", en même temps que par l'abrogation par une constitution de Justinien, du droit nu des quirites, du "nudum jus quiritium", ce droit dont la survivance séparait seul le propriétaire prétorien d'un propriétaire quiritaire.

Disparition de la propriété pérégrine par l'extension du droit de cité.

Quant à la propriété des pérégrins, elle tend à disparaître faute de pérégrins. Dès l'année 212, il n'y a plus que des pérégrins déditices. Sous Justinien, il n'y a plus de pérégrins du tout. Par conséquent, tous les habitants libres de l'Empire sont en principe capables d'être titulaires du droit de propriété quiritaire.

Abolition par Justinien de la propriété provinciale.

Enfin on avait assimilé les fonds provinciaux et les fonds italiques. Cette réforme aurait pu en réalité s'accomplir dès le début même du Bas-Empire. C'est qu'en effet dès le temps de Dioclètien l'Etat est à court d'argent et c'est pourquoi Dioclétien avait, pour la première fois, depuis des siècles rétabli l'impôt foncier en Italie par une constitution de l'année 292. Mais le droit est si souvent en retard sur les faits que tant bien que mal la distinction traditionnelle survécut jusqu'à Justinien, bien que rien ne puisse plus la justifier.

Jusqu'à Justinien, seuls les fonds italiques continuaient à être soumis à l'inaliénabilité dotale. Seuls les fonds italiques et les fonds des cités jouissant du "jus italicum" pouvaient être acquis par une possession de deux ans. Ceci ne se justifiait plus en aucune manière. L'Empire avait son centre d'activité en Orient, il n'y avait plus aucune raison de distinguer des fonds provinciaux et des fonds italiques. Aussi Justinien allait-il abolir la distinction.

Mais les Institutes de Justinien destinées aux étudiants s'expriment d'une manière quelque peu singulière. On déclare: il y a des fonds italiques et il y a des fonds stipendaires et tributaires; mais

Source : BIU Cujas

cette distinction n'a aucun intérêt, car il n'y a aucune différence entre les deux types de fonds de terre. C'est là une manière bien compliquée pour dire une chose très simple, pour dire qu'il y a désormais assimilation complète de tous les fonds de terre, que désormais tous les fonds de terre sont soumis à la propriété quiritaire, et à une règlementation uniforme, inaliénabilité dotale mêmes règles d'acquisition par la possession prolongée.

La notion unitaire de proprietas dans le droit de Justinien.

Ainsi, dans le droit de Justinien, toutes les différences entre les biens ont disparu; tous sans exception, sont soumis au même régime juridique. Et pour désigner cette propriété unitaire et uniforme, on emploie un mot qui était inconnu des Romains de la fin de la République, le mot qui a donné directement naissance à notre mot moderne de propriété. Cette propriété du Bas-Empire est qualifiée de préférence dans les textes de "proprietas", et parfois le propriétaire est désormais appelé un "proprietarius".

Ainsi, on peut dire que dès le règne de Justinien est admise cette conception moderne de la propriété qui disparaîtra pendant plusieurs siècles avec le régime féodal et qui reparaîtra ensuite de nos jours.

Nous avons donné quelques notions très succinctes sur l'action en revendication et l'action publicienne.

Nous ne les étudierons pas ici en détail dans un chapitre spécial, car on ne peut pas étudier les applications d'une théorie avant de l'avoir étudiée elle-même. Or, il faut connaître la procédure pour étudier en détail les actions qui sont du domaine de la procédure.

Chapitre III.

LA COPROPRIETE.

L'indivision; ses sources.

Même dans un régime de propriété individuelle, une même chose peut appartenir simultanément à plusieurs propriétaires. On dit alors que ces personnes sont dans l'état d'indivision. Ou bien encore on dit que chacune d'entre elles a une part indivise de la chose.

Bonfante a essayé d'exprimer plus clairement

Source : BIU Cujas
Reproduction interdite

cette idée; il a essayé de toutes les manières possibles de trouver une définition plus claire de la copropriété, mais il n'y est pas arrivé.

Il y a indivision, lorsque chaque propriétaire a une part indivise de la même chose, lorsqu'il y a pour chaque propriétaire propriété partielle d'une même chose.

Il peut arriver que cet état de copropriété soit dû à la volonté des personnes intéressées, soit qu'il s'agisse d'une société où l'on met en commun certains biens, soit qu'il s'agisse d'un mur mitoyen lorsque deux propriétaires voisins construisent sur le même mur commun.

La conception ancienne de l'indivision: l'indivision pour cause de mort.

Mais un cas très ancien et très courant d'indivision, c'est l'indivision pour cause de mort; c'est, lorsque plusieurs personnes héritent d'un même bien ou d'un même patrimoine, l'indivision entre cohéritiers ou entre colégataires.

Il est extrêmement curieux de constater que dans l'ancienne Rome, on avait de la copropriété une conception très particulière qui se rattache aux idées plus anciennes de propriété collective. En effet, il résulte du nouveau fragment des Institutes de Gaius découvert en l'année 1933 que dans l'ancienne Rome on considérait que chacun des copropriétaires était propriétaire de la chose commune pour le tout et pouvait agir pour la totalité de la chose. C'est là une conception qui se rattache plutôt à l'idée de propriété collective.

Par exemple, on admettait que l'un des copropriétaires pouvait disposer librement à lui seul de la chose commune, pouvait valablement aliéner ou affranchir un esclave commun, pouvait en affranchissant cet esclave faire de tous les copropriétaires des patrons, leur faire acquérir à tous un droit de patronat. C'était là une doctrine tout à fait spéciale en matière de copropriété : un pour tous; un seul pouvait agir pour le compte de tous.

La notion moderne de l'indivision à l'époque de Q. Mucius Scaevola.

Mais aux derniers siècles de la République, dès l'époque de Quintus Mucius Scaevola, a triomphé définitivement l'idée moderne de la copropriété. Désormais, on considère que chacun des copropriétaires n'a que la propriété partielle de la chose. Son droit ne porte pas par conséquent sur toute la chose; il n'a qu'un tiers, qu'un quart, qu'un cinquième de la chose, mais tant que la chose n'est pas partagée, son droit est indivis en ce sens qu'on ne peut pas matériellement préciser quelle est la partie de la chose qui lui appartient.

La copropriété indivise se transforme en pro-

Source : BIU Cujas

priété divise par le partage qui attribue à chacun des copropriétaires la propriété individuelle exclusive d'une part de ce qui était auparavant en copropriété.

Le régime juridique de l'indivision; son caractère individualiste à l'époque classique.

Il est facile de comprendre que tant que la propriété est indivise, la situation est très complexe et qu'il faut une règlementation assez compliquée de la situation de chacun dans ses droits de copropriété. La situation est d'autant plus obscure à Rome qu'on est parti de l'idée de propriété de chacun sur le tout pour en venir à l'idée de propriété partielle de la chose par chacun des copropriétaires, et qu'avant Justinien on n'a jamais essayé de règlementer d'une manière satisfaisante les droits du copropriétaire.

Le régime de la copropriété va varier suivant que l'on envisage les actes juridiques ou les actes matériels accomplis sur la chose.

En ce qui concerne les actes juridiques, en effet, il est beaucoup plus facile de séparer chacun des copropriétaires, et on admet que du moment où il s'agit de droits qui sont divisibles, chaque copropriétaire peut disposer librement de son droit.

Droit pour chaque copropriétaire de disposer de son droit et d'hypothèquer sa part.

Chaque copropriétaire pourra par suite vendre ou donner son droit indivis dans la chose à une autre personne; cela ne soulève aucune difficulté, cela n'entraîne aucune gêne pour personne. Il pourra même hypothèquer la part qui lui revient dans la chose, ou la donner en usufruit.

Nécessité de l'intervention de tous les copropriétaires pour la constitution de droits indivisibles par nature.

Mais par contre il y a des droits qui par nature sont indivisibles, par conséquent on ne peut pas en disposer pour partie. Tel est le droit de servitude. On exerce une servitude pour le tout, on ne peut pas l'exercer pour partie. On ne peut pas constituer une servitude pour un tiers du fonds de terre; on ne conçoit pas qu'un bénéficiaire d'une servitude passe pour un tiers sur le fonds sans y passer pour les deux tiers. Ainsi, pour ce qui est des servitudes, on exige le concours de tous les copropriétaires.

De même on ne peut pas affranchir un esclave pour partie. On ne peut pas être libre pour un tiers et rester esclave pour les deux tiers. C'est pourquoi le droit classique exigeait le consentement à l'affranchissement de tous les copropriétaires. Au contraire, Justinien en matière d'affranchissement est parti de l'idée de la faveur pour la liberté, l'idée chrétienne qu'il faut favoriser de toute manière l'affranchissement des esclaves. Aussi, dans le droit de Justinien, si l'un des copropriétaires

Source : BIU Cujas

veut libérer l'esclave, on peut contraindre les autres propriétaires à consentir à cette libération moyennant le paiement d'une indemnité correspondant aux droits que ces co-propriétaires avaient sur l'esclave. Ainsi donc, moyennant le paiement d'une juste indemnité, un seul des copropriétaires sous Justinien peut affranchir l'esclave commun.

On peut également supposer, chose qui n'arrivera pas souvent, que l'un des copropriétaires abandonne sa part dans la chose commune. Un individu quelconque ne peut pas s'en emparer; la part abandonnée par l'un des copropriétaires profite nécessairement aux autres. C'est là, semble-t-il, un vestige de l'idée primitive que chacun des copropriétaires est propriétaire de la chose pour le tout, qu'il n'est limité dans sa propriété de la chose que par le droit concurrent des autres copropriétaires. Si l'un des copropriétaires se retire, automatiquement le droit des autres s'étend sur la chose tout entière.

Droit pour chaque copropriétaire de faire les actes matériels à condition de respecter le droit des autres.

Envisageons à présent les actes matériels accomplis sur la chose commune. Ici encore c'est un régime de liberté anarchique. On ne prévoit en aucune manière la coopération des copropriétaires pour une exploitation rationnelle de la chose commune. Chacun des copropriétaires peut agir de lui-même pour sa part, à condition de respecter la part d'autrui. Chaque copropriétaire peut, par conséquent, percevoir lui-même la part des fruits qui lui revient, à condition de ne pas prendre les fruits du copropriétaire; ou bien peut user de la chose d'une manière normale.

Au contraire, on considère que l'usage anormal ou abusif de la chose est illicite, que dès que l'on perçoit plus de fruits qu'il ne convient, que dès que l'on se met à construire un édifice sur un terrain non bâti, on excède son droit sur la chose et que les autres copropriétaires peuvent intervenir.

Mais comme il n'existe aucune règlementation collective, le seul droit qui appartient aux copropriétaires en cas d'initiative abusive de l'un d'entre eux, c'est le droit de s'y opposer, tant que le fait n'est pas accompli. On s'aperçoit qu'un des copropriétaires est en train de bâtir un édifice sur une terre arable, il faut immédiatement protester, déclarer : je m'y oppose. Mais si on laisse faire, le copropriétaire invoque la théorie du fait accompli et déclare qu'il n'y a plus à y revenir.

Les dépenses nécessaires.

Il n'y a qu'un domaine dans lequel on a fini par admettre, dès l'époque classique, une certaine solidarité : c'est le domaine des dépenses nécessaires. La maison commune a besoin de réparations urgentes;

Source : BIU Cujas

l'un des coprppriétaires pourra les accomplir, bien qu'il n'ait pas obtenu le consentement préalable des autres. Il y a urgence, il y a nécessité, il a le droit d'agir pour le compte de tous. Et les empereurs admettent en ce cas-là que, bien qu'il ait agi de sa seule initiative, il pourra obtenir le remboursement de ses dépenses.

Ainsi le régime classique de la copropriété est un régime d'un individualisme excessif. Aucune action ne règle les rapports entre copropriétaires, au cours de l'indivision. Chacun agit pour son compte, sans demander l'avis préalable de ses voisins. Mais chacun doit cependant respecter le droit de ses copropriétaires.

Apparition dans le droit de Justinien d'une certaine solidarité entre copropriétaires. Le rôle de l'actio communi dividundo.

Dans le droit de Justinien, au contraire, on assiste à un effort timide pour établir une certaine solidarité entre copropriétaires, pour substituer le régime de l'accord préalable au régime de l'initiative individuelle.

On pose d'autre part le principe que le juge a son mot à dire en cas de conflit. Si l'un fait une construction et que les autres s'y opposent, c'est au juge en dernier lieu à se prononcer sur le maintien ou la destruction de l'édifice.

De plus, le droit de Justinien admet qu'il y a une action qui désormais sanctionnera les rapports entre copropriétaires pendant l'indivision; cette action est l'action "communi dividundo". C'est l'action en partage des biens communs, comme son nom l'indique. Pendant tout le droit classique, cette action n'avait qu'un but : c'était à la fin de l'indivision, de partager les biens communs . On utilisait exclusivement cette action pour transformer la propriété indivise sur le tout en une propriété divise sur les différentes portions de la chose commune. Justinien , au contraire, décide que désormais cette action pourra être intentée au cours de l'indivision et qu'elle servira à règler les rapports entre copropriétaires et à fixer les indemnités qui peuvent être dues par l'un des copropriétaires aux autres. Ainsi les Romains n'ont jamais donné que des notions très imparfaites sur les rapports juridiques entre copropriétaires.

Source : BIU Cujas

Chapitre IV.

LA POSSESSION.

Utilité de l'étude de la possession à raison de son importance pour l'acquisition de la propriété.

Après avoir étudié la théorie d'ensemble de la propriété et les règles particulières de la copropriété, il semblerait logique d'étudier les modes d'acquisition de la propriété, et il peut paraître surprenant de voir introduire brusquement dans le cours de notre exposé la théorie de la possession. Cependant ceci se légitime au point de vue pédagogique par le fait qu'on ne peut pas comprendre les modes d'acquisition de la propriété sans avoir au préalable des notions suffisantes sur la possession.

En effet, trois modes d'acquisition de la propriété, dont deux sont essentiels, sont fondés sur la possession : l'occupation, n'est autre qu'une prise de possession; la tradition est une acquisition de la propriété fondée sur une remise de la possession; enfin l'usucapion et la prescription sont des modes d'acquisition de la propriété fondés sur une possession prolongée.

Il faut donc nécessairement savoir au préalable ce qu'est la possession.

Complexité de la matière.

La possession, c'est là l'une des théories les plus difficiles du droit romain, et ceci pour de multiples raisons. Non seulement il est difficile quand on débute dans les études de droit de bien saisir la différence qui existe entre la propriété et la possession, deux notions que l'on confond souvent dans le langage courant, mais il faut bien reconnaître que les Romains ont tout fait pour obscurcir la théorie.

Tout d'abord c'est là l'un de ces domaines où les jurisconsultes romains ne sont jamais parvenus à un très grand degré de perfection technique. C'est là l'un de ces domaines où les controverses entre Sabiniens et Proculiens se manisfestent le plus âprement; ils n'ont jamais pu se mettre d'accord sur ce qu'étaient exactement les règles de la possession, et, brochant sur le tout, Justinien a complètement transformé les règles de la possession, il a tout

Source : BIU Cujas

bouleversé, ce qui fait qu'il est extrêmement difficile de retrouver sous les règles du droit de Justinien le droit romain classique. La plupart des études qui ont été consacrées à la possession n'ont pas tenu compte de toutes ces indications. Pendant longtemps on s'est efforcé de justifier les obscurités du droit romain au lieu de dire hardiment que c'étaient des obscurités et des théories qui étaient peu justifiables.

D'autre part pendant longtemps on a étudié la théorie de la possession d'un point de vue exclusivement juridique au lieu de l'étudier d'un point de vue historique. Aussi les manuels anciens sur ces théories ne peuvent-ils plus guère être utiles. L'histoire de la possession a été complètement refaite depuis quelques années.

Définition générale de la possession.

Nous pouvons provisoirement définir la possession comme un pouvoir de fait exercé sur les choses par une personne, qu'elle soit ou non propriétaire de cette chose, pouvoir de fait qui correspond dans une certaine mesure au pouvoir exercé par le propriétaire lui-même sur une chose.

Sans prétention scientifique, on peut se représenter la question de la manière suivante: prenons l'exemple qui n'a rien de spécifiquement romain d'un manuel de droit et voyons les différentes circonstances où on peut être possesseur.

Tout d'abord vous pouvez être à la fois propriétaire et possesseur. Vous êtes allé acheter votre manuel chez l'éditeur, vous en avez acquis la propriété et en même temps on vous l'a remis; donc votre pouvoir de fait correspond à une situation de droit; possesseur et propriétaire.

Mais vous pouvez prêter l'usage de votre manuel à un camarade. Celui-ci exercera sur ce manuel un certain pouvoir de fait sans en être propriétaire. On dira de nos jours qu'il en a la détention.

Enfin il peut arriver qu'un individu malhonnête vous dérobe votre manuel. Il en a la possession puisque c'est lui qui désormais exerce sur ce manuel le pouvoir de fait qui correspond à la propriété, mais il n'en est pas propriétaire puisque c'est un voleur, puisqu'il s'en est emparé d'une manière illégitime.

On peut donc être possesseur sans être propriétaire, mais on peut également être à la fois propriétaire et possesseur de la chose.

Les conséquences pratiques de la possession.

Si la théorie de la possession est importante à étudier, c'est en raison des conséquences pratiques qui sont attachées à la possession.

Source : BIU Cujas

I - La protection possessoire; les interdits possessoires.

En premier lieu les magistrats romains ont protégé la possession en elle-même, abstraction faite de la question de savoir si le possesseur est ou non propriétaire. Cette protection possessoire n'est pas assurée par voie d'actions mais par voie d'interdits, les interdits possessoires.

Ces interdits permettent soit au possesseur actuel d'être maintenu en possession de la chose, soit au possesseur dépossédé par la violence, clandestinement ou à titre précaire, de recouvrer la possession perdue. Il y a donc des interdits conservatoires qui permettent au possesseur actuel de conserver la possession et il y a des interdits récupératoires qui permettent à la personne dépossédée par la violence clandestinement où à titre précaire, de recouvrer la possession perdue.

2- Modes d'acquisition fondés sur la possession.

En second lieu, la possession est à la base de trois modes d'acquisition de la propriété : occupation tradition, usucapion.

3- Rôle de défendeur du possesseur dans la revendication.

En troisième lieu le possesseur joue en cette qualité un rôle privilégié dans le procès en revendication relatif à la propriété de la chose. Sous la procédure formulaire et sous la procédure extraordinaire, on fixe d'abord la question de savoir qui est en possession de la chose dont la propriété est contestée, et celui qui est reconnu possesseur peut rester sur la défensive. La charge de la preuve incombe à celui qui n'est pas en possession et qui se prétend propriétaire de la chose. Donc, avantage pour le possesseur dans le procès en revendication.

4- Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

Enfin, le possesseur de bonne foi acquiert les fruits produits par la chose possédée de la même manière que le propriétaire, par la simple séparation des fruits. Nous allons voir dans une première section l'histoire de la possession telle que nous la concevons, telle qu'elle se dégage des études les plus récentes et de nos propres recherches.

Section I

Histoire de la possession.

Inexistence de la théorie de la possession aux origines de Rome.

Le jurisconsulte Paul au début du III° siècle nous rapporte l'opinion du jurisconsulte Nerva le fils, sur l'origine de la possession. D'après Nerva le fils, jurisconsulte proculien, le "dominium rerum", la propriété des choses, avait été historiquement précédé

Source : BIU Cujas

par la "possessio naturalis", c'est-à-dire par la maîtrise physique, de fait, sur les choses. Ceci ressemble singulièrement à certaine affirmation de Nietzsche: "Au commencement était le fait", le droit vint après .. Et Nerva le fils en voyait un vestige dans les cas d'occupation où une simple prise de possession, où le simple établissement de la maîtrise physique sur une chose, rendait propriétaire celui qui occupait ainsi ce bien sans avoir aucun droit préalable.

Cette manière de voir est théoriquement possible si l'on se place à l'origine même de la civilisation romaine, à une époque où il n'existe encore aucune notion juridique, mais on ne peut y voir l'origine historique des règles de la possession romaine; on ne peut en trouver la preuve dans les textes qui nous sont parvenus.

En effet, dès l'époque de la Loi des XII Tables, ce n'était pas la maîtrise physique des choses, mais bien le pouvoir officiellement reconnu par la loi qui était sanctionné socialement. Au point de vue historique, si l'on se place non pas à une époque hypothétique mais à l'époque où l'on connaît le droit romain, c'est le fait qu'une chose est à vous en vertu du droit des quirites qui est sanctionné et protégé par la loi. On ne part pas de la maîtrise de fait, on part d'une situation conforme au droit des quirites. Dans la loi des XII Tables, celui qui est protégé, c'est celui qui est reconnu comme légitime propriétaire de la chose. Au contraire, le précédent de la possession, le simple usage de la chose, n'est pas protégé par des actions en justice. C'est simplement le point de départ de l'acquisition de la chose par l'usage prolongé. Pendant une période d'un an ou de deux ans, celui qui a l'usage d'une chose sans avoir une situation reconnue par le droit des quirites, ne jouit pas de la protection légale.

Ainsi il n'y a en réalité aucun lien historique entre ce prétendu état de fait des origines de la civilisation romaine et la théorie de la possession telle que nous l'exposerons.

Sur ce point les opinions des auteurs modernes ne sont pas toutes les mêmes, mais le fait que dans la Loi des XII Tables on ne protège que le droit reconnu par la loi, que la situation conforme au droit des quirites, est la meilleure preuve qu'en réalité la théorie de la possession que nous étudions ne remonte pas aux origines de Rome.

La création des interdits possessoires

C'est au cours de la République que le préteur, en dehors, en marge du droit civil traditionnel, est intervenu pour protéger la situation de fait, indépen-

« Les Cours de Droit »
Source : BIU Cujas 3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Y

par le préteur au cours de la République.

damment de la recherche de la situation de droit. C'est lui qui a créé des interdits possessoires pour protéger le pouvoir de fait exercé sur les choses.

Le problème du fondement de la protection possessoire.

On a beaucoup discuté la question de savoir pourquoi le préteur était intervenu. La question du fondement de la protection possessoire est l'une de ces questions qui, au cours du XIX° siècle ont donné lieu à de véritables duels oratoires entre jurisconsultes illustres, et deux noms sont toujours prononcés à cette occasion, ceux de Ihering et celui de Savigny, le fondateur de l'Ecole historique de l'étude du droit romain.

Théorie de Savigny.

Selon Savigny, le fondement de la protection possessoire est dans l'ordre public. Le préteur est intervenu dans l'intérêt de l'ordre public, de crainte qu'à défaut d'intervention du magistrat, les particuliers ne se fassent justice à eux-mêmes. On craint la justice privée si on laisse aux particuliers le soin de régler les questions de possession, si l'on permet impunément de chasser le possesseur sous prétexte qu'il n'est pas propriétaire, ou si l'on permet impunément de reprendre par la violence un bien dont on a été dépossédé.

La théorie de Ihering.

Au contraire Ihering soutient qu'en réalité on n'a pas eu le désir de protéger le possesseur en lui-même, et pour lui la protection possessoire est en réalité le bastion avancé de la protection de la propriété. C'est dans l'intérêt bien compris du propriétaire qu'on lui aurait accordé les interdits possessoires.

Ihering raisonne de la manière suivante: normalement, c'est le propriétaire qui est en possession de sa propre chose, par conséquent normalement, c'est au propriétaire que bénéficient les interdits possessoires. L'action en revendication, sanction de la propriété quiritaire, est un instrument très lourd à manier, exigeant la preuve toujours difficile du droit de propriété, preuve que l'on a parfois qualifiée de diabolique en raison de sa difficulté. Pour dispenser le propriétaire de cette preuve délicate, on lui permet d'avoir recours aux interdits possessoires.

Il est bien vrai que dans certains cas, la protection possessoire tombe à côté, qu'on l'accorde indûment à un voleur, à un possesseur de mauvaise foi, mais ce sont là des cas exceptionnels. Il fallait bien sacrifier certains cas particuliers à l'hypothèse générale, et aux cas où la protection possessoire serait tombée sur une personne qui en était indigne, alors le propriétaire pourrait toujours avoir recours

Source : BIU Cujas

à la voie la plus difficile, intenter l'action en revendication.

Ce sont là deux très gros plaidoyers en faveur de la protection possessoire. Savigny et Ihering par leurs raisonnements ont donné des justifications aussi fortes l'une que l'autre de la protection du possesseur. Mais il ne semble pas qu'au point de vue historique ils aient vu juste. Il semble même plutôt que ce soit Savigny qui ait raison historiquement, plutôt que Ihering, car ce sont plutôt des motifs d'ordre public qui amènent le préteur à créer des interdits que le désir de renforcer la protection du propriétaire.

Mais si Savigny donne peut-être une justification historique plus exacte que Ihering, il ne semble pas non plus avoir établi le point de départ véritable de la théorie de la possession.

Hypothèse de l'origine de la protection possessoire dans la situation des terres publiques occupées par des particuliers et indépendamment de la propriété et de la défense du propriétaire.

En réalité, il ne semble pas que primitivement la théorie romaine de la possession ait doublé la théorie de la propriété. Il est même impossible primitivement, semble-t-il, que le préteur ait pu songer à protéger le propriétaire en protégeant le possesseur, car, si mes vues sont exactes, la théorie de la possession et de la protection possessoire a précisément son origine dans la situation de biens qui n'étaient pas soumis à la propriété quiritaire.

Nous avons dit en effet que pendant des siècles, une bonne partie des terres de l'Italie étaient soumises au régime de l'"ager publicus". C'étaient des terres qui étaient occupées par les particuliers sans que ceux-ci en deviennent propriétaires. Voici une situation tout à fait particulière. Il n'existe aucune action en droit privé pour protéger les occupants. Par conséquent, aucun recours légal contre les actes de dépossession, contre les usurpations entre occupants de terres publiques. N'est-ce pas là la situation précise dans laquelle, abstraction faite de toute idée de propriété, le magistrat romain, qui a pour mission de faire régner l'ordre public, devait intervenir ? Il n'y a pas de question de propriété ou de non propriété, de savoir si on protègera le propriétaire ou si on protègera le possesseur, puisque ces biens ne sont pas soumis à la propriété privée. Il y a simplement nécessité pour le magistrat d'assurer l'ordre public sur les terres qui appartiennent à l'Etat et qui sont occupées légitimement par des particuliers.

Non seulement au point de vue logique l'hypothèse est séduisante, mais au point de vue étymologique, elle se justifie également, car les grammairiens nous disent que le mot "possession" a été an-

Source : BIU Cujas

ciennement utilisé pour désigner les terres publiques occupées par des particuliers. C'est donc bien ces terres publiques occupées par les particuliers qui ont été lespremières soumises au régime de la protection possessoire, puisque même dans la langue on avait en quelque sorte confondu à un certain moment le pouvoir de fait exercé sur les biens avec les terres publiques qui faisaient l'objet de ce pouvoir de fait. Contrairement donc à l'opinion de Ihering, la théorie de la possession et de la protection possessoire, apparaît originairement entièrement indépendante de la propriété et de la défense du propriétaire.

Extension de la protection possessoire à tous les cas de propriété privée sur le terrain exclusivement pratique et sans arriver à une théorie générale.

Mais, par la suite, cette théorie de la protection possessoire parut aux magistrats et aux jurisconsultes digne d'être étendue à tous les cas de propriété privée. Tant bien que mal on adapta ces notions à un domaine d'application de plus en plus étendu, tant au point de vue des biens susceptibles de possession que des situations juridiques dans lesquelles on protègerait le possesseur.

La théorie romaine de la possession devait toujours se ressentir de ce fait qu'elle s'est élaborée sur un terrain exclusivement pratique, qu'elle était faite d'éléments disparates, de pièces et de morceaux qui, il faut le reconnaître, n'ont jamais été recollés ensemble suffisamment pour faire un tout vraiment unitaire, pour faire une règle théorique vraiment complète et parfaite.

Persistance à l'époque classique de certaines solutions pouvant se rattacher à l'origine historique proposée de la protection possessoire. Le gage et le précaire.

Ce qui prouve que l'origine de la théorie de la possession n'est pas de doubler la propriété, et en même temps ce qui est un indice de son lien avec la théorie de l'occupation des terres publiques, c'est que même dans le droit romain développé on a toujours protégé comme de véritables possesseurs, des personnes qui n'ont aucune prétention à la propriété de la chose et qui par l'acte même qui les lie au propriétaire témoignent de leur volonté de ne conserver la chose que d'une manière temporaire.

L'un de ces cas est celui du créancier gagiste. Le créancier gagiste est la personne qui a contracté avec un débiteur à qui il a prêté par exemple une somme de 10.000 sesterces et qui, en garantie de sa créance, a reçu en gage un objet d'une certaine valeur. Ce créancier gagiste n'a aucune prétention à la propriété de la chose. Il est tout prêt à restituer la chose quand sa créance aura été remboursée. Et cependant il est considéré comme un possesseur, il bénéficie des interdits possessoires.

Il en est de même du précariste, et ici le rôle même excessif, peut-on dire, en apparence que joue le

Source : BIU Cujas

théorie du précaire en matière de possession, montre bien l'origine dans la protection des terres publiques. On appelle précariste la personne qui a reçu un bien foncier ou une chose à titre précaire, c'est-à-dire en vertu d'une concession révocable à tout moment. Ceci n'a pas une grosse importance en droit romain classique, mais ceci nous ramène à l'époque où les patriciens occupaient de vastes étendues de terres publiques et avaient encore sous leur autorité des clients. Les premiers précaristes, ce sont les clients à qui les patriciens rétrocédaient à titre précaire certaines parcelles des terres publiques occupées.

C'est cet état ancien qui explique pourquoi on tient compte du précaire d'une manière toute spéciale en matière de possession. D'une part, il existe un interdit spécial pour permettre au concédant de reprendre le bien qu'il a concédé à titre précaire. Cela ne se justifierait pas en droit classique, cela se justifie par l'importance du précaire dans l'ancienne société romaine. D'autre part, on permet au précariste de se faire protéger lui-même, bien que sa situation soit extrêmement faible puisqu'on peut révoquer la concession à tout moment; le précariste bénéficie comme le créancier gagiste de la protection possessoire.

Au point de vue historique, l'origine que nous donnons à la possession et aux interdits possessoires est plus qu'une simple hypothèse; il y a commencement de preuve par les textes.

Extension de la protection possessoire à tous les immeubles, aux esclaves, puis aux autres meubles. L'interdit utrubi.

Mais ensuite le préteur a accordé la protection possessoire à tous les biens fonciers, qu'ils soient ou non mis au régime des terres publiques. Dès les derniers siècles de la République, toutes les terres, même soumises à la propriété quiritaire, sont protégées par les interdits possessoires. Puis la théorie de la possession et des interdits possessoires fut étendue aux biens mobiliers, d'abord aux esclaves, puis à toutes les choses mobilières quelles qu'elles soient.

Cependant on trouve dans l'interdit "utrubi", que l'on appelle ainsi du premier mot de la formule de l'interdit, "lequel des deux", la trace du développement lent et progressif de la théorie possessoire en matière de biens mobiliers. En effet, l'interdit a vu sa formule définitive fixée à un moment où la protection possessoire ne s'appliquait encore qu'aux esclaves et où la notion de la possession des meubles n'était pas dégagée. En effet, dans l'interdit "utrubi" il n'est question que d'esclaves dans la formule type et il n'est pas encore question de possession.

Source : BIU Cujas

Différence par conséquent entre le droit romain et le droit germanique. Dans le droit germanique, la théorie de la possession est essentiellement d'origine mobilière. La théorie de la possession germanique est fondée sur la possession des meubles et on en trouve encore de nombreuses traces dans notre droit français moderne. La théorie de la possession romaine est au contraire fondée sur la possession des biens fonciers et n'a été étendue que par la suite et d'une manière incomplète à la possession des biens mobiliers.

Les premières tentatives de la fin de la République de classification rationnelle des possesseurs. Le titre de possession et la prise de possession.

Nous voici arrivés au dernier siècle de la République, à l'époque où tous les biens désormais sont soumis à la théorie de la possession et protégés par des interdits possessoires. Nous sommes à l'époque de Quintus Mucius Scaevola et de Servius Sulpicius, par conséquent à l'époque où apparaissent les premières tentatives de claissification rationnelle des situations juridiques ou des situations de fait, et c'est pourquoi on va s'efforcer de classer les possesseurs suivant le fondement de leur possession, suivant la "causa possessionis". Mais remarquons bien que ces jurisconsultes ne recherchent pas uniquement d'une manière rationnelle le fondement de la possession. Ils se placent pour faire cette recherche au moment même où la personne envisagée entre en possession, prend possession de la chose, ce qui fait qu'il y a une certaine confusion entre le titre de possession et la manière dont on prend possession, alors qu'en réalité ce sont deux choses dfférentes. Théoriquement, vous pouvez avoir une prise de possession vicieuse tout en ayant un juste titre de possession. Donc, deux questions qui devraient théoriquement être séparées, mais qui sont dans une certaine mesure confondues par les jurisconsultes du dernier siècle de la République. C'est pourquoi ils considéraient la possession comme injusta, alors même qu'elle était fondée sur un juste titre, du moment où l'entrée en possession était affectée d'un vice.

Du principe que nul ne peut changer soi-même son titre de possession.

D'autre part, les jurisconsultes du dernier siècle de la République avaient posé le principe suivant: Nul ne peut changer lui-même de sa propre autorité la cause de sa possession. Ceci veut dire que l'on ne peut pas sans s'être entendu au préalable avec une autre personne, sans avoir conclu un acte juridique avec une autre personne, déclarer qu'on ne possède plus la chose au même titre qu'auparavant.

Par exemple, vous avez reçu une chose à titre de dépôt; vous ne pouvez pas du jour au lendemain proclamer que vous en êtes le légitime possesseur en qualité d'héritier du propriétaire. Vous restez bon gré, mal gré, dépositaire malgré votre déclaration de volonté unilatérale.

Source : BIU Cujas

Mais ce principe posé par les jurisconsultes de la fin de la République devait être limité dans sa portée d'application par les jurisconsultes proculiens suivis par le jurisconsulte Paul au III° siècle.

La possession à l'époque classique. Les divergences entre Sabiniens et Proculiens; leur survivance chez Ulpien et Paul.

Nous arrivons à l'époque classique. Il faut suivre pas à pas la formation et les vicissitudes de la possession puisque, suivant l'époque, tout change.

Si nous nous plaçons dans le droit du Haut-Empire, nous constatons que l'accord ne règne plus chez les jurisconsultes et que l'on cherche en vain à dégager une opinion commune de ceux-ci sur la possession. On peut rattacher, semble-t-il, à la division des écoles proculienne et sabinienne ces divergences que nous trouvons, en remarquant d'ailleurs qu'Ulpien continuera à suivre la doctrine sabinienne tandis que Paul au contraire se ralliera à la doctrine proculienne. En effet, si les deux écoles de jurisconsultes s'éteignent en tant qu'écoles au cours du II° siècle ap. J.C.-, il semble que sur certains points Ulpien suit de préférence la doctrine sabinienne tandis que Paul, au contraire, suit de préférence les doctrines proculienne.

Divergence entre les deux écoles sur l'importance à accorder au caractère juste ou injuste de la possession et sur le principe qu'on ne peut changer soi-même son titre de possession.

Ulpien continue à attribuer comme les Sabiniens une importance fondamentale au caractère injuste ou juste de la possession, et les Sabiniens comme Ulpien soutiennent que deux personnes peuvent posséder simultanément la même chose pour le tout, du moment où l'une a une possession juste et l'autre une possession injuste. On possède du moment qu'on a à sa disposition un interdit possessoire. Ainsi, celui qui a été dépossédé d'une manière vicieuse continue à avoir un interdit récupératoire pour reprendre la possession; il continue à posséder justement du fait qu'il a cet interdit récupératoire. Quant à celui qui l'a dépossédé en s'emparant de la chose par la violence, il possède d'une manière injuste; il a à sa disposition dans une certaine mesure les interdits conservatoires; lui aussi possède. Il y a donc deux personnes qui possèdent simultanément la même chose: celui qui a été dépossédé par la violence (possession juste) et celui qui possède d'une manière vicieuse (possession injuste).

De même que les jurisconsultes de la fin de la République, Ulpien continue à admettre que la théorie suivant laquelle on ne peut changer la cause de la possession, s'applique à la simple détention comme à la possession proprement dite. Au contraire, les Proculiens veulent tout changer et leurs théories sont poussées à l'extrême dans les oeuvres de Paul.

Les Proculiens soutiennent exactement le contraire des Sabiniens. Ils déclarent qu'il est absurde de soutenir que l'on puisse posséder à deux simul-

Source : BIU Cujas

tanément la même chose, pas plus qu'on ne peut simultanément être propriétaire à deux de la totalité d'une même chose; du moment où il y a une personne qui la possède, la personne qui possédait auparavant ne possède plus. Pour eux - et ici il faut bien reconnaître que, contrairement à la dernière théorie sur ces écoles, ce sont les Proculiens et non pas les Sabiniens qui sont matérialistes - celui qui possède, c'est exclusivement celui qui a la maîtrise de fait sur les choses. Ainsi donc pour eux, du moment où on a été dépossédé, même si l'on a encore un interdit récupératoire, on ne possède plus. La possession est nécessairement liée à la maîtrise physique de la chose.

Par suite, les Proculiens diminuent l'importance du caractère juste et injuste de la possession. Ils font remarquer qu'en réalité cette question ne présente d'intérêt que dans les rapports entre le possesseur actuel et une personne déterminée, la personne qui a été dépossédée injustement; qu'il n'y a qu'une seule personne qui puisse intenter les interdits récupératoires, tandis qu'au contraire le possesseur actuel est protégé contre tous sauf contre cette personne. Enfin, ils tendent à limiter la théorie traditionnelle sur le changement de la cause de la possession, en la restreignant à la théorie de la possession proprement dite, par opposition à la simple détention.

Pour reprendre l'exemple de tout à l'heure, étant donné qu'un dépositaire est un simple détenteur, ils admettent très bien que ce simple détenteur déclare du jour au lendemain que désormais il est possesseur en qualité d'héritier, puisque pour eux, c'est seulement dans les limites de la possession proprement dite que s'applique le principe qu'on ne peut pas changer de sa propre autorité la cause de sa possession.

Ainsi, le droit classique ressemble en matière de possession à un champ clos où les écoles de jurisconsultes se disputent et ne peuvent se mettre d'accord, et l'on admire la bonne volonté des jurisconsultes du XIX° siècle qui, en présence de telles oppositions, s'efforçaient de construire sur les textes romains classiques une théorie harmonieuse de la possession.

Le souci des nécessités pratiques chez les jurisconsultes classiques.

Il faut enfin ajouter, pour compléter le tableau des difficultés, que les jurisconsultes romains de l'époque classique, ne partant jamais des principes pour en tirer des conséquences de fait, mais partant au contraire des faits et des nécessités pratiques pour élaborer leurs théories juridiques, se soucient parfois fort peu dans les applications pratiques des principes généraux que l'on pourrait poser. Ils n'hésitent pas à dire que telle ou telle solution n'est pas en harmonie avec les principes, mais qu'on doit l'admettre cependant, car elle se justifie par un

Source : BIU Cujas

but d'utilité pratique.

Tantôt les jurisconsultes romains justifient leurs solutions pratiques par des principes; tantôt au contraire ils justifient les solutions contraires aux principes par l'utilité, par des raisons de nécessité pratique. Mais ici encore difficulté pour les historiens modernes, du fait que les gens du Bas-Empire, au contraire, seront des théoriciens qui essaieront de fonder toute la théorie de la possession sur des principes généraux. Il y a des cas où il s'agit en droit classique d'une exception aux règles générales, justifiée par l'utilité pratique, mais où au Bas-Empire on aura transformé l'exception en une règle générale. Un cas pratique de l'époque classique sera l'origine d'un principe général nouveau du droit de Justinien.

La théorie de la possession au Bas-Empire. Substitution de l'idée de légitimité au souci des nécessités pratiques. Importance attachée à la notion de bonne foi en matière de possession. Le droit de possession par opposition à la possession corporelle.

Avec le droit du Bas-Empire, c'est une phase entièrement nouvelle qui s'ouvre en matière de possession. Tout le droit classique avait été dominé en matière de possession par l'idée d'ordre public, par l'idée qu'il fallait tenir compte des nécessités pratiques. Au contraire, dès le début du Bas-Empire, c'est la notion d'honnêteté, de légitimité qui l'emporte en matière de possession. La distinction de la possession de bonne ou de mauvaise foi, qui n'avait qu'un intérêt limité auparavant, va dominer désormais toute la question. On va essayer de grouper sous la dénomination de possesseurs de bonne foi tous ceux dont la possession est justifiée, tandis qu'au contraire on qualifiera de possesseurs de mauvaise foi et l'on regardera avec soupçon et mépris ceux dont la possession n'est pas justifiée, ceux d'autre part qui ont pris la possession d'une manière vicieuse, par la violence, clandestinement ou à titre précaire. C'est par conséquent dans le droit du Bas-Empire que tout le monde est placé désormais bon gré mal gré, sous la rubrique des possesseurs de bonne foi ou des possesseurs de mauvaise foi.

Ces notions nouvelles apparaissent d'ailleurs très tôt dans les textes, dès l'époque même de Constantin. Alors que jusque-là la possession était toujours considérée comme un fait, comme un pouvoir de fait, on va désormais considérer qu'il existe pour les possesseurs de bonne foi un véritable droit de possession. On va pour la première fois opposer le "droit de possession", à la possession purement matérielle, à la possession corporelle. Et l'on considèrera que le véritable possesseur, c'est celui qui a le droit de posséder la chose, tandis qu'au contraire celui qui la possède physiquement, sans droit, n'est pas un véritable possesseur, malgré sa détention matérielle.

CJ VII, 32, 10

L'influence des idées religieuses et morales sur

Source : BIU Cujas

cette nouvelle conception de la possession se manifeste dans le fait que des idées de même nature que celles exprimées par la constitution de Constantin se retrouvent à la fin du IV° siècle dans les oeuvres de Saint Augustin.

Nous avons ainsi essayé en utilisant au mieux les textes romains, de tracer aussi exactement que nous le pouvions, l'histoire de la possession en montrant toutes ses vicissitudes.

Nous allons à présent nous placer à un autre point de vue, non plus au point de vue historique pur, mais au point de vue juridique, en étudiant les règles de la possession à deux moments déterminés: d'une part en droit classique, puis ensuite dans le droit de Justinien. La théorie de la possession est si complexe, si difficile à saisir, qu'on ne peut la dominer qu'en envisageant successivement sous les deux angles que nous faisons, d'une part dans son évolution historique complète, puis en s'arrêtant à deux moments de l'évolution, les deux moments capitaux, le droit classique et le droit de Justinien.

Section II

La théorie de la possession en droit classique.

Trois types de possession: possessio naturalis, possessio (ad interdicta), possessio civilis.

On distingue en droit classique trois types de possession: la possessio naturalis, ou corporalis; la possessio, tout court, que les modernes qualifient de "possessio ad interdicta", possession se rattachant aux interdits; et enfin la "possessio civilis", la possession reconnue par le droit civil.

Il faut d'ailleurs remarquer que si l'on éprouve le besoin de compléter deux des expressions sur trois chez les jurisconsultes romains, c'est parce que la possession par excellence, la possession proprement dite, la possession tout court, c'est la "possessio", c'est-à-dire le pouvoir de fait protégé par les interdits; tandis qu'au contraire si l'on ajoute au mot "possessio", le mot "corporalis" ou "naturalis", d'une part, ou "civilis" d'autre part, c'est parce que pour les jurisconsultes classiques, ce n'est pas la véritable possession, ce sont des situations particulières

1.- La possessio naturalis ou corporalis, possession naturelle ou possession corporelle.

Possessio naturalis ou

Il ne s'agit pas à proprement parler ici de possession aux yeux des Romains classiques. C'est ce que

Bibliothèque Cujas

détention, lien physique entre une chose et une personne.

l'on appelle de nos jours la simple détention. C'est le simple fait de détenir matériellement une chose, de l'avoir physiquement à sa disposition.

On range pêle-mêle dans cette situation toutes sortes de personnes dont le seul lien commun, c'est de détenir physiquement une chose. Certaines de ces personnes ont la volonté de détenir la chose, sans avoir vraiment la volonté de la posséder pour leur compte; certaines autres personnes n'ont même pas la volonté de détenir la chose, étant juridiquement incapables d'exprimer une volonté. Il y a alors un simple lien physique entre la chose et la personne envisagée.

Les détenteurs.

Parmi les détenteurs, on range le fermier, le locataire, le dépositaire ordinaire, le commodataire, c'est-à-dire celui qui a reçu un prêt à usage, par opposition au prêt de consommation; le commodataire, par exemple l'étudiant de tout à l'heure à qui vous avez prêté votre manuel à charge de vous le rendre intact le lendemain. C'est également, bien que les mots jurent littéralement, le cas de l'envoyé en possession par le préteur; les jurisconsultes classiques se livrent à de belles démonstrations pour vous prouver que celui qui a été envoyé en possession, n'est pas un possesseur; il n'a que la simple détention aux yeux des jurisconsultes classiques.

Enfin, c'est le cas des personnes qui sont incapables de posséder pour elles-mêmes, tels le fils de famille ou l'esclave. Le fils de famille ou l'esclave qui détient matériellement une chose, ne la possède pas personnellement.

2. La possession proprement dite.- ad interdicta

La possession proprement dite sanctionnée par les interdits.

C'est la véritable possession pour les jurisconsultes romains. C'est sur le terrain de la possession proprement dite qu'ils posent les règles de l'acquisition et de la perte de la possession. C'est la possession protégée par les interdits. Il y a donc un lien direct, nécessaire, aux yeux des jurisconsultes romains, entre la notion proprement dite de possession et la protection possessoire.

Les possesseurs.

Sont possesseurs en premier lieu ceux qui possèdent légitimement la chose: d'une part le propriétaire, d'autre part le possesseur de bonne foi, c'est-à-dire celui qui a cru traiter avec le légitime propriétaire et qui croit honnêtement qu'il est qualifié pour posséder la chose.

Mais c'est également le cas du précariste, du créancier gagiste et du dépositaire séquestre, qui sont protégés par le préteur, mais dont la qualité de possesseur ne peut se justifier que par les circonstances historiques, et non par les théories juridiques des auteurs modernes.

Source : BIU Cujas

Enfin, ce sont tous les individus que Ihering considère avec suspicion: ce sont les voleurs et d'une manière générale tous les possesseurs de mauvaise foi, tous ces gens qui savent parfaitement bien qu'ils n'ont aucune qualité pour posséder la chose mais qui se complaisent dans leur situation injustifiée et prétendent la conserver.

Tous ces individus sont protégés par le fait seul qu'ils exercent le pouvoir de fait sur la chose sans qu'on ait à rechercher s'ils sont justifiés à exercer ce pouvoir de fait. La seule personne qui peut victorieusement l'emporter contre les possesseurs sur le terrain des interdits, c'est la personne à l'égard de laquelle leur possession est vicieuse.

Prenons l'exemple du voleur: c'est seulement la personne à qui il aurait dérobé la chose qui pourrait triompher sur le terrain possessoire.

Ou bien encore le précariste est protégé à l'égard de tous sauf vis-à-vis de celui qui lui a conféré le bien à titre précaire.

Ou bien encore celui qui a été chassé par la violence du bien foncier par un possesseur de mauvaise foi est le seul qui ait un interdit pour reprendre la chose et qui puisse triompher de cet individu.

Ainsi, parmi les possesseurs protégés par les interdits, il en est qui ont un juste titre et il en est qui au contraire ont une possession qui ne se justifie en aucune manière. Il y a des gens qui n'ont aucun titre ou qui ont un titre nul. C'est le cas par exemple, pour le titre nul, des donations entre époux; quand on demande à la femme à qui son mari a fait un cadeau pourquoi elle possède cette bague ou ce coffret, elle répond: parce que mon mari me l'a donné. Mais cela n'est pas un juste titre, puisqu'une donation entre époux est radicalement nulle. Aussi on range tous ces gens-là au point de vue du juste titre, de même que les possesseurs de mauvaise foi ou les voleurs, dans la catégorie de ceux qui possèdent en qualité de possesseurs, car en réalité la seule réponse qu'ils peuvent faire vraiment quand on leur demande pourquoi ils possèdent, c'est qu'ils possèdent parce qu'ils possèdent; ils légitiment leur possession par la situation de fait. C'est la théorie qui est condamnée si on veut par le droit, mais qui en droit international reparaît, hélas, de temps en temps dans les faits!

C'est à propos de la "possessio" proprement dite qu'en droit classique il faut rechercher les éléments constitutifs de la possession, les modes d'acquisition et de perte de la possession, puisque c'est la possession protégée par les interdits qui est seule la véritable possession.

Soulas: éléments

I. Les auteurs modernes en droit civil conti-

de la possession à l'époque classique.

nuent encore à parler comme à Rome de deux éléments de la possession: le "corpus" et l'"animus", un élément matériel et un élément intellectuel. Pour posséder, il faut réunir par conséquent l'élément physique et l'élément intellectuel.

1) Le corpus.

Tout le monde est d'accord pour admettre que le "corpus", c'est le fait d'avoir la chose à sa disposition physique; réserve faite de parler de "corpus" uniquement, les Romains disant plutôt que l'on possède "corpore", par l'appréhension matérielle de la chose; mais ne changeons pas les habitudes séculaires et continuons à parler de "corpus" et d'"animus". Il y a donc nécessairement comme élément constitutif de la possession un établissement d'un rapport de fait, l'existence d'un rapport de fait entre le possesseur et la chose possédée.

2) l'animus, controverse sur le sens de ce terme.

Au contraire, en ce qui concerne l'"animus", l'intention de celui qui possède, Ihering et Savigny ont également dans une controverse fameuse discuté de sa nature exacte.

La conception de Savigny: l'animus domini et la possession dérivée.

D'après Savigny, l'"animus" requis pour la possession, n'est autre que l'"animus domini", c'est-à-dire la volonté de se comporter vis-à-vis de la chose comme un propriétaire. Le possesseur aurait normalement la volonté d'être propriétaire. Mais Savigny est bien obligé de reconnaître qu'il y a des cas où une personne est protégée par les interdits, bien qu'elle n'ait pas la volonté de se comporter vis-à-vis de la chose en propriétaire, et alors Savigny s'en tire par l'idée de possession dérivée. Il déclare que s'ils sont protégés ce n'est pas parce qu'ils ont eux-mêmes la volonté de se comporter en propriétaires, mais parce qu'ils ont bénéficié d'une concession tacite de la possession du véritable possesseur.

La conception de Ihering, l'animus, intention d'avoir le corpus.

D'après Ihering, au contraire, l'"animus" du possesseur ne se distingue pas vraiment de l'"animus" du détenteur. On n'exige pas l'intention de se comporter en propriétaire, on requiert simplement la volonté de détenir matériellement la chose; l'"animus", c'est simplement l'intention d'avoir le "corpus".

Mais alors Ihering rencontre des personnes qui, tout en ayant cette intention de détenir la chose, ne sont pas protégées par les interdits, et alors lui aussi est obligé d'expliquer cette anomalie par une exception. Il déclare que c'est une exception qui se justifie par les circonstances de fait, en particulier par la situation inférieure de certains détenteurs.

Ainsi Ihering et Savigny, tous les deux, imaginent une belle théorie de l'"animus" et sont obligés par un détour savant d'essayer d'expliquer pourquoi elle ne s'applique pas aux faits, l'un par la théorie de la possession dérivée, l'autre par l'idée qu'il

Source : BIU Cujas

faut tenir compte des situations de fait exceptionnelles.

Si l'on rappelle toujours cette controverse fameuse, c'est parce qu'elle a eu une influence profonde sur les Codes modernes, et que suivant les législations, on exige du possesseur l'intention de se comporter en propriétaire ou que l'on protège la simple détention.

Caractère artificiel de ces conceptions. La concession des interdits à tous ceux qui ont l'intention de conserver temporairement ou définitivement la chose pour leur propre compte.

Au contraire, pour le droit romain, ces théories sont bien périmées. Elles supposent que les Romains seraient partis de la théorie pour en venir aux faits, alors que les Romains sont toujours partis des faits pour essayer ensuite d'en dégager une théorie. Jamais les Romains n'avaient médité sur la théorie de l'"animus" lorsqu'ils introduisirent les interdits possessoires. Le préteur n'avait jamais dans son cabinet de travail ou sur son siège curule essayé de déterminer ce qu'était l'"animus" pour ensuite déclarer: tous ceux qui auront cet "animus" seront protégés. Il n'avait eu en vue au contraire que des catégories de personnes existant réellement dans la pratique. Il avait estimé qu'il y avait des créanciers gagistes, des précaristes, des possesseurs de bonne foi, etc,.. qui méritaient d'être protégés; il avait accordé dans tous ces cas des interdits possessoires. Il n'estimait pas qu'il y avait lieu de protéger directement les fermiers ou les locataires, il ne les avait pas protégés .

Ainsi la protection possessoire étant antérieure à l'élaboration de la théorie de la possession, on s'était fort peu soucié au début de la théorie de l'"animus".

Aussi ne faut-il pas s'étonner que cette théorie ne coïncide pas avec les idées de Ihering ou de Savigny et qu'au fond on en arrive à une solution extrêmement élementaire et extrêmement simple: l'"animus" requis pour être protégé, c'est tout simplement l'intention de posséder. Le préteur protège tous ceux qu'il considère comme possesseurs, et ces possesseurs, ce sont ceux qui ont l'intention de conserver temporairement ou définitivement la chose pour leur propre compte, qui ont besoin et qui ont le désir de la protection possessoire.

Les textes parlent non pas d'intention d'être propriétaire, ou bien de simple intention de détenir la chose, ils parlent de l'"animus possessionis" ou de l'"animus possidendi", ainsi donc de l'intention de posséder.

Cette volonté de posséder, de conserver la chose, n'existe pas aux yeux du préteur chez des gens comme les fermiers ou les dépositaires, ou bien encore chez les gens qui ont simplement la garde de la chose.

Source : BIU Cujas

Et même il y a des gens qui n'ont aucune intention, par exemple les enfants en bas-âge: ils sont absolument incapables d'avoir la volonté ou de posséder ou de détenir une chose.

II. Acquisition de la possession corpore et animo.

II. L'acquisition de la possession.

Pour acquérir la possession, il faut simultanément en principe acquérir la maîtrise physique de la chose et avoir la volonté de la posséder. Les jurisconsultes romains ne disent pas qu'il faut acquérir le "corpus" et l'"animus"; ils s'expriment à l'ablatif; ils déclarent que l'on acquiert la possession "animo et corpore", par la volonté et par l'établissement du rapport physique entre la personne du possesseur et la chose possédée.

Notons d'ailleurs qu'exceptionnellement on pourra devenir possesseur par la simple volonté de posséder dès l'instant où l'on avait auparavant la détention de la chose.

Supposons un dépositaire qui achète au propriétaire la chose déposée; en qualité de dépositaire, il détient déjà la chose; il avait l'élément physique de la possession; par le contrat de vente conclu avec le propriétaire il manifeste la volonté de ne plus être un simple détenteur, mais un véritable possesseur. Par conséquent, l'intention vient s'unir à la détention physique de la chose pour le rendre possesseur.

Examinons successivement les difficultés que soulève l'acquisition de l'élément physique et celles relatives à l'acquisition de l'élément intellectuel.

I. Acquisition du corpus. Rematérialisation progressive de l'acte d'appréhension.

Il faut tout d'abord, avons-nous dit, établir son pouvoir physique sur la chose possédée. Anciennement il fallait qu'un contact physique soit établi entre la chose possédée et le possesseur. Il fallait vraiment une appréhension matérielle de la chose. Mais ensuite les conceptions s'affinent. On admet qu'un possesseur peut établir son pouvoir physique sur la chose sans la toucher matériellement. Tel cet acquéreur de denrées à qui on remet les clés du magasin qui les contient en lui montrant le magasin de loin. Tel est également cet acquéreur d'une propriété foncière, qui monte avec l'aliénateur en haut d'une tour d'où on lui montre de loin les limites de la propriété foncière qu'il acquiert. Il y a cependant encore appréhension physique de la chose, qui ne résulte plus du toucher, mais qui résulte des yeux. On peut posséder non seulement par contact matériel, mais par l'oeil. C'est l'acquisition de l'élément physique de la possession par la vue de la chose possédée.

Acquisition du corpus par l'intermédiaire d'un tiers.

D'autre part, on a admis d'une manière relativement facile que l'on puisse acquérir par l'intermédiaire d'autrui l'élément physique de la possession. En effet, surtout dans le monde romain où les chefs de famille sont en nombre limité et ont beaucoup de

Source : BIU Cujas

sonnes sous leur dépendance, on ne pouvait pas rigoureusement exiger que ce soit le chef de famille en personne qui appréhende les choses dont il voulait devenir possesseur. Mais jusque dans le droit de Justinien on n'a pas admis que l'élément physique de la possession puisse être acquis par une personne libre quelconque, entièrement indépendante.

On a tout d'abord admis l'acquisition de l'élément physique par les personnes subordonnées au chef de famille, légalement subordonnées: le chef de famille envoie son esclave ou son fils prendre possession d'une chose. Puis, on l'a admise par l'intermédiaire d'administrateurs de tout ou partie du patrimoine. Le chef de famille a un procurateur chargé de l'administration d'un domaine, il pourra acquérir l'élément physique de la possession par l'intermédiaire de son intendant ou de son procurateur. Le tuteur de son côté, administrateur des biens du pupille, pourra acquérir l'élément physique de la possession pour le compte de son pupille.

2. L'élément intellectuel; son existence dans la personne de l'acquéreur. La volonté préconçue du maître dans l'acquisition de la possession au titre de pécule.

Il faut d'autre part avoir la volonté d'acquérir la possession de la chose que l'on détient, et en ce qui concerne cet élément intellectuel, les Romains ont eu beaucoup de mal à admettre qu'il puisse exister en la personne d'un autre individu que celui qui allait devenir possesseur.

Cependant, les Sabiniens s'en tiraient en ce qui concerne le pécule des "alieni juris" et les acquisitions faites par les procurateurs, par les intendants généraux d'un domaine, par l'idée de volonté exprimée d avance: en concédant le pécule ou en chargeant l'intendant d'administrer le domaine, le chef de famille avait d'avance exprimé la volonté d'acquérir la possession de toutes les choses acquises au titre du pécule ou acquises par le procurateur. C'était une manière élégante de résoudre le problème. On ne pouvait pas se passer de la volonté du chef de famille, mais on supposait que d'avance il avait exprimé la volonté d'acquérir toutes les choses acquises par l'"alieni juris" ou par le procurateur.

Mais au III° siècle, cela devient plus difficile en ce qui concerne le pécule, car les conceptions du pécule ont changé. Au III° siècle ap. J.C.- l'existence du pécule est indépendante de la volonté du chef de famille. La théorie du pécule est rattachée à la personnalité de l'"alieni juris". Alors on ne peut plus dire que le chef de famille a manifesté d'avance la volonté de devenir possesseur de tous les biens acquis au titre du pécule, puisque l'existence de ce pécule ne dépend plus de sa volonté.

Source : BIU Cujas

Certains auteurs, faute de tenir compte de l'évolution qui s'est faite dans le pécule, n'ont pas compris la question et ont déclaré que les textes étaient interpolés, manière facile de s'en tirer. En réalité, il y a eu simplement transformation dans la conception romaine du pécule. Désormais, du moment où on ne peut plus expliquer les acquisitions au titre du pécule par la volonté pré-établie du chef de famille, on déclare tout simplement que c'est une exception à la règle générale, et que dans un but d'utilité pratique, on a permis au chef de famille d'acquérir la possession par la volonté des "alieni juris", bien que ce ne soit pas conforme aux principes.

III. Perte de la possession par abandon volontaire de la chose.

III. La perte de la possession. Il est relativement facile de perdre la possession d'une chose. Tout d'abord, il va de soi que l'on cesse de posséder une chose, dès l'instant où l'on perd le contrôle physique de cette chose, tout en ayant la volonté de ne plus posséder. Tel le chef de famille qui abandonnait l'esclave vieux et malade dans l'île d'Esculape; il abandonnait matériellement l'esclave et d'autre part, par cet abandon, il avait manifesté sa volonté de ne plus le posséder.

Perte involontaire de la possession.

Mais il y a des cas également où l'on perd involontairement la possession, si l'on est dépouillé malgré soi de l'élément physique de cette possession.

Transformation de la possession en simple détention.

Enfin, on admet même que tout en détenant matériellement la chose, on cesse de la posséder dès l'instant où on ne veut plus la posséder. Le contact matériel subsiste, mais la volonté du possesseur a changé; il n'est plus possesseur, il n'a plus que la "possessio naturalis", la détention physique de la chose.

Mais on ne pouvait pas appliquer rigoureusement ces principes à peine d'aboutir à des conséquences pratiques ridicules.

Cas où l'on conserve la possession, bien que la chose soit matériellement aux mains d'un tiers.

Tout d'abord, on a dû admettre que nécessairement on pouvait conserver la possession bien que l'élément physique soit aux mains d'une autre personne. On permet au possesseur de conserver l'élément physique de la possession par l'intermédiaire d'un fermier. Le propriétaire foncier continue à posséder sa terre bien qu'elle soit exploitée par un fermier; et même, dans un but d'utilité pratique, on a déclaré que la mort du fermier n'impliquait pas immédiatement la perte de la possession du propriétaire foncier, tant qu'un intrus n'avait pas envahi le fonds de terre.

D'autre part, il y a toute une série de cas pratiques où la perte de la possession ne peut pas être immédiate. Supposons que, tandis que le chef de famille est en train de contempler son troupeau dans une

Source : BIU Cujas "Les Cours de Droit" Y Répétitions Ecrites et Orales
3, PLACE DE LA SORBONNE, 3 Reproduction interdite

partie éloignée de son exploitation agricole, un intrus se soit installé sur la partie opposée de la terre; on ne va pas admettre qu'instantanément notre chef de famille a été dépossédé d'une parcelle de son fonds de terre. On considère qu'il reste en possession tant qu'il n'a pas essayé vainement de chasser l'intrus. C'est seulement en cas de vaine tentative pour repousser cette incursion qu'on le considère comme dépossédé.

Les salltus sestivi hibernique.

De même, il y a certains pâturages que l'on n'occupe que pendant une partie de l'année, ce que l'on appelle de nos jours les alpages. On ne peut pas exiger que le chef de famille reste pendant l'hiver dans ces alpages pour continuer à les posséder. On considère que bien que son troupeau soit redescendu dans la plaine pour l'hiver, il continue à posséder ces alpages par la seule volonté, tant que personne d'autre n'est venu en prendre possession.

Maintien de la possession malgré la folie du possesseur.

Enfin on admet que la folie du possesseur n'interrompt pas la possession, alors que rigoureusement on devrait dire qu'il a cessé d'avoir la volonté de posséder du fait qu'il est devenu fou et que par conséquent il ne possède plus ces biens.

Après avoir ainsi insisté quelque peu sur la possession type, disons quelques mots à présent d'une troisième catégorie de possession à l'époque classique, la "possessio civilis", la possession civile.

3 - La possession civile.

Possibilité pour la possession de produire des effets civils quand elle est exempte de vices et fondée sur un juste titre.

Au lieu d'être en relation avec le droit prétorien, la possession civile, comme son nom l'indique, est en relation avec le droit civil. C'est la possession qui en raison de ce trait particulier va produire certains effets en droit civil. C'est la possession qui est fondée sur un juste titre d'acquisition, et qui, en même temps n'a pas été viciée par la violence, la clandestinité ou la précarité, lors de l'entrée en possession de l'individu envisagé. C'est donc une possession légitime à tous points de vue, puisqu'elle est fondée sur un juste titre et n'a pas été viciée lors de la prise de possession. C'est tout d'abord la possession du propriétaire.

C'est également la possession du possesseur de bonne foi. Cette possession civile peut conduire le possesseur à l'acquisition de la propriété par voie d'usucapion, par voie de possession prolongée, si toutes les autres conditions requises se trouvent remplies.

Ainsi donc, l'un des effets essentiels de la possession civile, c'est de permettre éventuellement au possesseur d'acquérir la propriété, s'il n'est pas

Source : BIU Cujas

déjà propriétaire, par voie de possession prolongée.

Exceptions à la règle que la protection possessoire est accordée à la possession civile.

En règle générale, le possesseur civil est protégé par les interdits, mais il y a cependant des exceptions à cette règle, instituées dans un intérêt pratique. C'est le cas de l'esclave fugitif, c'est le cas du gage.

Supposons qu'un esclave se soit enfui de l'habitation de son maître; celui-ci cesse par là-même d'être en possession de l'esclave fugitif, en droit prétorien, mais on admet en droit civil que, malgré la fuite de l'esclave, l'usucapion continue; par conséquent on possède civilement l'esclave fugitif, alors qu'on ne le possède plus aux yeux du préteur.

De même, en matière de gage; c'est le créancier gagiste qui a la possession"ad interdicta" car il a besoin d'être protégé par les interdits pour conserver son gage, mais c'est le débiteur gagiste qui continue à posséder civilement la chose donnée en gage et il peut continuer l'usucapion de la chose bien qu'elle soit aux mains du créancier gagiste.

Donc, il y a des exceptions à la règle que celui qui est possesseur civil est simultanément protégé par les interdits.

Section III

La théorie de la possession au Bas-Empire.

Suppression de la possessio ad interdicta;- la division bipartite de la possession par Justinien: naturelle et civile.

Si les idées morales du Bas-Empire, influencées par le christianisme, sont en elles-mêmes excellentes, au point de vue technique, les réalisations juridiques sont souvent lamentables dans une période d'ignorance.

Ce qui a rendu tout d'abord la question particulièrement obscure, c'est que par voie de modification des textes traditionnels, les collaborateurs de Justinien ont substitué une division bipartite des possesseurs à la division tripartite de l'époque classique, ce qui fait que, supprimant la catégorie intermédiaire des possesseurs, ils les ont rattachés à la possession naturelle, où ils se trouvent en compagnie des anciens possesseurs naturels ou corporels de l'époque classique.

Sous le Haut-Empire, c'était la possession interdictale qui était la possession-type; dans le droit de Justinien, elle n'existe plus; il n'y a plus que la possession naturelle ou corporelle d'une part, la possession civile d'autre part.

Deux auteurs italiens, M. Riccobono et M. Alber-

Source : BIU Cujas

tario ont vivement discuté la question de savoir où il fallait mettre, dans le droit de Justinien, les anciens possesseurs protégés par les interdits, l'un voulant à toute force les mettre parmi les possesseurs civils, l'autre au contraire voulant les reléguer parmi les possesseurs corporels. M. Albertario semble avoir raison et il faut les ranger à côté des anciens possesseurs corporels de l'époque classique.

Criterium des deux possessions fondé sur la prédominance de l'élément corporel ou intellectuel.

Il semble d'autre part que pour les gens du Bas-Empire, ce qui différencie essentiellement des deux types de possession qui survivent, c'est que dans l'un, l'élément physique est prépondérant, tandis que dans l'autre, c'est l'élément intellectuel. Dans la possession corporelle, ce que l'on envisagera avant tout, c'est le lien physique entre la chose et le détenteur. Dans la possession civile, dans la possession intellectuelle, c'est la volonté du possesseur, c'est l'animus.

Les possesseurs corporels.

Prenons tout d'abord la catégorie de la possession corporelle ou naturelle. Dans cette catégorie, on a, disions-nous, rangé à la fois des possesseurs protégés par les interdits, et d'autre part, les simples détenteurs de l'époque précédente. C'est ainsi que parmi les possesseurs corporels, nous rencontrons les précaristes et les créanciers gagistes. Mais on nous dit à présent que leur possession est juste, parce qu'elle est justifiée par la concession du véritable propriétaire. On rencontre également le voleur et le possesseur de mauvaise foi, que l'on regarde avec sévérité dans le droit du Bas-Empire, car les notions morales sont contraires au vol ou à la mauvaise foi. On y range désormais l'usufruitier et le titulaire du droit d'usage et du droit d'habitation, qui sont désormais protégés par les interdits possessoires directs.

Mais on va encore, à côté de tous ces gens qui jouissent de la protection possessoire, ranger parmi les possesseurs corporels les esclaves, les fermiers, les locataires, tous ceux qui sont dans une situation sociale inférieure ou tous ceux qui sont incapables de manifester la volonté de posséder.

Il est difficile d'expliquer pourquoi on a éprouvé le besoin de ranger pêle-mêle tous ces gens dans la même catégorie, alors que, comme par le passé, ils se trouvent dans des situations juridiques différentes, les uns étant protégés par les interdits possessoires, les autres ne l'étant pas.

Les possesseurs civils ayant

En face de la possession corporelle caractérisée par l'élément physique de la possession, on trouve la possession civile, caractérisée par l'élément in-

Source : BIU Cujas

le "droit de possession"

tellectuel de la possession, par la volonté du possesseur.

Parmi ceux qui possèdent ainsi en droit civil, dont la volonté est prépondérante, on range exclusivement le propriétaire et le possesseur de bonne foi. Ce sont les gens qui ont le droit de posséder et que l'on envisage par conséquent avec bienveillance. Pour eux, on n'envisage même plus la possession comme un simple pouvoir de fait, on l'envisage comme un véritable droit, puisque les constitutions de Constantin parlent déjà du "droit de possession". Ce sont les gens qui ont le droit de posséder.

La prépondérance de la volonté dans la possessio civilis; conséquence au point de vue de l'acquisition et de la perte de la possession.

Pour eux il semble qu'il faille adopter la théorie de Savigny. Savigny avait raison s'il envisage la possession civile du droit de Justinien. Cette volonté que l'on exige du possesseur civil, c'est la volonté de se comporter en propriétaire ou c'est la croyance que l'on est propriétaire. Ce sont des gens qui agissent en qualité de propriétaires, ou des gens qui agissent croyant qu'ils sont propriétaires: ils ont la volonté d'être propriétaires, ils agissent en propriétaires.

Désormais, on peut acquérir l'élément physique de cette possession civile par l'intermédiaire d'autrui. Dans le droit de Justinien, en matière de possession, on admet la représentation du chef de famille par une personne libre quelconque en ce qui concerne l'appréhension matérielle de la chose. Le chef de famille qui a acheté une vache peut envoyer une personne libre quelconque prendre possession de la vache. Il a la possession puisqu'il a la volonté de la posséder; il acquiert l'élément physique de la possession par une personne libre quelconque.

D'autre part, on permet désormais à tous les incapables, qu'il s'agisse des fous, des enfants en bas-âge, des municipes, des personnes morales d'une manière générale, d'acquérir la possession par l'intermédiaire de leur tuteur ou de leur curateur, ou bien de leurs esclaves.

Ainsi, dans le droit de Justinien, on considère que la possession par excellence, la possession respectable, c'est la possession civile; et comme dans cette possession civile c'est l'élément intellectuel, c'est la volonté de posséder qui est prépondérante, on admet dans une certaine mesure que le possesseur civil conservera cette possession dans des cas où il aurait perdu l'élément physique, la détention de fait de la chose possédée.

On admet que c'est seulement au cas où il y a une sorte de défaillance dans la volonté du possesseur

Source : BIU Cujas

que la perte de l'élément physique entraîne la perte de la possession civile. Si, ayant perdu la possession de la chose, le possesseur civil se voit repoussé et n'insiste pas, on considère qu'il a cédé devant la violence et qu'il a renoncé à posséder la chose.

Mais par contre, désormais, bien que l'on ait cessé d'être en contact physique avec la chose, on continue à la posséder par la simple volonté, dans de nombreux cas. L'esclave futigif continue à être possédé malgré sa fuite. L'absent ou le prisonnier continuent à posséder leurs biens par la volonté qu'ils ont de les posséder, bien qu'ils soient éloignés des choses qu'ils possèdent. Ils sont privés de la détention corporelle; ils conservent la volonté de posséder et par suite la possession légitime subsiste à leur profit.

Appréciation de la conception de Justinien en matière de possession.

Singulière conception, dira-t-on, aussi opposée au droit romain classique qu'aux conceptions modernes de la possession. Ceci tient aux vues particulières des jurisconsultes du Bas-Empire sur la matière. Ceci semble tenir au fait que dans une question qui était surtout du domaine du pouvoir physique, ils ont voulu faire prédominer des notions morales. C'est peut-être là la clé du problème: la possession est une question de fait où la morale n'a pas à intervenir. Les jurisconsultes du Bas-Empire ont voulu y faire intervenir des notions morales et cela n'a pas éclairci la théorie de la possession.

Nous n'étudierons pas ici en détail la théorie des interdits possessoires, pour la même raison qui nous a empêché d'étudier en détail l'action en revendication ou les autres sanctions du droit de propriété. Il s'agit de questions qui supposent connue la procédure; nous ne pourrons les étudier qu'à l'occasion de la procédure, quand nous connaîtrons les règles générales de la procédure romaine.

Source : BIU Cujas

Chapitre V

LES MODES D'ACQUISITION DE LA PROPRIETE.

Il s'agit d'un domaine extrêmement vaste, mais où les questions que l'on rencontre sont d'importance très variable. Il y a des modes d'acquisition de la propriété sur lesquels on peut passer très rapidement, quand le temps fait défaut: tel est le cas de l'accession, de l'acquisition du trésor, de la spécification, ou autres modes de même nature. Il y a, au contraire, des questions d'importance capitale, sur lesquelles on doit insister, en particulier les modes d'acquisition de la propriété à titre volontaire (le transfert conventionnel de la propriété) ou l'acquisition de la propriété par la possession prolongée.

La distinction entre les modes d'acquisition originaires et les modes dérivés. Difficulté de l'adapter exactement au droit romain pour une étude des modes d'acquisition.

On distingue,de nos jours, les modes d'acquisition de la propriété à titre originaire et les modes d'acquisition à titre dérivé.

Les modes d'acquisition originaires de la propriété sont ceux où le propriétaire actuel ne tient pas son droit du propriétaire antérieur. Ils s'appliquent à l'acquisition de choses qui n'appartiennent à personne, ce que l'on appelle en droit romain des "res nullius", des choses qui n'appartiennent à aucun particulier. Ce qui caractérise de nos jours les modes originaires d'acquisition, c'est que le propriétaire n'est tenu à aucune charge, il acquiert une propriété libre de toute charge.

Au contraire, les modes dérivés sont ceux où le propriétaire tient son droit d'un précédent propriétaire de la chose qui était déjà soumise à la propriété privée. En ce cas le propriétaire actuel s'appuie sur le droit de l'aliénateur; son droit n'existe que dans la mesure et dans les limites du droit du précédent propriétaire. Par suite, l'acquéreur est tenu de respecter tous les droits réels qui avaient été établis sur la chose par les propriétaires antérieurs.

Cette distinction ne peut pas nous fournir des cadres entièrement satisfaisants pour le droit romain.

Tout d'abord, à côté des modes originaires à

Source : BIU Cujas

proprement parler, en droit romain, les aliénations de l'Etat ont toujours joué un rôle extrêmement important qu'elles ne présentent plus de nos jours. Donc, il faut étudier parmi les modes d'acquisition de la propriété, les aliénations de l'Etat.

D'autre part, les Romains n'ont pas la même conception que nous des droits réels sur la chose d'autrui. Une fois constitués, les droits réels sur la chose d'autrui prennent un libre essor, deviennent indépendants du droit du propriétaire. Par suite, on n'a pas à tenir compte de la propriété pour savoir quelle est la situation des droits réels autres que la propriété; un usufruit peut survivre à l'extinction de la propriété. Supposons que le propriétaire abandonne un esclave grevé d'usufruit ou l'affranchisse; ceci n'empêche pas, malgré la disparition de la propriété, la survivance de l'usufruit. Supposons, par exemple, qu'un autre citoyen romain prenne possession de l'esclave abandonné, ce serait un mode originaire d'acquisition de la propriété, mais l'esclave n'en resterait pas moins grevé de l'usufruit qui avait été institué.

Ainsi donc, dans les modes originaires d'acquisition de la propriété à Rome, une chose peut rester soumise à des droits réels, constitués au profit d'un tiers, lorsque la chose était encore soumise à la propriété privée.

Admission relativement tardive à Rome de la notion de transfert du droit de propriété. Comment on est passé de l'intransmissibilité originaire de la propriété à la notion classique de transfert de la propriété.

Enfin, il faut remarquer que l'une des notions essentielles de notre droit moderne, la notion même de transfert du droit de propriété, a été très longue à s'établir à Rome. Nous avons déjà dit quelques mots de cette question en étudiant la distinction des choses corporelles et des choses incorporelles, et signalé, d'autre part, l'importance de la notion de puissance du chef de famille en droit romain. Dans l'ancienne Rome, on ne conçoit pas l'acquisition de la propriété par un nouveau propriétaire comme le transfert du droit de propriété. C'est que la propriété elle-même n'est pas considérée comme un droit analogue aux autres droits. C'est que l'on ne considère pas que le droit de propriété existe en soi, constitue quelque chose dont le propriétaire actuel puisse se dépouiller pour le transférer tel quel à un nouveau propriétaire.

On peut dire qu'à l'époque ancienne, la propriété, comme la "manus" sur la femme mariée, ou la puissance paternelle sur les enfants, n'est qu'un aspect de la puissance inaliénable du chef de famille. La propriété, c'est un rapport entre une personne et une chose, c'est la puissance d'une personne sur une chose. Du moment où cette puissance est l'émanation en quelque

Source : BIU Cujas

sorte de la personnalité du chef de famille, il ne peut pas s'en dépouiller au profit d'une autre personne; puisque cette puissance est l'émanation de sa personnalité, il ne peut pas faire que la propriété qu'il exerçait soit transférée à une autre personne. La seule chose que l'on puisse faire c'est de faire passer la chose de la puissance d'un chef de famille sous la puissance d'un autre chef de famille. Les modes d'acquisition de la propriété à titre conventionnel ont simplement pour but de faire passer une chose d'une puissance sous une autre. Ils font disparaître la puissance du précédent propriétaire et permettent l'établissement de la puissance du nouveau propriétaire; conception fondamentalement différente de nos conceptions modernes.

Mais les auteurs ont poussé ce système à l'absurde, en voulant le faire survivre en droit romain classique. On a soutenu que ces notions primitives avaient subsisté pendant tout le droit romain classique, que les jurisconsultes du Ier ou même du début du 3ème siècle ap. J.C. n'admettaient pas encore que les modes d'aliénation à titre volontaire soient des modes de transfert du droit de propriété. Ceci est excessif et pour arriver à soutenir une théorie aussi peu vraisemblable, on emploie toujours la même méthode: on déclare que les textes qui y sont contraires sont interpolés ; au lieu d'admettre qu'ils reflètent vraiment l'opinion des jurisconsultes classiques.

En réalité, il n'y a aucun doute que la notion de transfert du droit de propriété est connue des jurisconsultes classiques et on la rencontre déjà dans un texte peu suspect, dans un texte du philosophe Sénèque.

Comment est-on passé de l'idée ancienne à l'idée moderne ? Sans doute par suite de cette confusion que nous avons vue entre la propriété et la chose qui fait l'objet de la propriété. Du moment où l'on admet, comme l'ont fait les jurisconsultes du début de l'Empire, que la propriété fait corps avec la chose sur laquelle elle porte, il est tout simple d'admettre que du moment où l'on transfère la chose d'un patrimoine dans un autre , on transfère en même temps la propriété de la chose, on transfère la propriété d'un patrimoine dans l'autre. En réalité cette théorie est liée au triomphe de la théorie des "res corporales" et à la confusion des choses corporelles et de la propriété qui porte sur elles, il n'y avaitplus aucune difficulté à admettre que ces modes d'acquisition de la propriété sont bien des modes de transfert de la propriété, que la propriété de la chose passe avec la chose d'une personne à une autre.

"Les Cours de Droit" Y Répétitions Ecrites et Orales
3, PLACE DE LA SORBONNE, 3 Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

LES DIFFERENTS MODES D'ACQUISITION DE LA PROPRIETE.

I- Les aliénations de l'Etat.
2- Les modes originaires d'acquisition de la propriété.
3- Les modes d'acquisition à titre dérivé.
4- La prescription acquisitive.

Section I.

Les aliénations de l'Etat.

Leur importance à Rome.

Les aliénations de l'Etat présentent à Rome une beaucoup plus grande importance que de nos jours du fait que Rome est habitée par un peuple de guerriers et de conquérants qui s'empare de toutes les terres environnantes et qui bien souvent prive les habitants d'une partie de leurs richesses au profit du peuple romain.

C'est ce qui explique pourquoi il y a à Rome comme source importante de la propriété sous la République et au début de l'Empire les aliénations de l'Etat. En effet, par la suite les armées romaines restent sur la défensive souvent malheureuse et l'importance du butin ou des conquêtes de l'Etat romain diminue constamment.

Vente du butin mobilier par les questeurs. Acquisition par l'acheteur de la propriété quiritaire.

Tout d'abord le peuple romain acquiert dans les guerres victorieuses un important butin mobilier. Ce sont les questeurs qui vendent au nom de l'Etat ce butin mobilier, et en particulier, les peuples vaincus réduits en esclavage. Tantôt il s'agit d'une vente à la pièce, individuelle, on vend chaque esclave isolément. Tantôt, au contraire, il s'agit d'une vente en bloc à des revendeurs, à des marchands d'esclaves par exemple, qui ensuite revendront sur le marché les esclaves qu'ils ont acquis. Mais de toute manière il faut remarquer que la vente par les questeurs fait acquérir immédiatement à l'acheteur la propriété quiritaire, sans même qu'il soit besoin que l'acquéreur ait été mis en possession. Par conséquent, les

Source : BIU Cujas

ventes de choses mobilières par l'Etat romain constituent un mode d'acquisition immédiat de la propriété quiritaire.

Vente d'édifices avec autorisation du Sénat.

Il arrive parfois, mais c'est tout à fait exceptionnel, que l'Etat romain ayant besoin d'argent vende des édifices.

Il faut alors l'autorisation préalable du Sénat. Il arrive également sous l'Empire que certains agents du fisc vendent certains éléments du patrimoine de l'empereur. On sait d'autre part que la majeure partie des terres conquises constituaient l'"ager publicus", les terres publiques. Et nous ne reviendrons pas sur la manière dont ces terres publiques, par voie d'assignation individuelle ou collective , se transforment en propriété privée. En particulier lors de la fondation d'une colonie trois magistrats désignés par le peuple romain assignent les terres de la colonie à chacun des citoyens ou des Latins qui ont participé à la fondation.

Au contraire les terres publiques occupées par les particuliers à titre révocable sont restées la propriété de l'Etat jusqu'au dernier siècle de la République, et nous avons vu comment des lois agraires du dernier siècle de la République avaient transformé l'occupation de l'"ager publicus" en propriété privée.

Les domaines impériaux et leur exploitation.

Sous l'Empire, ce sont les empereurs qui ont réussi à constituer à leur profit de vastes domaines. En règle générale ces domaines restent la propriété impériale; l'empereur et ses agents se contentent de louer des parcelles de terre de ces domaines. Tantôt il s'agit de locataires directs de l'empereur; tantôt au contraire, de préférence les domaines sont affermés à des entrepreneurs de culture qui les sous-louent ensuite aux fermiers. Nous avons vu comment cette exploitation des domaines impériaux avait été l'une des sources du colonat du Bas-Empire.

Signalons enfin que dans le désir d'assurer d'une manière permanente la défense des frontières, l'empereur Alexandre Sévère avait concédé à des paysans armés, des terres sur les limites de l'Empire à charge de les défendre, ils montaient la garde permanente sur le Rhin, par exemple.

Source : BIU Cujas

Section II.

Les modes d'acquisition originaires de la propriété.

§ I- L'occupation.

Acquisition des res nullius. Le gibier.

L'occupation est un mode d'acquisition de la propriété qui ne joue pas un très grand rôle chez les peuples vraiment civilisés. C'est le mode d'acquisition des choses qui n'appartiennent à personne, ou qui, tout au moins dans l'esprit du peuple qui procède à l'occupation, doivent être traitées comme des choses n'appartenant à personne. C'est le mode d'acquisition de ce que les Romains appellent des "res nullius", choses qui aux yeux du droit romain n'appartiennent à personne.

Ainsi l'occupation consiste dans la prise de possession d'une chose de cette nature avec l'intention de se l'approprier.

C'est ainsi qu'on nous donne comme exemple d'occupation en temps normal la prise de possession d'une île née dans la mer; on peut supposer qu'à la suite d'une éruption volcanique une nouvelle île soit née dans la Méditerranée, on en prend possession par voie d'occupation.

Mais, et ceci est beaucoup plus important - c'est le mode d'acquisition des poissons et des animaux sauvages, des animaux qui vivent en liberté. C'est par voie d'occupation que le pêcheur devient propriétaire du poisson qu'il pêche dans la mer ou dans un lac, que le chasseur devient propriétaire du gibier qu'il a tué. Anciennement les jurisconsultes admettaient que dès que le gibier avait été frappé à mort il était la propriété du chasseur, tandis qu'au contraire sous l'Empire on exige en outre une appréhension matérielle, une prise de possession physique du gibier tué.

Remarquons d'ailleurs que l'occupation n'entrera pas en vigueur s'il s'agit d'un terrain de chasse réservé à cet usage par le propriétaire ou s'il s'agit de lacs où l'Etat romain a réservé à certains pêcheurs le monopole de la pêche. Il peut donc y avoir déjà

Source : BIU Cujas

à Rome une chasse ou une pêche réservée, et cela empêche les individus qui n'ont pas le droit de pêcher ou de chasser de devenir propriétaires du gibier ou du poisson.

Les personnes et les biens des populations vivant hors de l'Empire et non protégés par un traité avec Rome.

Signalons d'autre part - et ceci est extrêmement caractéristique de l'état d'esprit romain, que l'occupation peut s'appliquer en principe à toutes les choses et à toutes les personnes qui vivent en dehors des limites de l'Empire romain, du moment où il s'agit d'une peuplade qui n'est pas liée à Rome par des traités internationaux, et encore ces traités internationaux ne sont pas toujours appliqués dans un esprit très large par les Romains. Ainsi donc du moment où un peuple étranger n'est pas protégé par un traité des individus ou des groupes d'individus peuvent librement procéder à une razzia dans ce pays étranger, s'emparer des femmes, des bestiaux, et retourner dans l'empire romain après être devenus propriétaires de tout ce qu'ils ont pris, par voie d'occupation. Ceci s'applique uniquement quand il n'y a pas d'état de guerre entre Rome et la peuplade envisagée, puisqu'en temps de guerre le butin est la propriété de l'Etat romain.

Choses abandonnées par leur propriétaire.

Parmi les choses qui peuvent faire l'objet d'occupation, il faut citer les choses qui ont été volontairement abandonnées par leur propriétaire. Plusieurs volumes contradictoires ont été écrits sur ces questions depuis quelques années. Aussi, nous n'insisterons pas sur elles, nous laisserons les auteurs continuer leurs discussions et nous nous bornerons à constater que dans le droit de Justinien incontestablement on devient propriétaire par voie d'occupation des choses qui ont été volontairement abandonnées par leurs propriétaires.

§ 2 - L'accession.

Acquisition par le propriétaire d'une chose principale d'une chose qui en est l'accessoire.

L'accession est un mode d'acquisition de la propriété qui résulte de l'absorption d'une chose appartenant à autrui dans une chose considérée comme la chose principale.

Le mot "accession" désigne donc toute une série d'hypothèses assez variées, assez rares même, il faut l'avouer, en pratique, où le propriétaire d'une chose principale devient, par suite de l'incorporation à cette chose d'une chose accessoire, propriétaire du tout, et même parfois propriétaire de la chose accessoire elle-même.

Source : BIU Cujas

La situation va varier suivant les cas. En principe on peut dire que l'union des deux choses rend le propriétaire de la chose principale propriétaire de la chose accessoire lorsqu'il s'agit d'une union organique, de telle manière que les deux choses ne forment plus qu'un tout, ne forment qu'une chose simple. Supposons par exemple qu'un bras appartenant à autrui ait été incorporé en étant forgé dans une statue qui vous appartient; tandis qu'au contraire s'il s'agissait d'une vulgaire soudure au plomb, le bras ne serait pas vraiment incorporé à la statue et pourrait être détaché.

Par contre, quand l'union donne naissance à un corps composé, le propriétaire de la chose accessoire ne cesse pas d'une manière complète d'être propriétaire. En cas , par exemple, d'emploi de matériaux appartenant à autrui dans une construction, le droit de propriété est simplement suspendu pendant la durée de l'incorporation et le propriétaire de ces matériaux pourrait les reprendre du jour où la maison serait démolie.

Le temps nous manque pour étudier en détail toutes ces hypothèses passionnantes au point de vue juridique et au point de vue philosophique, mais bien souvent privées d'un réel intérêt pratique. Nous laisserons donc de côté l'examen en détail des différents cas d'accession de choses immobilières à des choses immobilières (alluvion qui vient s'ajouter à votre terrain), incorporation de choses mobilières dans des choses immobilières (en cas de plantation ou d'emploi de matériaux appartenant à autrui dans une construction), union de choses mobilières entre elles (quand dans une bague qui vous appartient vous sertissez un brillant appartenant à autrui).

Toutes ces hypothèses font l'objet de nombreuses discussions. Les Sabiniens et les Proculiens ont trouvé là un champ merveilleux de controverses. Par exemple au cas où il s'agit d'un parchemin appartenant à autrui où vous avez écrit une oeuvre littéraire, ou bien dans le cas où le peintre a utilisé une planche ou une toile appartenant à autrui pour faire son tableau, les Sabiniens déclaraient que le tableau appartenait au propriétaire de la planche ou de la toile, les Proculiens soutenaient que le tableau devait appartenir au peintre, chose qui peut sembler plus naturelle dans nos idées modernes.

Le trésor.

On peut également faire rentrer dans la théorie de l'accession, tout au moins au début, l'acquisition

Source : BIU Cujas

du trésor. C'est là encore un cas qui peut paraître extrêmement rare, mais qui cependant n'est pas dénué de tout intérêt pratique.

Primitivement le trésor était considéré comme appartenant au propriétaire du sol par voie d'accession. Mais par la suite l'Etat fit valoir des prétentions sur les trésors. Il y eut discussion pour savoir à qui les trésors appartenaient, et c'est pourquoi finalement certains auteurs considèrent plutôt l'acquisition du trésor comme une concession de la loi.

§ 3 - La spécification.

Fabrication d'une chose nouvelle en une matière appartenant à autrui et sans le consentement de celui-ci. A qui appartient la chose ?

La spécification est encore un cas plus théorique que pratique. C'est celui où avec une matière première appartenant à autrui et sans le consentement du propriétaire une personne a fait une chose nouvelle. Spécification vient de "speciem facere" c'est faire un type, une chose nouvelle avec une substance, une matière appartenant à autrui.

Le problème est de savoir à qui appartiendra cette chose nouvelle : au propriétaire de la matière première ou à celui qui lui a donné son aspect nouveau ?

Discussions entre Sabiniens et Proculiens.

Sur ce point Sabiniens et Proculiens allaient naturellement entrer en conflit, et on a tout de suite l'impression que c'est surtout quand il s'agit de questions n'ayant pas grand intérêt pratique que les discussions sont les plus vives ! D'après les Sabiniens, la spécification n'avait pas porté atteinte à la substance de la chose, et par suite la chose nouvelle devait appartenir au propriétaire de la matière première. Au contraire, les Proculiens soutenaient que par la spécification il y avait vraiment une chose nouvelle ayant une fonction économique entièrement différente de la matière première, et que par conséquent la chose nouvelle ainsi réalisée devait appartenir au spécificateur.

Solution transactionnelle de Justinien.

Justinien a adopté une opinion intermédiaire qui, semble-t-il, avait déjà été soutenue avant lui, une tentative de conciliation qui est d'ailleurs, comme parfois certaines tentatives de conciliation, quelque peu contestable. Justinien déclare : il y a des cas où la chose nouvelle peut revenir à son état primitif . C'est le cas par exemple où avec un lingot d'airain vous avez fait une statue, vous pouvez retransformer la statue en lingot d'airain en faisant

Source : BIU Cujas

fondre la statue; dans ce cas la chose nouvelle appartiendra au propriétaire de la matière première.

Mais il y a au contraire des cas où bon gré mal gré vous ne pouvez pas restituer à la chose sa forme primitive. C'est le cas évident du raisin avec lequel vous avez fait du vin; à moins d'être magicien, vous ne pouvez pas retransformer le vin en raisin. En ce cas Justinien décide que c'est le spécificateur qui deviendra propriétaire de la chose qui est entièrement nouvelle.

§ 4 - L'acquisition des fruits.

Il s'agit ici au contraire d'une question qui présente une grande importance pratique.

Définition du fruit.

Le mot "fruit" a un sens différent suivant le public auquel on s'adresse. Si on parle au jardinier, il vous déclare que les fruits, c'est dans le régne végétal , ce qui succède à la fleur. Si l'on discute des théories des jurisconsultes romains, on constate que les fruits pour eux c'est ce que la chose produit d'une manière normale et périodique. Et on considère que les petits de la brebis sont des fruits à l'égal des pommes du jardin ou de la moisson du champ. Et l'on considère que la chose frugifère c'est dans le règne végétal la terre, dans le règne animal la mère.

Il y a une controverse entre jurisconsultes de la fin de la République sur la question de savoir si les enfants de la femme esclave devaient être considérés comme des fruits. Finalement, après d'assez vives discussions, on avait admis que l'on ne pouvait pas considérer la fonction économique de la femme esclave comme étant d'avoir périodiquement des enfants, et dans un sentiment, semble-t-il, de dignité humaine on avait définitivement abandonné l'idée de ranger les enfants de la femme esclave parmi les fruits.

Enfin de nos jours en matière juridique la notion de fruits s'est considérablement étendue en dehors du domaine de l'accession, puisqu'elle se confond dans une large mesure avec la notion de revenus. On considère comme des fruits des loyers d'une maison bien que l'on ne puisse pas littéralement dire que la maison soit la chose frugifère et que les loyers soient directement produits par un détachement naturel de la maison.. La notion de revenus se confond donc en droit,de nos jours,avec la notion de fruits.

Source : BIU Cujas

Acquisition des fruits par le propriétaire de la chose par séparation.

Normalement c'est le propriétaire qui acquiert les fruits par leur séparation de la chose frugifère, que cette séparation soit due au fait de l'homme ou même aux forces de la nature. Le propriétaire du verger devient immédiatement propriétaire des pommes qui sont tombées de l'arbre par la force du vent. Ceci s'explique aisément : tant que les fruits n'étaient pas séparés, ils faisaient partie intégrante de la chose frugifère; le propriétaire de la chose frugifère avait donc sur eux un droit, il est naturel que ce droit se maintienne lorsque les fruits ont acquis leur indépendance par leur séparation.

Cas où les fruits appartiennent à un autre que le propriétaire de la chose.

Mais il faut remarquer qu'il y a toute une série de cas particulièrement importants où les fruits vont être acquis d'une façon ou d'une autre à une personne qui n'est pas propriétaire de la chose frugifère .

A ce point de vue, il faut distinguer ceux qui acquièrent les fruits par la séparation et ceux qui ne les acquièrent que par la perception.

I)Acquisition des fruits par séparation au profit du possesseur de bonne foi.

Le possesseur de bonne foi acquiert les fruits par la séparation, comme le propriétaire c'est celui qui possède une chose honnêtement, croyant avoir traité avec le véritable propriétaire, il est assimilé en ce qui concerne l'acquisition des fruits au propriétaire. Mais il faut bien remarquer que son droit ne subsiste que tant qu'il est de bonne foi. Du jour où il apprend qu'il possède la chose d'autrui, il cesse immédiatement d'acquérir les fruits. C'est là une différence avec la théorie de l'acquisition de la propriété par la possession prolongée, dans laquelle il suffit d'être de bonne foi lors de l'entrée en possession; ici, au contraire, il faut que la bonne foi existe au moment de la séparation des fruits.

Réforme de Justinien ne laissant au possesseur de bonne foi que les fruits consommés.

Justinien a accompli une réforme malheureuse en cette matière en déclarant que désormais le possesseur de bonne foi poursuivi par l'action en revendication du véritable propriétaire ne conserverait plus définitivement que les fruits qu'il a consommés, et qu'il devrait au contraire restituer les fruits qu'il avait conservés en nature dans son patrimoine. Comme on l'a fait remarquer c'était faire dépendre de circonstances de fait fortuites l'acquisition des fruits.

Supposons que le possésseur de bonne foi ait immédiatement vendu le produit de la récolte, les pommes du verger, et qu'il soit ensuite poursuivi par le propriétaire, il n'aura rien à restituer. Supposons, au contraire, qu'il ait mis de côté la récolte, qu'il ait placé les sacs de pommes dans son cellier pour les consommer pendant l'hiver, au moment des poursui-

« Les Cours de Droit » Répétitions écrites et orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction Interdite
Source : BIU Cujas

tes il les a encore en nature chez lui, il devra les restituer. Evidemment ce n'est pas logique, c'est là une réforme malheureuse. Il pouvait en effet compter aussi bien sur les fruits qu'il avait conservés que sur le bénéfice de ceux qu'il avait vendus.

Le titulaire de l'ager vectigalis et l'emphytéote.

Acquiert également à titre originaire par voie de séparation des fruits, à l'époque classique, le titulaire du droit réel appelé "ager vectigalis". L'"ager vectigalis" c'est une tenure à long terme concédée par les cités à des particuliers. Et on assimile dans le droit de Justinien, l'emphytéote, celui qui tient une terre en vertu du contrat d'emphytéose.

2) Acquisition des fruits par perception : le fermier.

Au contraire, il y a des personnes qui n'acquièrent les fruits que par leur perception effective. C'est le cas tout d'abord du fermier qui a loué la terre. Le fermier n'a aucun droit réel sur la chose, son droit aux fruits tient uniquement de la concession du propriétaire, du contrat de bail qu'il a passé avec celui-ci. Aussi on considère que c'est à titre dérivé qu'il acquiert les fruits par la perception effective.

L'usufruitier.

Il en est de même de l'usufruitier. A ce point de vue nous ne rentrerons pas dans les controverses et dans l'évolution purement hypothétique qui avait été construite il y a quelques années par les historiens du droit romain. En réalité il n'y a rien de surprenant à ce que l'usufruitier n'acquière des fruits que par la perception effective et non par la séparation. En effet, l'usufruit consiste simplement dans le droit de percevoir les fruits, par suite il est tout naturel que ce soit par la perception que l'usufruitier en devienne propriétaire.

N'insistons pas davantage sur les modes d'acquisition originaires de la propriété et abordons les modes d'acquisition dérivés de la propriété.

Source : BIU Cujas

Section III.

Les modes d'acquisition dérivés de la propriété.

Modes dérivés non volontaires ou volontaires.

Les modes dérivés sont ceux dans lesquels une chose passe du patrimoine d'un individu dans le patrimoine d'un autre individu. La chose ne fait donc que changer de propriétaire.

Parmi eux il en est qui ne sont pas volontaires, en ce sens que ce n'est pas en vertu de l'accord des volontés de l'ancien et du nouveau propriétaire que la chose change de patrimoine.

Au contraire les autres sont des modes dérivés volontaires d'acquisition de la propriété, en ce sens que l'acquisition est conforme à la volonté de l'ancien et du nouveau propriétaire. De nos jours on dit en ce cas qu'il y a transfert conventionnel de la propriété.

I- Le transfert conventionnel de la propriété.

Les trois modes de transfert conventionnel de la propriété: la mancipatio et l'in jure cessio, modes solennels du droit civil, la traditio, mode non formaliste du jus gentium.

Durant la longue période qui s'étend de la Loi des XII Tables à l'époque de Justinien, on rencontre trois modes d'acquisition de la propriété en vertu d'un accord préalable de l'aliénateur et de l'acquéreur.

Deux de ces modes s'opposent au troisième.

La mancipation et l'"in jure cessio", abandon devant le magistrat, sont des modes formalistes du "jus civile" qui sont en principe réservés aux citoyens romains. Au contraire la tradition est un mode non formaliste du "jus gentium". Mais la tradition pas plus que la mancipation ou l'"in jure cessio" n'est en droit romain un mode d'acquisition de la propriété par le simple accord des volontés.

Du principe qu'en droit romain la convention ne suffit pas à transférer la propriété. Nécessité de recourir à un mode de transfert.

Le principe qui domine tout le droit romain en notre matière est exactement le principe inverse de celui qui a triomphé dans notre droit civil moderne. Les Romains n'admettent pas qu'un simple accord entre l'aliénateur et l'acquéreur puisse faire passer la chose du patrimoine du propriétaire dans le patrimoine d'un nouveau propriétaire. Ils exigent que cette volonté se manifeste extérieurement soit par l'emploi de formes particulières, soit par la remise de la possession de la chose aliénée.

Source : BIU Cujas

Déja nos anciens auteurs avaient remarqué qu'en droit romain, on distinguait le titre en vertu duquel on aliène, du mode d'aliénation de la propriété. Le titre précède le transfert de propriété et le justifie. Ce peut être un contrat de vente, ce peut être une stipulation, mais ni la vente, ni la stipulation ne peuvent par elle-mêmes faire passer la chose dans le patrimoine de l'acquéreur. Il faut nécessairement utiliser ensuite l'un des modes d'acquisition de la propriété prévus par le droit romain.

C'est là, disons-nous, une différence profonde avec notre droit civil. En effet, au XVII° et au XVIII siècles, les jurisconsultes et les philosophes, à l'exception de Pothier fidèlement attaché aux usages romains, étaient en faveur de l'autorité toute puissante de la volonté, ils étaient en faveur de l'idée que le simple accord des volontés permettait de transférer la propriété.

Il faut d'ailleurs remarquer que dès le droit de Justinien on avait déjà trouvé le moyen de se passer de l'emploi effectif des formes ou de la mise en possession. On tournait le mode légal, on se contentait d'équivalents. Et nos anciens auteurs avaient déjà été puiser dans le droit romain du Bas-Empire ces moyens d'échapper à la règle par l'emploi de clauses de style.

C'est ainsi que pour transférer la propriété on se contentait souvent au XVIII° siècle d'une simple clause de dessaisine-saisine dans un acte notarié. C'était ce que l'on appelait une tradition fictive. On ne mettait pas l'acquéreur en possession, mais dans l'acte de vente notarié une clause déclarait que l'aliénateur s'était dessaisi de la chose, que l'acquéreur avait été saisi du bien aliéné. Ainsi donc de simples clauses notariales suffisaient à remplir l'exigence de la mise en possession.

Notre Code civil a consacré dans son art. 1138 les efforts des philosophes et des jurisconsultes des XVII° et XVIII° siècles. Mais l'art. 1138 renferme encore le souvenir du droit romain, parce que l'on se bat en quelque sorte contre un ennemi imaginaire. On déclare que la propriété sera transférée alors même que la tradition n'a pas été faite. Qu'est-ce que c'est que cette tradition dont on permet de se dispenser? C'est la tradition que nous étudions en droit romain. Et même on ne s'exprime pas d'une manière très nette, on semble assimiler l'accord des volontés à une tradition, on semble dispenser simplement les parties de procéder à cette tradition de la chose qu'exigeait le

Source : BIU Cujas

droit romain.

En effet, on nous dit : "L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite". Un tel article ne peut s'expliquer que par le droit romain, pour le comprendre il faut avoir fait du droit romain.

Etudions à présent successivement l'"in jure cessio", la mancipation et la tradition.

§ I - L'"in jure cessio".

Son existence à l'époque des XII Tables.

L'"in jure cessio" est un mode d'acquisition de la propriété qui remonte à l'ancien droit romain. Certains auteurs ont soutenu sans raison décisive, qu'elle n'était apparue qu'à la fin de l'ancien droit romain, en particulier pour permettre l'aliénation d'un usufruit ou des servitudes urbaines. En réalité, les textes romains nous disent qu'elle existe déjà dans la loi des XII Tables, et rien ne permet de contester cette affirmation.

Interprétation traditionnelle de l'in jure cessio comme un procès fictif en revendication.

Les auteurs modernes interprètent généralement l'in jure cessio de même que l'affranchissement par la vindicte, comme un procès fictif intenté dans les formes de l'action de la loi, par l'acquéreur à l'aliénateur.

Voici la manière dont les auteurs envisagent actuellement l'"in jure cessio". On feint de reconnaître le droit pré-existant de l'acquéreur, alors qu'en réalité il acquiert un droit nouveau. Les deux parties sont d'accord pour se présenter devant le magistrat, puisque l'"in jure cessio" exige nécessairement l'intervention du magistrat. L'acquéreur déclare que la chose lui appartient en vertu du droit des quirites; l'aliénateur ne le conteste pas, alors que dans un procès véritable il aurait affirmé que c'était lui le véritable propriétaire en vertu du droit des quirites; il acquiesce, ou même en général il ne dit rien; "in jure cedit", il abandonne devant le magistrat. Ainsi, avec la complicité du magistrat, on attribuerait une valeur juridique à la déclaration mensongère de l'acquéreur.

Système de M. Lévy Bruhl: mode solennel

M. Lévy Bruhl a protesté ici, comme en matière d'affranchissement par la vindicte, contre cette idée de comédie judiciaire, de procès fictif. Il déclare que l'"in jure cessio" est simplement un mode solen-

Source : BIU Cujas

d'aliénation ; passage de la chose, de la puissance de l'aliénateur dans la puissance de l'acquéreur avec le consentement de l'aliénateur.

nel d'aliénation de la propriété devant la juridiction, de même que dans notre ancien droit, dans le Nord de la France, on procédait à l'aliénation par dessaisissement de l'aliénateur et ensaisinement de l'acquéreur devant le tribunal compétent. Il n'y aurait donc nullement ici une comédie judiciaire, mais simplement l'emploi des rites de l'action de la loi pour permettre l'acquisition de la propriété sanctionnée par l'autorité du magistrat.

C'est en réalité un mode d'acquisition qui date de l'époque où la notion de transfert de droit n'existe pas encore, où en réalité il n'y a pas transfert de droit, mais passage de la chose de la puissance de l'aliénateur sous la puissance de l'acquéreur avec le consentement de l'aliénateur.

Il faut envisager les choses de cette manière. L'acquéreur solennellement établit sa puissance sur la chose; l'aliénateur abandonne la puissance qu'il avait sur cette chose, par conséquent il n'y a pas conflit de puissance sur la chose. Le magistrat reconnaît la puissance établie par l'aliénateur sur la chose et il ratifie par son autorité l'opération juridique envisagée. Ainsi donc il n'y a pas de procès fictif, puisque l'aliénateur n'a même pas fait semblant de se défendre. Il n'y a ni procès, ni procès fictif, il y a abandon pur et simple de sa puissance par l'aliénateur en présence de la puissance nouvelle établie par l'acquéreur sur la chose aliénée.

Domaine d'application de l'I.J.C.

Le domaine d'application de l'"in jure cessio" est limité quant aux personnes et quant aux biens auxquels l'"in jure cessio" peut s'appliquer.

Ouverture de l'I.J.C. aux seuls citoyens romains.

En principe l'"in jure cessio" ne peut être utilisée que par les citoyens romains, et elle est inaccessible aux "alieni juris", qui au contraire, pourraient acquérir par voie de mancipation une chose à leur "paterfamilias".

De plus la femme ne peut en aucun cas utiliser l'"in jure cessio" sans le concours de son tuteur.

Emploi de l'I.J.C. pour les choses romaines mancipi ou nec mancipi.

Quant aux biens auxquels elle s'applique, elle est limitée aux choses romaines. Mais il est extrêmement important de remarquer que son domaine d'application est plus large que celui de la mancipation.

La distinction des "res mancipi" et des "res nec mancipi" ne s'applique pas en matière d'"in jure cessio". On peut acquérir immédiatement la propriété aussi bien d'une "res nec mancipi" que d'une "res mancipi" en utilisant l'"in jure cessio". C'est là, semble-t-il, la condamnation des théories qui veulent attribuer un rôle excessif à la distinction dans l'an -

Source : BIU Cujas

cien droit romain. Si on envisage la mancipation, la distinction paraît fondamentale, si l'on envisage au contraire l'"in jure cessio", elle n'apparaît plus du tout.

Inconvénients de l'I.J.C.

"L'in jure cessio" présentait d'ailleurs certains inconvénients. D'une part elle ne garantit en aucune manière à l'acquéreur qu'il est devenu propriétaire de la chose, puisqu'il n'y a aucun lien juridique qui s'établit entre l'aliénateur et l'acquéreur. L'aliénateur s'est contenté d'abandonner tout droit sur la chose, il n'a nullement affirmé qu'il était lui-même antérieurement propriétaire de la chose ou qu'il garantissait l'acquéreur contre les dangers d'éviction. Par suite, si l'"in jure cessio" a porté sur une chose qui n'appartenait pas à l'aliénateur, tant pis pour l'acquéreur, il n'est pas protégé.

D'autre part, l'"in jure cessio" présente le grand inconvénient d'exiger la présence du magistrat. On ne peut pas instantanément procéder à une "in jure cessio"; il faut aller trouver le magistrat, et cela est une formalité compliquée. Comme dit déjà Gaius, pourquoi employer l'"in jure cessio" dans les cas où il serait bien plus simple de procéder simplement à une mancipation entre amis?

Le domaine pratique d'application de l'I.J.C.

Aussi l'"in jure cessio" a vu son domaine d'application se restreindre en fait aux cas où la mancipation et la tradition étaient impossibles. C'est pourquoi on l'a surtout utilisée à la fin de la République et sous l'Empire pour l'acquisition de l'usufruit et des servitudes urbaines. Elle est d'ailleurs tombée complètement en désuétude au Bas-Empire, peu après Dioclétien.

§ 2 - La mancipation.

Les multiples applications de la mancipatio dans le droit des personnes et dans le droit des biens.

La mancipation est un acte solennel et formaliste dont l'importance en droit romain est considérable. Si nous l'étudions ici à propos de l'acquisition de la propriété, nous aurions pu aussi bien l'étudier dans une partie quelconque du cours, puisqu'en réalité la mancipation reparaît à tout moment en droit romain.

Non seulement la mancipation est un mode d'acquisition de la propriété quiritaire, mais son rôle dans le droit des personnes est extrêmement important.

La "coemptio", mode d'acquisition de la "manus" n'est qu'une mancipation dont la formule a été légèrement modifiée. L'adoption et l'émancipation suppo-

Source : BIU Cujas

sent l'emploi de la mancipation. Dans le droit des successions pour cause de mort vous verrez que le testament classique est issu de la mancipatio familiae, de la mancipation du patrimoine par celui qui veut disposer de ses biens après sa mort.

La mancipation est également un mode de création des servitudes rustiques. Ainsi donc, dans tous les domaines, la mancipation apparaît comme jouant un rôle fondamental; c'est l'une des institutions - clés du droit romain, et c'est pourquoi il est toujours utile de l'étudier avec soin.

Nous connaissons d'une manière très satisfaisante les formes de la mancipation à l'époque classique. Nous enregistrons au contraire chaque année plusieurs théories nouvelles sur l'histoire de la mancipation. C'est pourquoi il est nécessaire de partir ici de la certitude et d'étudier les formes connues de la mancipation avant d'essayer d'en retracer l'histoire.

Le personnel et le matériel des formalités de la mancipation.

I°- Les formalités de la mancipation à l'époque classique.

La mancipation est le type même de ce que l'on appelle les actes "per aes et libram", par l'airain et la balance. C'est un acte "per aes et libram", dont on trouvera également un exemple l'année prochaine en matière d'obligations en étudiant le nexum, que l'on rapproche toujours de la mancipation.

Cet acte étant un acte par l'airain et la balance, suppose nécessairement la présence d'une balance et d'un lingot d'airain ainsi que d'un personnage appelé "libripens". Les auteurs modernes parlent toujours du porteur de balance; mais il semble que "libripens" signifie plutôt celui qui pèse dans la balance. Ce n'est pas le porteur de balance officiel, c'est plutôt le peseur officiel.

Enfin on exige la présence de l'aliénateur et de l'acquéreur : l'acquéreur peut être représenté par un esclave ou un fils de famille. Il faut cinq témoins qui doivent être citoyens romains et pubères. Le nombre de cinq d'ailleurs est un chiffre minimum; il pourrait y en avoir plus sans aucun inconvénient.

De plus - et ceci est important pour l'histoire de la mancipation - s'il s'agit d'une chose mobilière il faut nécessairement qu'elle soit présente tout entière lors de la mancipation, tandis qu'au contraire s'il s'agit d'un fonds de terre ou d'une maison, elle ne doit être ni présente ni représentée. On peut manciper les fonds de terre même en leur absence; on doit au contraire nécessairement rendre présente à l'acte de mancipation la chose qui fait l'objet de l'aliénation.

Source : BIU Cujas

Le cérémonial de la mancipatio. Rôle passif de l'aliénateur; les paroles et les gestes de l'acquéreur.

Dans la mancipation il est curieux de constater que l'aliénateur joue un rôle passif. Il ne prononce pas un seul mot, tout au moins dans les formes requises pour la validité de la mancipation elle-même. C'est au contraire l'acquéreur qui, comme dans l'"in jure cessio" joue le rôle actif et par ses paroles et ses gestes manifeste sa volonté d'acquérir la chose.

S'il s'agit d'une chose mobilière, il doit tenir la chose en mains et de toute manière il doit prononcer des paroles rituelles qui, pour l'aliénation d'un esclave, exemple donné par les jurisconsultes, sont les suivantes : "Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio", je dis que cet esclave est à moi en vertu du droit des quirites. Et il ajoute : "Isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra", et qu'il me soit acquis (ou qu'il me soit acheté), par cet airain et cette balance d'airain.

C'est une formule absolument rituelle, puisqu'on précise même dedans que la balance est d'airain.

Ce qu'il y a de très curieux dans cette formule c'est qu'elle comprend deux éléments en apparence contradictoires, puisque l'acquéreur commence par dire qu'il est propriétaire et qu'il dit ensuite qu'il acquiert la chose, qu'il l'achète moyennant un lingot d'airain.

M. Lévy-Bruhl appelle la première partie de la formule, la formule vindicatoire, et il fait remarquer qu'elle se rencontre dans trois actes juridiques différents : dans l'action en revendication, dans l'"in jure cessio" et dans la mancipation. Tandis qu'au contraire la deuxième partie de la formule est propre à la mancipation. Elle paraît indiquer la cause de l'acquisition : le lingot d'airain et la formalité par l'airain et la balance.

De plus les documents qui nous ont été conservés prouvent qu'à l'époque classique, l'acquéreur indiquait en outre le prix réel ou fictif pour lequel la chose était acquise; il ajoutait : pour un prix de dix mille sesterces, ou bien encore pour un prix d'un sesterce, si l'on indiquait un prix fictif.

Enfin pour terminer la cérémonie, l'acquéreur heurtait la balance du lingot d'airain et le remettait à l'aliénateur en guise de prix.

2°- Histoire de la mancipation.

Si on est à peu près d'accord sur les formes classiques de la mancipation, il est au contraire beaucoup plus difficile d'en retracer l'histoire. Plus les hypothèses sur l'histoire de la mancipation

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

s'accumulent et moins la question paraît claire.

Insuffisance de l'explication traditionnelle présentant la mancipatio comme ayant été primitivement une vente au comptant.

Tout d'abord, la majorité des auteurs paraît en faveur de l'idée qu'il y a quelque chose de réel à la base de la mancipation, que la réalité des faits a précédé le pur formalisme, que la mancipation a à sa base, à l'origine une vente au comptant. La mancipation serait une vente au comptant de l'époque où l'on ne connaissait pas encore la monnaie qui se compte les pièces de monnaie garanties par l'Etat, et où l'on se servait de lingots d'airain que l'on prenait au poids.

Mais ceci n'explique pas tout. La mancipation telle qu'elle nous apparaît dans ses formes est beaucoup plus qu'une vente au comptant.

Tout d'abord il y a une difficulté résultant du fait qu'elle ne s'applique qu'aux res mancipi, alors qu'on pourrait acheter au comptant aussi bien des res nec mancipi que des res mancipi.

D'autre part, son formulaire comporte autre chose que l'acquisition moyennant un lingot d'airain. Il comporte une déclaration de propriété de l'acquéreur. Or, la vente au comptant en elle-même ne suppose pas nécessairement l'acquisition de la propriété par l'acquéreur.

Enfin et surtout la mancipation est le seul mode d'acquisition de la propriété qui protège l'acquéreur contre le défaut de droit de l'aliénateur. C'est le seul mode d'acquisition qui fait naître de plein droit une obligation de garantie à la charge de celui qui participe à la mancipation. Et ici encore l'idée de vente au comptant n'explique pas pourquoi cette obligation de garantie n'existe que dans la mancipation.

M. le Professeur Monier ne proposera pas de donner une explication historique de toutes ces formalités. Il en a présenté une dans son Manuel de Droit romain. Finalement tous les commentaires qui l'ont accompagnée et les conséquences que l'on en a tirées font que personnellement il ne croit plus que ce soit une explication définitive, et il préfère l'abandonner.

En effet, il faut reconnaître que la part d'hypothèse y joue un trop grand rôle et que l'on doit autant que possible concilier les hypothèses avec les faits.

Or, les faits c'est que la formule de la mancipation renferme d'une part une déclaration d'acquisition de la propriété et d'autre part une déclaration que la chose est acquise pour un lingot d'airain.

Aussi, sans remonter à la préhistoire, contentons-

Source : BIU Cujas

nous de constater que dès l'ancien droit romain, dès la Loi des Douze Tables, la mancipation est un mode d'acquisition de la propriété quiritaire et que selon toute vraisemblance son domaine d'application primitif est la vente.

Transformation de la pesée réelle. en pesée fictive. Epoque à laquelle elle s'est opérée.

Pendant longtemps, les auteurs ont soutenu que c'était la Loi des Douze Tables qui avait rendu fictive la pesée dans la mancipation. On partait de l'idée que c'était la Loi des Douze Tables qui avait introduit la monnaie d'Etat et qu'à partir de ce moment-là, il n'y avait donc plus besoin de peser des lingots d'airain pour les remettre ensuite à l'aliénateur à titre de prêt. Mais les études récentes sur la monnaie ont prouvé qu'il n'y avait aucun lien entre la Loi des Douze Tables et la monnaie officielle, et surtout que l'on avait continué à peser la monnaie même après son apparition.

En effet, en ce temps là les dévaluations ne se faisaient pas comme de nos jours. Elles se faisaient par voie de diminution du poids de l'unité monétaire. C'était toujours la même monnaie nominale qui était en circulation, mais l'Etat émettait des pièces dont le poids était de plus en plus faible, et comme on ne retirait pas de la circulation les pièces anciennes, on avait en même temps en circulation des as qui pesaient tous les poids possibles. Aussi il est facile de comprendre que les particuliers n'acceptaient pas pour la même valeur des pièces qui auraient pesé 300 grammes et des pièces de même métal qui auraient pesé 30 grammes. C'est ce qui explique pourquoi, même après l'existence d'une monnaie de bronze officielle, on continuait à peser les pièces de monnaie de l'Etat dans la balance pour savoir exactement ce qu'elles valaient. Ainsi l'histoire de la mancipation dans la période qui suit la Loi des Douze Tables s'explique en partie par les conceptions archaïques de la dévalution et de l'affaiblissement de la valeur des monnaies.

Aussi est-ce seulement avec l'apparition d'une monnaie entièrement nouvelle que la pesée devait cesser d'être pratiquée dans la mancipation. Il s'agit de l'apparition de la monnaie d'argent, de la substitution du sesterce d'argent à l'as d'airain primitif. Ceci s'est accompli au cours du III° siècle avant J.-C. On croyait savoir la date il y a quelques années encore; après les études les plus récentes on n'en sait plus rien.

Après les guerres Puniques, l'Etat romain enrichi par les conquêtes et par le butin n'a plus besoin pour se procurer des ressources de dévaluer à nouveau les monnaies. Pendant des siècles le poids de la mon-

Source : BIU Cujas

naie d'argent restera stable et on s'habituera à envisager la pièce de monnaie dans son unité, dans sa valeur nominale et non plus dans son poids. Désormais la pesée du lingot d'airain devient un geste purement rituel, une forme qui ne correspond plus à rien de réel.

Transformation de la mancipatio en un mode général de transfert de la propriété. Son caractère abstrait.

Mais une autre transformation très profonde s'était accomplie dans la mancipation. Elle avait cessé de se rattacher nécessairement à la vente au comptant pour devenir un mode général d'acquisition de la propriété. Peu à peu le domaine d'application de la mancipation s'était étendu et l'on pouvait y procéder dans des cas très nombreux. On dit qu'à partir de ce moment-là, la mancipation est devenue un acte abstrait, dont la valeur juridique est indépendante du but concret que l'on se propose, de la cause de la mancipation. Peu importe désormais pourquoi on procède au rite de la mancipation, du moment où les formalités ont été accomplies l'acte produit son effet juridique. On continue toujours, il est vrai, comme par le passé, à procéder fréquemment à une mancipation à la suite d'une vente, mais désormais la vente précède la mancipation. La vente est devenue un contrat consensuel et la mancipation ne sert plus qu'à exécuter ce contrat de vente préalable.

Mais la mancipation peut également être faite à titre gratuit, à titre de donation, ou de constitution de dot. Elle peut également servir à donner la garantie la plus forte possible à un créancier. C'est ce que l'on appelle la mancipation fiduciaire, acte dans lequel le créancier devient provisoirement propriétaire de la chose qui lui est remise en garantie; mancipation fiduciaire, mancipation pour cause de donation, mancipation à titre de dot. Comme dans tous ces cas de mancipation à titre gratuit il n'y a aucun prix payé par l'acquéreur, l'indication du prix réel est remplacée par l'indication du prix fictif d'un sesterce. L'acquéreur déclare qu'il acquiert la chose pour une pièce de monnaie d'un sesterce.

Application de la mancipatio d'abord exclusivement aux choses mobilières -Son extension ultérieure aux immeubles.

La mancipation d'ailleurs, qui en ce qui concerne les actes juridiques à la suite desquels elle pouvait être pratiquée, avait vu son domaine considérablement étendu, restait toujours restreinte par contre en ce qui concerne les choses auxquelles elle pouvait s'appliquer.

Il nous semble qu'anciennement la mancipation ne pouvait s'appliquer qu'aux choses mobilières. En effet on est surpris de constater que le formalisme de l'acquisition des choses mobilières est beaucoup plus grand que celui de l'acquisition des fonds de

Source : BIU Cujas

terre, bien que les fonds de terre présentent une beaucoup plus grosse valeur. Pour acquérir un esclave ou un boeuf, il faut nécessairement que l'esclave ou l'animal soit présent, il faut nécessairement un geste d'appréhension matérielle de l'objet mancipé, et les jurisconsultes y attachent une telle importance qu'ils expliquent par ce geste d'appréhension le nom même de la mancipation.

Au contraire pour les fonds de terre le formalisme est beaucoup moins grand. On n'exige même plus la présence de la chose, on n'exige même pas, comme dans l'"in jure cessio" ou dans la revendication, que le fonds de terre soit représenté par une tuile s'il s'agit d'une maison, ou s'il s'agit d'un fonds non bâti par une motte de terre. Ceci s'explique le plus aisément du monde, si l'on admet que la mancipation n'était en usage anciennement que pour les choses mobilières et n'a été étendue aux fonds de terre et aux maisons qu'à une époque où le formalisme était déjà en décroissance. Peut-être que si M. de Visscher admettait cette opinion, il se tirerait plus facilement du système nouveau du mancipium qu'il a exposé.

Limitation de l'emploi de la mancipatio aux res mancipi.

D'autre part il nous paraît incontestable que la mancipation ne s'est jamais appliquée qu'aux res mancipi. Jamais une mancipation employée pour une res nec mancipi n'a produit un effet juridique quelconque. M. de Visscher l'explique par l'idée que la mancipation, avant d'être un mode d'acquisition de la propriété quiritaire a été un mode d'acquisition du pouvoir de commandement sur les choses, et que seules les res mancipi étaient objets de ce pouvoir primitif de commandement. Ici encore il semble que cette manière d'expliquer les choses est beaucoup plus naturelle, si l'on admet que la mancipation et le mancipium ne s'appliquaient dans cette notion ancienne qu'aux êtres animés susceptibles d'obéir, aux esclaves, aux bêtes de trait et de somme.

Inutile du reste d'insister sur ce point puisque nous sommes alors dans le domaine de l'hypothèse et pour ainsi dire de la préhistoire du droit romain.

Persistance, du moins nominale, de la mancipatio jusqu'au VI° S. en Occident.

Pendant toute l'époque classique, la mancipation a été couramment utilisée en Italie. Au contraire en Orient elle était beaucoup moins employée parce que les fonds de terre situés en province étaient normalement des res nec mancipi, ce qui fait qu'il y avait très peu de possibilité d'utilisation de la mancipation en Orient pour les fonds de terre. C'est ce qui explique pourquoi les destinées finales de la mancipation ont été différentes en Occident et en Orient. En Italie, la mancipation survit, tout au moins en ap-

Source : BIU Cujas

parence, jusqu'au VI° siècle ap. J.C.. On trouve encore le mot "mancipatio" dans les papyrus de Ravenne, qui sont des documents du VI° siècle que l'on a découverts à Ravenne, en Italie. Mais on admet généralement que la mancipation n'existe plus en réalité que de nom. On dit que l'on procède à une mancipation comme on dirait que l'on procède à une acquisition de propriété, et tout le monde admet qu'il n'y a plus ni libripens, ni balance, ni lingot d'airain à cette époque en Italie.

En Orient, il semble que la mancipation n'était plus guère utilisée que dans le droit des personnes, pour réaliser une émancipation. Et Justinien proclamant la disparition de la distinction des res mancipi et des res nec mancipi, a en même temps aboli définitivement la mancipation.

3°- Quels sont les effets de la mancipation à l'époque classique ?

I- En cas de mancipatio valable, transfert immédiat de la propriété quiritaire.

En premier lieu, on peut supposer que la mancipation a été faite valablement par une personne capable d'aliéner et qui était propriétaire de la chose mancipée. En ce cas, l'effet direct et immédiat de la mancipation c'est de rendre l'acquéreur propriétaire quiritaire de la res mancipi aliénée.

Cet effet se produit immédiatement dans tous les cas. Nous ne pouvons en effet admettre une théorie en faveur, suivant laquelle en cas de vente le transfert de propriété serait subordonné au paiement du prix. En effet les auteurs trouvent dans les Institutes de Justinien qu'un tel effet se produit en matière de tradition. Ils déclarent : Justinien parle de tradition, mais il ne s'agit pas de tradition, il faut lire mancipation, dans la mancipation, le transfert de propriété est subordonné au paiement du prix.

Ainsi que d'autres auteurs contemporains nous dirons au contraire, Justinien déclare que c'est en matière de tradition que cela se passe ainsi : laissons donc cet effet à la tradition et n'allons pas sans raison décisive le rattacher à la mancipation.

2- L'auctoritas du vendeur en cas où l'acheteur est menacé d'éviction.

Mais, et c'est là le second effet éventuel de la mancipation, il peut arriver que l'aliénateur n'ait pas été propriétaire de la chose mancipée, ou même, d'une manière plus générale, qu'une tierce personne se présente propriétaire et revendique la chose. La mancipation fait naître de plein droit à la charge de l'aliénateur l'obligation d'assister l'acquéreur dans le procès en revendication relatif à la chose. On dit qu'il lui doit son "auctoritas", il lui doit son assistance, son concours.

Source : BIU Cujas

Ainsi donc, c'est seulement en cas de trouble résultant d'une action en justice que l'aliénateur est appelé au secours par l'acquéreur. Et l'aliénateur est responsable quand bien même finalement l'acquéreur triompherait, du moment où il s'est refusé à lui procurer son assistance. Un refus d'assistance est traité de la même manière qu'une assistance inefficace.

Quelle est la peine encourue par l'aliénateur, s'il n'est pas venu au secours de l'acquéreur ou si l'acquéreur a été dépouillé de la chose par le tiers revendiquant ? Il est condamné à la peine du double du prix déclaré dans la mancipation. Il ne faut pas dire qu'il est condamné à la peine du double de la valeur de la chose; on ne tient pas compte de la valeur réelle de la chose, on tient compte uniquement du prix qui a été déclaré au cours de la mancipation. Ceci est extrêmement important, car il en résulte que la garantie ne joue pas dans la mancipation à titre gratuit, puisqu'au cours de la mancipation on a déclaré le prix ridicule d'un sesterce, et on ne pourrait faire condamner l'aliénateur qu'au double d'un sesterce, c'est-à-dire à 2 sesterces. Personne ne va faire un procès pour obtenir une telle indemnité.

Et même il y a dans cette déclaration inexacte d'un prix un moyen, même en cas de vente, pour éviter tout recours de l'aliénateur. Supposons que l'aliénateur ne soit pas très sûr de son droit ou qu'il veuille éviter tout ennui, il se fait remettre, en cas de vente, le prix véritable de la main à la main, mais exige qu'au cours des formalités de la mancipation l'acheteur ne déclare qu'un prix fictif d'un sesterce. Ainsi l'aliénateur échappe à toute garantie, puisque le prix véritable n'a pas été déclaré au cours de la mancipation, et a été remplacé par l'indication d'un sesterce.

Les auteurs modernes, voulant à toute force baptiser l'action qui sanctionne l'absence de garantie, l'appellent l'action "auctoritatis", mais en réalité, aucun texte romain ne nous précise comment elle s'appelle.

3- Les clauses insérées dans le formulaire de la mancipatio relativement à la situation juridique de la chose.

Le troisième effet éventuel de la mancipation, c'est celui de rendre obligatoires certaines clauses prononcées au cours du rite de la mancipation. Jusqu'à ces dernières années, les auteurs se refusaient à tout prix à admettre que l'aliénateur puisse s'obliger en prononçant des paroles spéciales au cours de la mancipation et ils s'efforçaient d'échapper aux textes qui le disent, par une interprétation forcée. En réalité la Loi des XII Tables permet déjà à l'aliénateur de se soumettre à certaines obligations en prononçant

Source : BIU Cujas

des paroles au cours de la mancipation. Une phrase de la Loi des XII Tables nous dit que lorsque l'on fera une mancipation les paroles prononcées auront une valeur juridique.

Cependant il ne faut pas pousser à l'absurde cette idée et croire que l'on puisse faire n'importe quelle déclaration sur n'importe quel sujet au cours de la mancipation pour se soumettre à des obligations. Les Romains limitent l'application du principe aux déclarations relatives à la situation juridique de la chose mancipée, aux déclarations qui ont pour but de préciser, au point de vue juridique, la situation de la chose.

a) Etendue du fonds.

Un premier type de déclarations, c'est celui des déclarations relatives à l'étendue du fonds mancipé. L'aliénateur a déclaré que le champ mancipé avait 50 hectares, cette déclaration le rend responsable si l'acquéreur constate que la superficie est inférieure, que le champ n'a que 45 hectares. On a droit à une indemnité correspondant au simple ou au double, suivant les cas, de la valeur des 5 hectares qui manquent.

b) Absence de vue juridique de la chose.

Un autre genre de déclarations c'est celui où celui qui mancipe la chose déclare qu'elle est exempte de vices juridiques. Au contraire, la responsabilité ne s'étend pas en matière de mancipation aux vices physiques, aux vices matériels de la chose. Un exemple de vice juridique un peu spécial que nous donne Cicéron, c'est celui de cette maison qui était construite sur une hauteur et qui gênait les augures dans la prise des auspices, le propriétaire de la maison avait reçu notification des augures d'avoir à détruire son bâtiment, ce bâtiment était affecté d'un vice juridique, puisqu'il était menacé d'être démoli par contrainte religieuse. Que fit le propriétaire ? Il s'empressa de le vendre, sans déclarer à l'acheteur que l'immeuble était atteint de vice juridique. Ici Cicéron nous dit que c'est parce que à son époque la vente était un contrat de bonne foi que l'acheteur obtint une indemnité; mais il ajoute qu'anciennement, dans la réglementation de la Loi des XII Tables, pour que le vendeur soit responsable il fallait qu'il déclare au cours de la mancipation que la chose était dans le meilleur état possible, que sa situation juridique était parfaite. Ainsi donc, à ce propos Cicéron nous montre indirectement un exemple de vice juridique.

c) Absence de servitude.

Un autre exemple plus courant c'est celui des servitudes. C'est le cas où l'immeuble mancipé était grevé de servitudes au profit d'un tiers. On suppose qu'au cours de la mancipation, l'aliénateur a déclaré que l'immeuble était excellent, "uti optimus maxi-

Source : BIU Cujas

mus", qu'il était le meilleur, le plus complet possible. Par cette déclaration, il a engagé sa responsabilité, car quand l'immeuble est grevé d'une servitude de vue, s'il s'agit d'une maison, ou de passage, s'il s'agit d'un fonds de terre, on ne peut pas dire qu'il est dans la situation juridique la meilleure possible.

On voit donc les différents cas où les déclarations orales de l'aliénateur pouvaient engager sa responsabilité en vertu de la Loi des XII Tables.

§ 3 - La tradition.

Ce mot, évidemment , est fâcheux, il prête constamment à confusion dans l'esprit de ceux qui font du droit, puisque le mot "tradition" a, en français, un sens tout à fait différent du mot latin "traditio". Mais lorsque l'on fait du droit romain, en règle générale la tradition est un mode d'acquisition de la propriété, tandis qu'en latin l'usage, la tradition, au sens moderne du mot, se dit "mos", ou "consuetudo".

Nous étudierons suivant un plan historique la tradition d'abord sous la République et sous le Haut-Empire, puis au Bas-Empire et sous Justinien.

Sens de tradere, traditio.

I- La tradition sous la République et sous le Haut-Empire.

Le mot latin "tradere" signifie livrer, remettre , et par suite le mot tradition signifie simplement remise, et d'une manière plus précise, remise de la détention ou de la possession d'une chose faite par une personne à une autre.

Cependant, dès l'époque classique, la tradition est devenue le mode essentiel d'acquisition de la propriété et dans le droit de Justinien c'est même l'unique mode d'acquisition de la propriété à titre volontaire.

Pourquoi la traditio n'a pu être primitivement un mode d'acquisition de la propriété.

Il semble naturel d'admettre qu'il est impossible que dans le très ancien droit romain la tradition ait pu déjà être un mode d'acquisition de la propriété quiritaire. Sans un droit rituel et formaliste il semblerait anormal qu'un simple acte matériel de remise d'une chose puisse faire acquérir la propriété.

D'autre part la tradition en elle-même est un acte incolore, en ce sens que l'on peut remettre une chose à une autre personne à n'importe quel titre, dans des buts très différents les uns des autres.

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Source : BIU Cujas

Pour que la tradition fasse acquérir la propriété, il faut qu'elle soit faite en droit classique en vertu de certains buts précis, en vertu d'une juste cause. Or, on ne conçoit pas non plus qu'avant la Loi des XII Tables, le peuple de pasteurs et de paysans qui ne comptait pas encore de jurisconsultes ait élaboré la théorie abstraite de la "justa causa".

Son admission ultérieure comme mode de transfert dans des cas concrets. A l'époque des XII Tables vente d'une res nec mancipi accompagnée du paiement du prix.

Cependant on peut admettre que dès la loi des XII Tables, il y a un cas dans lequel la tradition est déjà devenue un mode d'acquisition de la propriété quiritaire. Avant d'élaborer une notion abstraite de la juste cause, on a admis des cas isolés d'acquisition de la propriété par simple remise de la possession. Et pour le démontrer nous utiliserons cette règle des Institutes de Justinien, que certains auteurs avaient voulu nous enlever en la rattachant sans raison à la mancipation. Justinien, en effet dans ses Institutes, nous déclare qu'en vertu de la Loi des XII Tables la tradition fait acquérir la propriété en cas de vente de la chose accompagnée du paiement du prix. C'est là une indication historique extrêmement intéressante , qui prouve que c'est dans un cas concret, dans un cas particulièrement intéressant, qu'on a admis pour la première fois, que la tradition ferait acquérir la propriété quiritaire d'une res nec mancipi. C'est un cas où une telle acquisition est tout à fait légitime : celui qui reçoit la possession de la chose non seulement l'a achetée, mais en a payé le prix, comptant; il n'y a donc aucune raison pour l'aliénateur de rester propriétaire de la chose, il y a le motif le plus légitime possible de rendre l'acquéreur propriétaire.

Et ce qui prouve également la force de l'usage et l'importance de cette régle, comme point de départ de la théorie de la tradition, c'est que même à l'époque où l'emploi de ce mode d'acquisition de la propriété s'est généralisé, on a toujours conservé , tout au moins théoriquement, le vieux principe de la Loi des XII Tables. Tandis que pour les autres cas d'acquisition de la propriété par voie de tradition, il n'y a pas d'exigence supplémentaire, en matière de vente on maintient toujours la règle que l'acquisition de la propriété est subordonnée au paiement du prix.

Ce principe se maintient tant bien que mal. Il ne correspond plus aux nécessités pratiques. Le préteur le paralyse. Justinien en change la signification exacte, mais on le retrouve tel quel dans les Institutes de Justinien. C'est là une relique, ou un

Source : BIU Cujas

fossile, de la loi des XII Tables, qui montre combien les Romains sont traditionalistes, ont peine à abandonner les vieilles règles juridiques de leur droit archaïque.

Extension du domaine de la traditio comme mode d'acquisition de la propriété, des res nec mancipi, après l'élaboration à la fin de la République de la notion de justa causa.

Mais au cours des derniers siècles de la République on avait considérablement élargi le domaine d'application de la tradition en tant que mode d'acquisition de la propriété et l'on avait élaboré la théorie de la juste cause. On avait proclamé que la remise de la chose, tout au moins d'une res nec mancipi, ferait acquérir immédiatement la propriété quiritaire toutes les fois où elle aurait lieu en vertu d'une juste cause.

Son extension par suite de la création de l'a. publicienne, son application entre pérégrins et aux fonds provinciaux.

Puis, par la suite, le domaine de la tradition allait encore s'étendre. Nous avons vu en effet que le préteur avait institué l'action publicienne précisément pour le cas où c'était une res mancipi qui avait fait l'objet d'une tradition. Par suite, dès la création de l'action publicienne on peut sans grand inconvénient se passer de la mancipation et faire tradition de la res mancipi à l'acquéreur, puisque l'acquéreur sera désormais protégé par une action judiciaire.

Nous avons vu également que la mancipation ne s'était jamais appliquée à l'époque classique aux fonds de terre situés en province. Par suite, pour tous les fonds provinciaux, c'est la tradition qui va être le mode normal de transfert du droit qu'ont sur ces fonds leurs titulaires.

Enfin, c'est également par voie de tradition, que l'on remet une chose d'une personne à une autre, entre pérégrins de deux cités différentes ou entre pérégrins et citoyens romains.

Ainsi, bien que ce ne soit qu'entre citoyens et à propos des res nec mancipi que la tradition fasse acquérir la propriété quiritaire, elle a par ailleurs un très vaste domaine d'application. Elle est l'origine de la propriété prétorienne protégée par l'action publicienne, elle est le mode d'acquisition de la propriété des pérégrins, protégée par les gouverneurs et le préteur pérégrins. Elle est enfin le mode d'acquisition du droit que possèdent les individus sur les fonds provinciaux protégés par l'action réelle des gouverneurs de province.

Ainsi donc, dès le Haut-Empire la tradition, mode d'acquisition du droit des gens, du "jus gentium", est devenu le mode d'acquisition le plus important du droit romain.

Conditions de validité.

Examinons à présent les conditions de validité de la tradition.

Source : BIU Cujas

Pour que la tradition soit valable, il faut qu'elle soit faite par une personne capable d'aliéner, qu'il y ait une remise de la possession et enfin une juste cause, une "justa causa".

I-Capacité d'aliéner.

Il faut tout d'abord qu'elle soit accomplie par une personne capable d'aliéner. Nous avons déjà étudié les incapacités. Nous savons qu'il y a de nombreux cas où une personne ne peut aliéner un bien qu'avec le concours du tuteur ou du curateur. Nous savons d'autre part que l'on a fini par admettre que le tuteur pourrait aliéner valablement les res nec mancipi de son pupille.

En ce qui concerne les femmes, il faut remarquer qu'elles peuvent librement aliéner leurs res nec mancipi, mais qu'elles ne pourraient même pas faire tradition d'une res mancipi sans le concours de leur tuteur.

Il y a, par contre, des gens qui sans être propriétaires peuvent faire tradition valable d'une chose. Il s'agit des créanciers gagistes qui n'ont pas été payés à l'échéance et qui avaient convenu qu'ils auraient le droit de vendre la chose donnée en gage. Ici, ce n'est pas le propriétaire lui-même qui aliène la chose et cependant l'acquéreur va en devenir propriétaire.

2- La remise de la possession;dématérialisation progressive de cette formalité.

En second lieu, la tradition exige essentiellement la remise de la possession faite par l'aliénateur à l'acquéreur. Nous serons bref sur ce point puisque nous étendre trop longuement serait répéter ce que nous avons déjà dit à propos de la théorie de la possession. Il faut faire application à la tradition, qui est essentiellement une remise de la possession, de ce que nous avons dit sur l'acquisition de la possession et sur les simplifications admises progressivement à l'entrée en possession de l'acquéreur.

Originairement on parle de "tradere de manu in manum", de faire une tradition de la main à la main, un geste matériel, une livraison matérielle de la chose. Puis on admet que l'aliénateur peut en son absence librement disposer de la chose, en chargeant un procurateur, par exemple, de mettre l'acquéreur en possession.

On admet ensuite toutes les simplifications que nous avons admises à l'entrée en possession. On admet ce que nos anciens auteurs appelaient la tradition "longa manu", ou la tradition "brevi manu". On suppose tantôt que l'acquéreur a la main beaucoup plus longue qu'il ne l'a et que sans appréhender la chose matériellement il l'appréhende de loin. Ou bien

Source : BIU Cujas

encore on admet qu'il a la main beaucoup plus courte qu'il ne paraît, tradition de brève main. En réalité il acquiert la possession sans avoir pris matériellement possession de la chose. C'est le cas par exemple du fermier ou du dépositaire qui achète une chose au propriétaire. Il est déjà en détention matérielle de la chose; il en devient possesseur par l'acte conclu avec le propriétaire sans qu'il y ait aucun geste matériel. C'est ce que les anciens auteurs appelaient une tradition "brevi manu", il n'y a plus vraiment de geste d'appréhension matérielle.

3- La justa causa traditionis.

Enfin, en troisième lieu, on exige la "justa causa". La théorie de la juste cause est l'une des plus difficiles du droit romain, comme la théorie de la cause est l'une des plus délicates à comprendre en droit civil français lorsqu'on aborde en 2ème Année la théorie des contrats. Ceci tient à beaucoup de motifs.

Tout d'abord cela tient à ce que le mot "cause" est un mot à sens multiples, ce qui fait qu'il est très difficile de séparer un sens technique du mot des autres sens(I). On parle tout le temps de cause dans les domaines les plus différents. En droit romain on trouve le mot "causa" dans toutes les applications possibles, dans tous les sens plus ou moins précis. Aussi est-il particulièrement difficile de diagnostiquer le sens technique exact du mot "causa" en matière de tradition.

D'autre part, les auteurs modernes ne sont pas toujours d'accord non plus sur ce qu'est exactement la théorie de la juste cause, et il semble qu'en réalité elle ait varié en droit romain suivant les époques.

Si les Romains ont été obligés d'élaborer une théorie de la "justa causa" en matière de tradition, c'est parce que la remise matérielle d'une chose en elle-même est insuffisante à justifier l'acquisition de la propriété. En effet le même geste peut avoir pour but soit de rendre celui qui reçoit la chose détenteur, soit de le rendre possesseur, soit de le rendre propriétaire. On ne peut pas savoir a priori la signification du geste matériel. Vous remettez un livre à votre camarade. Si l'on prend ce geste en lui-même, cette remise de la main à la main, il est impossible de savoir si vous ne précisez pas, si vous n'indiquez pas le but poursuivi, pourquoi vous avez remis le livre. Vous avez pu lui en remettre la sim-

---

(I) Cf. R. Monier, Petit vocabulaire de droit romain V° causa, pp.48-50.

Source : BIU Cujas

ple détention, vous le lui prêtez pour quelques jours, vous avez pu vouloir l'en rendre possesseur, vous lui avez remis ce livre en garantie des I2 francs qu'il vous avait prêtés, enfin vous pouvez avoir voulu lui donner ce livre, ou bien il peut vous l'avoir acheté, et en ce cas il y aura un but qui justifie l'acquisition de la propriété par votre camarade.

Ainsi, sans avoir encore expliqué ce qu'est exactement la "justa causa", on saisit tout de même la nécessité de rechercher pourquoi on remet la possession de la chose, la nécessité de rechercher le but poursuivi par l'aliénateur et l'acquéreur.

Mais ce qui fait la difficulté de la question c'est la recherche qu'il faut faire pour savoir d'une manière précise, exacte, en quoi consiste la "justa causa".

Distinction de la justa causa et du juste titre.

On pourrait supposer que cette "justa causa" c'est en réalité un juste titre, que c'est l'acte juridique qui légitime l'entrée en possession de celui qui reçoit la chose; ce serait la vente, ce serait la stipulation par laquelle vous vous êtes engagé à transférer la chose envisagée. Malheureusement il n'en est pas ainsi. Il est certain que ce n'est pas l'acte juridique qui a précédé la tradition qui constitue la juste cause. En effet la nullité de cet acte juridique n'empêche pas l'acquéreur de devenir propriétaire. Or, si le juste titre était l'acte juridique qui précède la tradition, sa nullité devrait empêcher la tradition de rendre l'acquéreur propriétaire.

Insuffisance à l'époque classique de la simple intention abstraite d'acquérir et d'aliéner.

C'est, d'après certains auteurs, une simple intention abstraite d'aliéner et d'acquérir. Mais ici encore il n'y a là qu'une idée tardive, une idée qui n'apparaît que dans le droit de Justinien . On ne peut pas admettre qu'on se soit contenté en droit classique comme juste cause d'une simple intention abstraite d'aliéner et d'acquérir. Il y a , peut-on même dire, incompatibilité entre la recherche du but et l'admission que la tradition soit un acte abstrait qui produise ses effets quel que soit le but concret poursuivi par les parties. Il faut quelque chose de plus en droit classique qu'une simple intention abstraite d'aliéner et d'acquérir.

Qu'est ce que la justa causa traditionis?

Qu'est-ce donc que la "justa causa" ? Divisons le problème et tout d'abordrecherchons ce qu'est la "causa traditionis".

La causa traditionis: but immédiat

La "causa traditionis", la cause de la tradition, fait corps en quelque sorte avec l'opération juridique envisagée. On doit la rechercher non pas

Source : BIU Cujas

et concret poursuivi en remettant la possession.

avant la tradition, mais au moment même de la tradition. C'est le but immédiat et concret poursuivi par les parties, en remettant la possession de la chose. C'est la réponse à la question : pourquoi remet-on la chose ? A quel titre remet-on la chose?

Il y a des cas où c'est en exécution d'un acte juridique antérieur. En ce cas, à quel titre remet-on la possession de la chose ? A titre de vente. Ou bien encore c'est en exécution d'une obligation née d'une stipulation. Mais il y a des cas au contraire où il n'y a aucun acte juridique antérieur et où par conséquent il ne peut être question d'acte juridique précédant la tradition. C'est le cas de la donation, c'est le cas du prêt de consommation. La donation n'est pas une opération juridique qui précède la tradition. Le prêt de consommation se réalise par la remise même de la chose. Par suite, en ces cas, l'opération juridique en vertu de laquelle on accomplit la tradition et la tradition elle-même ne font qu'un.

Dans la donation, la cause de la remise de la possession, c'est l'intention de faire et de recevoir une libéralité. Dans le prêt de consommation, c'est la volonté réciproque de remettre et de recevoir une chose à titre de prêt. Mais même ici, il ne s'agit pas d'une intention abstraite; on recherche le but concret, précis poursuivi, prêt de consommation, donation.

Condition pour que la cause soit juste.

La cause de la tradition est "justa" lorsque le but que l'on poursuit justifie l'acquisition de la propriété par celui qui reçoit la chose. Il existe ainsi un grand nombre de rapports juridiques qui sont de nature à justifier le transfert de propriété soit à titre onéreux, soit à titre gratuit.

Des cas où la causa fait défaut malgré la volonté réciproque des parties d'acquérir et d'aliéner.

Mais, il existe , au contraire, des cas, où malgré la volonté réciproque d'aliéner ou d'acquérir il n'y a pas de cause, à proprement parler, de la tradition; ou bien la cause est "injusta" est illicite, et par suite on n'en tient pas compte.

Deux exemples nous montreront comment il y a des cas où, malgré l'intention réciproque d'aliéner et d'acquérir, la propriété n'est pas acquise par la tradition en droit classique.

Malentendu sur le but poursuivi. Absence de justa causa.

Prenons tout d'abord le cas du malentendu sur le but poursuivi. On suppose que l'aliénateur croit remettre la chose en vue d'exécuter un prêt de consommation, tandis qu'au contraire celui qui reçoit la chose croit la recevoir à titre de donation , de libéralité, Si la juste cause était une simple intention d'aliéner et d'acquérir, la propriété serait

Source : BIU Cujas

acquise, puisqu'aussi bien la donation que le prêt de consommation impliquent la volonté d'acquérir et d'aliéner. Or, en ce cas le jurisconsulte Ulpien nous dit qu'il n'y a rien de fait, que la propriété n'est pas transférée. Pourquoi ? Parce que on recherche le but concret poursuivi. Or on ne peut pas dire qu'il y a un but concret précis poursuivi du moment où les deux parties sont en désaccord sur ce but. Il n'y a pas union, accord de volonté sur le but de la tradition, l'un croyant faire une libéralité, l'autre croyant qu'il s'agit d'un prêt de consommation.

Ainsi donc l'étude du malentendu sur la cause de la tradition nous montre bien que la juste cause dans la tradition ce n'est pas une intention abstraite, c'est un but précis, concret, sur lequel les deux parties doivent être d'accord.

But illicite.

D'autre part, d'autres exemples nous montrent que bien que les parties soient d'accord sur le but poursuivi et soient d'accord pour transférer la propriété, celle-ci ne sera pas acquise à l'acquéreur dès l'instant où le but est illicite. C'est le cas de la donation entre époux et le cas du prêt fait en violation du sénatus-consulte Macédonien.

Prenons le cas d'une donation entre époux. Le mari remet à sa femme une bague dont il désire lui faire cadeau. Ici il n'y a plus de malentendu, les deux parties sont d'accord pour faire et recevoir une libéralité. Il y a donc accord sur le but poursuivi. Mais la coutume prohibe formellement les donations entre époux; par suite il s'agit d'un acte illicite. On ne peut pas dire qu'il y a juste cause d'acquisition de la propriété quand précisément le but poursuivi est illicite; le caractère illicite du but poursuivi empêche la propriété de la bague d'être acquise par la femme.

De même supposons qu'un usurier ait prêté de l'argent à un fils de famille. Le sénatus-consulte Macédonien au Ier siècle ap. J.C. a interdit formellement de prêter de l'argent à un fils de famille. Supposons qu'après le décès de son père, par exemple, le fils de famille qui est honnête rembourse le prêt qu'il a reçu. Les deux parties sont d'accord sur le but poursuivi : c'est rembourser un prêt. Mais les jurisconsultes estiment que le but est illicite. L'acte revêt un caractère illicite dès l'instant où il s'agit de rembourser un prêt fait contrairement à la disposition du sénatus-consulte. Le caractère illicite de l'opération empêche ici encore le créancier de devenir propriétaire de la somme qu'il reçoit. Nous sommes donc arrivés à la théorie de la juste cause d'a-

Source : BIU Cujas

bord en écartant toutes les opinions qui étaient en contradiction avec les cas pratiques qui nous sont donnés par les textes romains. Nous avons essayé ainsi de trouver une définition et un exposé de la juste cause de la tradition qui ne soit en contradiction avec aucun texte et qui les explique tous dans la mesure du possible. Nous sommes partis des faits pour en arriver à la définition de la juste cause , au lieu d'essayer d'élaborer une théorie de la juste cause d'une manière abstraite.

Importance acquise par la tradition dans le droit de Justinien comme mode de transfert conventionnel. Modification de ses conditions de validité

2- La tradition au Bas-Empire et sous Justinien.

La tradition est une matière qui a subi à tous points de vue de profondes modifications au cours du Bas-Empire. La tradition devait en effet prendre dans le droit du Bas-Empire un rôle capital, puisqu'elle allait supplanter progressivement tous les autres modes de transfert conventionnel de la propriété.

Au cours du Bas-Empire on constate en effet que même en Italie, pour les fonds de terre italiques, la tradition concurrence dangereusement la mancipation, tandis que dans l'Empire d'Orient, en fait, on ne se sert plus guère que de la tradition. Aussi Justinien a-t-il consacré une réforme déjà accomplie dans les faits lorsqu'il a proclamé que désormais la tradition permettrait d'acquérir la propriété quiritaire de toutes les choses soumises à la propriété privée, qu'il s'agisse de fonds de terre situés en Italie ou en Orient, dans des cités jouissant du jus italicum ou dans des cités qui n'en bénéficiaient pas. Ainsi donc toutes les choses soumises à la propriété privée sont dans le droit de Justinien susceptibles d'être transférées par voie de tradition.

Bien plus, comme l'"in jure cessio" est tombée en désuétude au cours du Bas-Empire, comme la mancipation est officiellement abrogée par Justinien, la tradition reste le seul mode d'acquisition de la propriété par voie de transfert conventionnel dans le droit de Justinien.

Ceci d'ailleurs présente parfois certains inconvénients car la tradition ne peut être accomplie que par une personne en possession de la chose, ce qui fait qu'un propriétaire dépouillé de la possession ne peut pas transférer la propriété de la chose qui lui appartient. Par exemple un débiteur gagiste ne pourrait pas aliéner sa chose, tandis qu'elle se trouve aux mains du créancier gagiste.

Tout le monde est d'accord pour admettre cette transformation des effets de la tradition, cette

Source : BIU Cujas "Les Cours de Droit" 3, Place de la Sorbonne, 3 Y Répétitions Ecrites et Orales Reproduction interdite

extension considérable de son domaine d'application.

Au contraire il est beaucoup plus difficile de saisir et d'expliquer les réformes accomplies dans les conditions de validité de la tradition, d'autant plus que certains auteurs reportent au droit classique les réformes que nous attribuons à Justinien .

Les conditions de validité de la traditio.

Examinons donc au Bas-Empire les conditions de validité de la tradition.

I-Capacité.

En premier lieu en ce qui concerne la capacité des parties rappelons-nous que dans le droit de Justinien les femmes pubères sont désormais pleinement capables d'aliéner leurs biens sans que l'on ait à rechercher leur nature. La femme pubère peut aliéner par tradition tous ses biens, qu'il s'agisse de fonds de terre ou de biens mobiliers, sans le concours d'un tuteur.

D'autre part, rappelons-nous que Justinien a admis que l'on pouvait acquérir ou aliéner la possession par l'intermédiaire d'une personne libre quelconque, ce qui fait que les personnes intéressées peuvent se faire représenter en ce qui concerne la remise de la chose aliénée, ou en ce qui concerne la réception de cette chose aliénée par l'acquéreur. On n'a plus besoin de remettre en personne ou de recevoir en personne la chose aliénée.

2- Transformation de la notion de justa causa. Volonté réciproque d'acquérir ou d'aliéner à condition qu'elle soit licite.

En second lieu, c'est à notre avis Justinien qui a réduit la cause de la tradition à une simple intention abstraite d'aliéner et d'acquérir. C'est Justinien qui a fait de la cause de la tradition une simple intention abstraite d'aliéner et d'acquérir. Désormais ce que l'on prend en considération, ce n'est pas normalement le but concret poursuivi, c'est simplement la volonté de se dessaisir définitivement de la chose, la volonté d'en devenir propriétaire.

La conséquence, c'est qu'on ne tient plus compte du malentendu sur la cause de la tradition, du moment où les deux parties sont d'accord sur le but pour aliéner et acquérir.

Mais Justinien exige toujours une juste cause, une cause licite. Si le désaccord sur l'opération juridique accomplie n'a plus aucune importance, au contraire, on tient toujours compte du caractère illicite de l'opération, car on ne peut pas dire qu'il y a juste cause quand la tradition est faite en vue d'accomplir un acte illicite. C'est pourquoi, dans le droit de Justinien, en cas de donation entre époux, comme par le passé, la femme ne devient pas propriétaire des biens donnés par son mari.

Source : BIU Cujas

3- Transformation en ce qui concerne la remise matérielle de la possession.

En troisième lieu, il s'est produit de profondes modifications en ce qui concerne l'élément physique de la tradition, en ce qui concerne la remise de la possession. Les réformes sont assez difficiles à étudier en raison du fait qu'au cours du Bas-Empire au lieu des tendances à l'unité de la période précédente, il y a tendance à la décomposition de l'Empire et par suite tendance à admettre des règles différentes dans les différentes régions. Le droit suivi en Orient a subi de plus en plus l'influence des usages helléniques, tandis qu'au contraire l'Occident, et plus particulièrement l'Italie, restait fidèle dans une assez large mesure aux principes traditionnels et aux constitutions impériales de la fin du Haut-Empire ou du temps de Constantin.

La persistance de la mise en possession effective en Occident, pour les aliénations de biens immobiliers.

Constantin semble sur ce point être conservateur, alors qu'habituellement nous l'avons vu apôtre des idées nouvelles dans la matière du droit des personnes. Constantin en matière de transfert de la propriété paraît être avant tout préoccupé d'assurer la publicité des aliénations, désir qui se manifeste de nos jours en particulier dans les lois sur la transcription. Justinien cherchera la publicité dans d'autres voies, tandis qu'au contraire Constantin la recherche dans la remise effective et corporelle de la possession des biens immobiliers vendus ou donnés. Il désire que tout le monde soit mis au courant de l'aliénation des biens fonciers, afin que personne ne soit trompé, que l'on sache bien à qui effectivement ils appartiennent. Et c'est pourquoi il exige pour l'aliénation des maisons ou des fonds de terre qu'effectivement l'acquéreur soit mis en possession en présence des voisins. C'est donc une mise en possession solennelle de l'acquéreur.

De même en ce qui concerne la donation des biens mobiliers, il insiste sur la mise en possession effective du donataire par le donateur. Bien que l'on ait soutenu le contraire, il semble qu'en Italie ces constitutions impériales aient été effectivement appliquées jusqu'au VI° siècle, et qu'en Italie pendant des siècles les aliénations immobilières aient été entourées de la publicité désirée. C'est sous l'influence des réformes de Justinien que le droit changera en Italie au cours du VI° siècle. En effet Justinien a essayé à plusieurs reprise de reconquérir l'Italie sur les Goths et finalement il y a réussi et a introduit en l'année 554 définitivement la législation de l'Orient en Italie.

Les pratiques helléniques

Au contraire, en Orient les tendances de Constantin à assurer d'une manière effective la tradition

Source : BIU Cujas

de transfert par convention constituée par écrit.

corporelle des biens, à entourer d'une publicité, par la présence des voisins l'aliénation des choses immobilières, était battue en brèche par les usages helléniques qui attribuaient la force du transfert de la propriété à des conventions rédigées par écrit. Et même dès le IV° siècle en Orient les donateurs avaient trouvé un moyen très ingénieux, peut-on dire, de se passer de la tradition effective de la chose donnée. Dans ce but ils inséraient dans la donation à leur profit une réserve d'usufruit, et ils déclaraient que cette réserve d'usufruit à leur profit devait valoir tradition de la chose donnée au donataire. Cette pratique, contraire aux usages classiques, fut condamnée par une constitution impériale de l'année 415. Mais par contre , en matière de donations et de constitution de dot, elle devait être ratifiée deux ans plus tard, en l'année 417. Supposons que l'une des deux constitutions ait été perdue, on voit d'ici combien les auteurs modernes auraient été entraînés malgré eux à retracer une évolution entièrement inexacte de la question, car qui aurait pu supposer que la même pratique eût été condamnée, puis définitivement reconnue à deux années de distance. Mais comme nous avons conservé les deux textes, nous pouvons préciser le moment de la réforme.

Ainsi en matière de donation et de constitution de dot il arrive fréquemment que dès le cours du IV° siècle, en Orient , on se passe de la tradition effective de la chose donnée en dot ou à titre de simple libéralité.

Les réformes de Justinien, leur caractère transactionnel et contradictoire. La remise de possession fondement de la tradition, et le développement de la tradition feinte. La clause de réserve d'usufruit.

Justinien allait réformer profondément la matière et s'efforcer en sa double qualité d'héritier du passé de Rome et d'empereur d'Orient de concilier dans la mesure du possible l'usage romain de la tradition effective de la chose et les usages helléniques qui permettaient de se passer de cette tradition.

Aussi à certains moments semble-t-il poser des principes contradictoires. Il proclame toujours dans ses Institutes que la tradition est un mode d'acquisition de la propriété fondé sur la remise de la possession, mais il admet en même temps tous les moyens possibles de s'en passer, et les auteurs modernes groupent tous ces subterfuges sous le nom de tradition feinte ou fictive. Ainsi donc la tradition dans le droit de Justinien est toujours officiellement un mode d'acquisition de la propriété par remise de la possession, mais en même temps des textes multiples, permettent d'acquérir la propriété par une formalité, une cérémonie équivalente à la tra-

Source : BIU Cujas

dition de la chose.

C'est ainsi que le droit de Justinien a adopté le transfert de propriété résultant de l'insertion dans un acte écrit d'une réserve d'usufruit au profit de l'aliénateur. Mais il a généralisé cet usage en l'étendant à la vente, alors que jusque là il ne s'appliquait qu'à la donation et à la constitution de dot. On peut donc insérer dans une vente une réserve d'usufruit au profit du vendeur, et l'acte écrit renfermant cette réserve vaut tradition translative de propriété. Ce qui prouve combien il s'agit là d'une fiction c'est que les papyrus de Ravenne de la fin du VI° siècle, après l'introduction en Occident de la législation byzantine nous montrent qu'il ne s'agit pas d'un véritable usufruit, puisqu'on en limite souvent la durée à un mois, à IO jours ou même à 5 jours et que finalement dans un acte du moyen age on verra une réserve d'usufruit d'une heure au profit de l'aliénateur. C'est donc la preuve que le but unique de la réserve d'usufruit c'est d'opérer le transfert de propriété sans remise de la possession. Son but est analogue à celui de la clause de dessaisine-saisine des actes notariés du XVIII° siècle.

Mais ce n'est pas tout. On peut également obtenir le même résultat en déclarant au cens, aux employés du recensement, la donation d'esclave. On vient trouver les employés qui tiennent les registres du cens, on leur déclare qu'on a fait donation d'un esclave, cela vaut transfert de propriété. Ou bien l'aliénateur remet à l'acquéreur son propre titre écrit d'acquisition; ici le titre d'acquisition remplace la chose aliénée; au lieu de remettre effectivement la chose aliénée, on remet le titre de l'aliénateur qui symbolise en quelque sorte cette chose,. Ou bien encore on remet les clés des magasins où se trouvent les marchandises vendues, sans qu'il soit désormais besoin que l'on soit en présence du magasin et que l'on puisse le montrer de loin à l'acquéreur. Ainsi dans tous ces cas sans qu'il y ait eu remise de la possession, la propriété est acquise par voie de tradition. Mais cette volonté s'est extériorisée en quelque sorte dans une clause spéciale d'un acte écrit ou dans l'accomplissement d'un geste symbolique.

Apparition dans le droit de Justinien du transfert conventionnel de la propriété.

Il y a deux cas où le droit de Justinien est allé plus loin et où nous voyons, pour la première fois dans le droit, l'application du transfert de la propriété par simple accord des volontés.

Le premier de ces cas c'est celui de donations à certaines personnes morales privilégiées, églises, cités, fondations charitables. Du moment où un géné-

Source : BIU Cujas

reux donateur a convenu de faire donation d'un bien à une église ou à une cité, l'église, la cité, l'établissement charitable devient immédiatement propriétaire du bien par la simple convention, comme en vertu de notre Code civil moderne.

Le second cas c'est celui de la société de tous biens, c'est-à-dire de la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre en commun tous leurs biens. Justinien décide que la force de la convention sera translative de propriété ; par l'effet même de la convention de société de tous biens, tous les associés deviendront copropriétaires des différents patrimoines.

C'est donc dans le droit de Justinien que se trouve le point de départ de notre ancien droit et même les premiers vestiges des conceptions qui seront adoptées par notre Code civil. Mais en réalité au fond il ne serait pas tout à fait exact d'établir un lien entre le droit romain proprement dit et le Code civil sur ce point, puisque toutes ces réformes que nous étudions ne sont en aucune manière inspirées par les usages romains classiques, mais par les usages de l'Orient qui avaient survécu jusqu'à l'époque de Justinien.

Le constitut possessoire.

Il faut mettre à part ce que les auteurs modernes appellent le "constitut possessoire". En effet, si en apparence le constitut possessoire peut paraître une application des règles de la tradition fictive, une acquisition de la propriété sans tradition véritable, il n'en est rien; une analyse poussée du constitut possessoire montre qu'au contraire c'est une simple application des réformes de Justinien simplifiant les modes d'acquisition de la possession et permettant l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'une personne libre quelconque.

On suppose que l'aliénateur et l'acquéreur ont convenu que la chose serait vendue ou donnée à l'acquéreur, mais que l'aliénateur en resterait provisoirement dépositaire ou fermier pour le compte de l'acquéreur. En apparence il va y avoir acquisition de la propriété par simple convention. Mais il n'en est rien, car il y a en réalité application des principes nouveaux de l'acquisition de la possession. Par le contrat de vente ou de donation l'acquéreur a manifesté sa volonté d'acquérir la propriété et la possession. Il a donc en lui-même l'animus; et d'autre part, par l'accord intervenu en vertu duquel l'aliénateur est désormais fermier ou locataire, l'aliénateur a cessé de posséder pour son propre compte ; il possède désor-

Source : BIU Cujas

mais le corpus pour le compte de l'acquéreur.

Ceci est possible puisque dans le droit de Justinien on peut acquérir l'élément physique de la possession par l'intermédiaire d'une personne libre quelconque.

Ainsi donc la simple convention fait que l'acquéreur a acquis l'animus en lui-même et a acquis le corpus par l'intermédiaire d'autrui, à savoir par l'intermédiaire de l'aliénateur, qui détient désormais le corpus, l'élément physique de la possession pour le compte de l'acquéreur. L'application subtile des principes de l'acquisition de la possession dans le droit de Justinien fait que dans le constitut possessoire on devient possesseur sans que la chose soit passée des mains de l'aliénateur dans les mains de l'acquéreur.

Les réformes ainsi accomplies en Orient devaient présenter les plus graves inconvénients en ce qui concerne la protection des intérêts de l'Etat et des tiers. En effet, tout le monde a intérêt à savoir quel est le véritable propriétaire d'un bien; l'Etat pour pouvoir percevoir les impôts en touchant le véritable propriétaire, ceux qui sont susceptibles d'acquérir ultérieurement le bien ou d'obtenir une hypothèque sur lui, de crainte de ne pas traiter avec le véritable propriétaire. Or les mesures de publicité qui avaient été établies par Constantin avaient cessé d'être usitées en Orient. On les trouve encore signalées dans le Code théodosien. Il n'en est plus question dans le Code de Justinien, ni même dans la constitution de l'Empereur Zénon de l'année 478.

La publicité des aliéna - tions immobiliè- res à titre gratuit en droit romain.

Pour les donations cela ne présentera pas un très grave danger du fait que les empereurs rendirent obligatoire un nouveau système de publicité qui se rapproche de la transcription moderne et qui était suffisant. Pour les donations en effet, les constitutions impériales imposent l'enregistrement de l'acte d'aliénation sur des registres tenus par des officiers publics. C'est donc le principe moderne en vertu duquel on porte à la connaissance officielle l'acte d'aliénation qui a eu lieu. Cette transcription a lieu sur les registres du magistrat du lieu où se trouve l'immeuble envisagé. Si l'immeuble est situé dans une cité déterminée, c'est au chef-lieu de la cité que l'on enregistre la donation de l'immeuble sur les registres. Mais on l'applique également en ce qui concerne les choses mobilières, publicité des donations de choses mobilières.

Au contraire en ce qui concerne les aliénations à titre onéreux, en particulier à la suite d'une vente, l'enregistrement sur les registres publics

Source : BIU Cujas

ne fut jamais rendu obligatoire, et par suite la propriété était acquise par l'acheteur quand bien même les formalités de publicité avaient été employées. Or ceci ressemble au système qui fut en vigueur en matière immobilière dans notre code civil jusqu'à la loi sur la transcription du milieu du XIX° siècle. Le Code civil pour rendre les aliénations opposables aux tiers rendait obligatoire la transcription des donations, mais ne rendait pas encore obligatoire la transcription des actes d'aliénation à titre onéreux.

Si nous avons insisté assez longuement sur le transfert conventionnel de la propriété, nous serons au contraire très bref en ce qui concerne le transfert de la propriété par l'autorité du juge ou en vertu de la loi.

II- Transfert de la propriété par l'autorité du juge ou en vertu de la loi.

Dans certains cas exceptionnels, la propriété est transférée sans que l'aliénateur et l'acquéreur en aient exprimé la volonté.

L'adjudicatio dans les actions en bornage et en partage.

Il y a tout d'abord des cas assez importants où c'est le juge qui reçoit le pouvoir d'attribuer à une personne ce qui était auparavant la propriété d'une autre personne. Ce sont les cas où, sous le système de la procédure formulaire, la formule de l'action renfermait une adjudication. L'adjudicatio est l'élément de la formule qui donne au juge pouvoir d'attribuer la propriété à un autre que celui qui en est titulaire actuel.

Nous avons déjà signalé à propos de l'action en bornage un cas d'application de cette idée, d'ailleurs simplement pour des rectifications de limites. Mais la question est beaucoup plus importante dans les actions en partage, puisqu'alors il faut nécessairement que le juge puisse transférer en propriété individuelle divise sur une portion divise de la chose ce qui était jusque là copropriété indivise sur la chose toute entière. Dans des actions en partage on a un certain nombre de copropriétaires. Puis, après le partage, le juge aura fait que chacun des propriétaires aura pour lui seul une partie des biens partagés.

La loi des XII Tables ne prévoyait encore que le partage de biens indivis en vertu d'une succession pour cause de mort. La loi des XII Tables institue la fameuse action "familiae erciscundae," action en vue de mettre en mouvement la division des biens. Mais

Source : BIU Cujas

par la suite, on institua une autre action permettant le partage de biens indivis en vertu d'autres situations juridiques, en particulier les sociétés, et c'est l'action "communi dividundo", action en partage des biens communs que nous avons signalée à propos de la copropriété.

A l'époque classique, le juge attribue la propriété quiritaire si l'instance est fondée sur la loi. Au contraire il ne peut attribuer que la propriété prétorienne si l'instance est fondée sur le pouvoir de commandement du magistrat. Dans le droit de Justinien au contraire le juge peut dans tous les cas attribuer la propriété quiritaire.

Acquisition en vertu de la loi.

Il y a d'autre part des cas où on peut dire que c'est en vertu d'une concession expresse de la loi qu'une personne devient propriétaire. Il ne faut pas évidemment abuser des règles juridiques qui ont leur source de vigueur dans la loi, puisqu'au fond on peut dire que le droit étant fondé sur la loi, dans tous les cas, l'acquisition de la propriété est ratifiée par le droit. Cependant, on peut à la rigueur utiliser cette manière de voir lorsque, jusqu'à un moment déterminé, l'application des principes juridiques normaux attribuait la propriété d'une chose à une personne, tandis qu'une disposition expresse de la loi vient l'accorder à une autre personne. Nous réserverons donc l'expression pour les cas où la loi se met en quelque sorte en travers de l'application des règles juridiques normales, où c'est une disposition de loi expresse qui vient changer l'attribution normale de la propriété.

Nous rencontrerons l'application d'une telle idée dans la matière des successions à propos des fameuses lois caducaires, des lois qui furent votées sous Auguste en vue d'augmenter la natalité, ce sont des primes à la natalité; on frappe de certaines pénalités ceux qui n'ont pas d'enfants ou les célibataires endurcis et l'on attribue les biens successoraux dont on les prive aux pères de famille nombreuse ou à défaut au fisc. Ainsi donc des lois caducaires viennent, en vue de favoriser la natalité; modifier l'attribution normale des biens par voie de succession.

De même on peut voir en cas d'acquisition du trésor une application du même principe lorsqu'Hadrien déclare que désormais, quand une personne aura découvert un trésor sur la propriété d'autrui, la propriété du trésor sera attribuée pour moitié à l'inventeur et pour moitié au propriétaire du fonds où il a été découvert.

De même, il faut se rappeler les décisions im-

Source : BIU Cujas

périales qui au cours du Bas-Empire vinrent priver dans certains cas de la propriété de son bien le propriétaire qui en était considéré comme socialement indigne; tel propriétaire qui avait laissé en friche son champ pendant plusieurs années et qui avait ainsi permis à une autre personne de l'occuper et de le cultiver convenablement, menaçant ainsi l'Etat romain d'être privé de l'alimentation indispensable. Tel également cet individu propriétaire qui, au mépris des lois, au lieu de s'adresser à la justice contre un usurpateur avait prétendu le chasser par la violence. Le recours à la force au lieu du recours à la justice entraînait parfois privation pour le propriétaire de son droit.

Section IV.

L'acquisition de la propriété par la possession prolongée. Théorie de l'usucapion et de la prescription.

L'usucapion est un mode d'acquisition de la propriété essentiellement fondé sur l'usage ou la possession d'une chose prolongé pendant un certain délai. C'est là une institution qui a profondément évolué au cours du droit romain. Primitivement elle ne s'appliquait qu'à l'acquisition de la propriété quiritaire. Puis l'on vit apparaître une prescription s'appliquant aux autres biens, et enfin Justinien a fusionné les règles de l'usucapion et de la prescription pour faire une théorie commune à tous les biens.

§ I - L'usucapion dans l'ancien droit romain.

Antériorité de l'usucapion à la loi des XII Tables.

L'usucapion est une institution très ancienne. Sans essayer de préciser à quelle époque elle remonte nous nous bornerons à indiquer qu'elle est selon toute vraisemblance bien antérieure à la Loi des Douze Tables qui la règlemente.

Caractère objectif de la réglementation de l'U. dans les XII T.

La Loi des Douze Tables renferme ce que l'on appelle une règlementation objective de l'acquisition de la propriété par l'usucapion prolongée; elle ne tient pas compte, comme le droit évolué ou comme le droit moderne, de l'état psychologique de celui qui

Source : BIU Cujas

possède; elle fixe des règles applicables aux choses quel que soit celui qui en use.

Biens auxquels elle s'appliquait et son délai.

La Loi des Douze Tables, en effet, prévoit d'une part, l'usucapion des fonds de terre et d'autre part l'usucapion de toutes les autres choses. "Usucapere" signifie : acquérir, prendre par usage. Ainsi donc la propriété s'acquiert par l'usage prolongé. Pour les fonds de terre c'est un usage de deux ans qui est requis. Pour les autres choses, c'est un usage d'une année, et parmi ces autres choses on range non seulement ce que nous appelons de nos jours les choses mobilières, mais également la femme mariée, qui au bout d'un an par l'usus tombe sous la puissance de son mari; ou bien encore primitivement les servitudes rustiques, puisque dans le très ancien droit romain on admettait l'usucapion des servitudes rustiques; ou enfin la succession d'un défunt; on pouvait usucaper les biens d'un défunt à titre d'héritier.

Il est même possible qu'à l'époque très ancienne l'usucapion d'un an se soit appliquée aux maisons, car la maison romaine primitive ne ressemble guère aux immeubles modernes; c'était une petite cabane en bois qui ressemble bien plutôt à une chose mobilière qu'à une chose immobilière, et Cicéron paraît indiquer que c'est seulement par la suite que l'on a étendu aux maisons l'usucapion de deux ans instituée pour les fonds de terre .

Caractère civil de ce mode d'acquisition.

Ce mode d'acquisition de la propriété était exclusivement réservé aux citoyens romains. Une disposition formelle de la loi en exclut les étrangers, ce que l'on appelle alors l'"hostis", ce que l'on appellera plus tard le pérégrin.

Choses soustraites à l'U.

D'autre part, la loi fixe un certain nombre de choses qui sont soustraites à l'usucapion. Tout d'abord il y a les limites des champs. On ne peut pas usucaper les 5 pieds de terrain qui doivent anciennement séparer les champs ou les maisons; ni l'urne qui renferme les cendres d'un défunt, ou l'espace libre devant un tombeau. Mais - et ceci est plus important - on ne peut pas non plus usucaper les "res mancipi" qui appartiennent à une femme si celle-ci en a disposé sans le concours de son tuteur.

Interdiction d'usucaper les choses volées.

Enfin la prohibition la plus importante c'est celle qui interdit l'usucapion des choses volées. Du moment où une chose a été volée à son propriétaire, elle est frappée d'une manière permanente d'imprescriptibilité. Ceci est ce qu'on appelle un vice objectif en ce sens qu'il grève la chose en quelques mains qu'elle se trouve, aussi bien entre les mains du voleur qu'entre les mains des personnes honnêtes

Source : BIU Cujas

auxquelles il l'aurait remise ultérieurement. Une loi postérieure, la Loi Attinia, a précisé que cette imprescriptibilité durait tant que la chose n'était pas retournée aux mains de son véritable propriétaire.

Ainsi, dans l'ancien droit romain, sans tenir compte de l'état d'esprit du possesseur, on avait fixé toute une série de choses qui par suite des circonstances ne pouvaient être usucapées, et l'on a fait remarquer que ces différentes prohibitions limitaient le domaine de l'usucapion. En effet, de nos jours comme en droit romain classique, le vol ne peut s'appliquer qu'à des choses mobilières; la définition du vol de nos jours, c'est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui; on ne peut pas soustraire une maison ou un fonds de terre. Mais les jurisconsultes, tout au moins des derniers siècles de la République, n'étaient pas du même avis. Ils estimaient, au contraire, par une conception différente du vol, que l'on pouvait voler une maison ou un champ. Pour eux, le fermier qui se faisait passer pour le propriétaire et qui vendait le fonds de terre ou la maison loués commettait un vol et par cet acte la chose mobilière elle-même devenait imprescriptible.

Aussi étendit-on singulièrement le domaine de l'usucapion lorsque, à la fin de la République, on admit que le vol ne pouvait s'appliquer qu'aux choses mobilières. On attribuait ainsi un domaine plus vaste à l'usucapion des maisons et des fonds de terre; puisqu'ils n'étaient plus susceptibles de vol, ils ne pouvaient plus être frappés d'imprescriptibilité à la suite d'un acte assimilé à un vol.

C'est ce qui explique pourquoi c'est à la fin de la République et au début de l'Empire que l'on a voté de nouvelles lois frappant d'imprescriptibilité les immeubles dont on s'était emparé par un acte de violence. Il ne peut plus y avoir vol d'un immeuble, mais il peut y avoir prise de possession par la force, et en ce cas la loi prohibe formellement l'usucapion.

Les cas pratiques d'application de l'usucapion primitive. Son caractère de consolidation d'une situation de fait.

En dehors de ce cas, l'usucapion aura donc désormais un domaine d'application plus vaste que dans la période précédente. Les auteurs modernes se sont demandé quels étaient les cas pratiques d'application de l'usucapion primitive. Il y a là-dessus beaucoup plus d'hypothèses que de certitudes. Voici simplement quels sont les cas où il est certain que l'usucapion se soit appliquée anciennement.

Il ne semble pas que ce soient des cas, comme par la suite, où la chose soit vraiment sortie du patrimoine de son propriétaire à son insu, malgré lui.

Source : BIU Cujas

En effet, dans la Rome primitive, dans ce petit village où tout le monde se connaissait, où les absences étaient rares, il était extrêmement peu vraisemblable qu'une chose puisse sortir du patrimoine de l'individu à son insu, qu'une autre personne puisse cultiver votre champ, ou utiliser votre cheval pendant un an ou deux ans, sans que vous vous en aperceviez. Ce sont des choses toutes naturelles dans de grands pays où on ne se connaît pas, où de grandes distances séparent les individus; cela était très peu vraisemblable dans la Rome ancienne.

Aussi est-il légitime de supposer qu'alors l'usucapion s'appliquait plutôt à des cas où le propriétaire était consentant, par exemple au cas où il avait remis volontairement une chose ou un bien à une personne sans lui en transférer immédiatement la propriété. L'acquéreur était entré en possession de la chose, avait acquis l'usage de la chose conformément à la volonté du propriétaire; au bout d'un an ou de deux ans, cette personne l'avait usucapée.

Ou bien encore il y avait le cas où on laissait en friche un champ; il était abandonné par son propriétaire; celui-ci avait peut-être été tué avec toute sa famille dans une guerre avec des cités voisines; une autre personne utilisait ce champ pendant deux ans au su et au vu de tout le monde, elle en devenait propriétaire.

Ainsi donc, il semble qu'à l'origine l'usucapion était tout simplement un mode de consolider une situation de fait légitime.

§ 2 - L'usucapion à l'époque classique.

L'U. institution de paix sociale et mode de preuve de la propriété.

L'usucapion, en droit romain classique, a changé de caractère du fait même que les conditions sociales et économiques sont entièrement différentes. Désormais nous sommes dans un vaste Empire dont les citoyens ne se connaissent plus, où une personne peut user même d'un champ à l'insu de son propriétaire pendant des années sans que celui-ci s'en aperçoive. En effet, le citoyen romain peut être un commerçant que les nécessités des affaires ont conduit loin de son domicile pendant très longtemps, ou bien ce peut être un militaire qui a été au service de l'Empire pendant de nombreuses années. Il peut avoir son domicile dans une ville éloignée de la région où se trouvent ses biens fonciers.

Aussi, à cette époque, l'usucapion peut servir

Source : BIU Cujas

à la fois à couvrir des vices de formes et des vices de fond. L'usucapion sert à la fois dans des cas où la chose est sortie du patrimoine de son propriétaire avec son consentement, où il y a eu simplement emploi d'un mode d'aliénation qui ne faisait pas acquérir la propriété, mais elle peut également servir dans des cas où il y a vice de fond, où une personne a acquis sans droit une chose, sans avoir traité avec son propriétaire et contrairement à la volonté de celui-ci.

On commence à dire, comme de nos jours, que l'usucapion est une institution de paix sociale, que son utilité sociale c'est d'empêcher l'incertitude de planer éternellement sur la propriété des biens. Si l'on n'admettait pas l'usucapion, on ne saurait jamais à qui on a affaire, si on a affaire au véritable propriétaire ou à un intrus. Les autres individus ont constaté qu'une personne utilisait un champ depuis des années, ou bien qu'elle se servait d'un cheval depuis deux ou trois ans, et tout le monde croyait qu'il en était propriétaire, et à n'importe quel moment une autre personne viendrait le revendiquer et rentrer en sa possession; par là même les affaires deviendraient très difficiles puisque si ce cheval était passé en d'autres mains on continuerait à pouvoir le revendiquer éternellement.

De plus Gaius considère l'usucapion comme un moyen de faire une preuve relativement aisée de sa propriété, même si l'on est le légitime propriétaire de la chose. Dans l'action en revendication il est très difficile de faire la preuve directe que l'on est propriétaire, puisque pour prouver que l'on est propriétaire par titre, il faut remonter jusqu'au propriétaire originaire de la chose ; et, s'il s'agit d'un fonds de terre par exemple qui est soumis à la propriété privée depuis des siècles, pour prouver que l'on est propriétaire légitime en dehors de la théorie de l'usucapion il faudrait remonter à l'individu qui, de nombreux siècles auparavant, fut le premier à cultiver ce champ et en a été propriétaire légitime par droit d'occupation, preuve pratiquement impossible à faire. Au contraire, dans des cas de ce genre, l'usucapion fournit une preuve aisée; il suffit pour prouver que l'on est propriétaire, de prouver que l'on a soi-même usucapé le fonds, ou qu'il a été usucapé auparavant par la personne qui vous l'a donné ou vendu. Ainsi donc, c'est pratiquement par usucapion que l'on prouve le plus aisément que l'on est propriétaire d'une chose.

Examinons à présent les cas d'application de l'usucapion en droit classique et d'autre part les

Source : BIU Cujas

conditions générales requises pour l'usucapion.

A - Les cas d'application de l'usucapion en droit classique.

Si nous nous plaçons sous le Haut-Empire, nous constatons la disparition de certains cas primitifs d'usucapion.

Disparition de certains cas anciens d'usucapion.

L'acquisition de la "manus" sur la femme mariée par l'usus est tombée en désuétude dès la fin de la République, et d'autre part une loi, la Loi Scribonia a aboli l'usucapion des servitudes rustiques. Mais il n'empêche qu'il subsiste de nombreux cas plus ou moins importants où l'usucapion est encore appliquée et qu'il y a des cas nouveaux dûs au préteur.

Usucapion des res mancipi aliénées par un mode non approprié.

En premier lieu, l'usucapion est extrêmement importante comme mode d'acquisition des "res mancipi" qui n'ont pas été aliéniées par le mode requis. Il arrivait, semble-t-il, assez fréquemment qu'en raison de la complication des formes de la mancipation ou de l'"in jure cessio", on se bornait à faire simple tradition, simple livraison d'une"res mancipi". En ce cas, c'était le propriétaire lui-même qui avait remis volontairement la chose à l'acquéreur, mais l'avquéreur n'en devenait lui-même propriétaire quiritaire que par l'usucapion.

La loi des Douze Tables prévoyait déjà le cas où la femme pubère avait ainsi livré une "res mancipi" à un acquéreur avec le concours de son tuteur.

Acquisition par U. d'une res mancipi vendue par une femme sans auctoritas tutoris si l'acheteur a payé le prix.

Un second cas tout à fait exceptionnel, c'est le cas d'usucapion qui a été introniséé par le jurisconsulte Julien. Julien suppose que sans le concours de son tuteur, une femme a vendu une "res mancipi" et l'a livrée à l'acheteur qui a payé le prix. D'après l'usage traditionnel, l'acheteur ne devrait pas pouvoir usucaper, mais Julien se fondant sur une disposition spéciale déclare que du moment où l'acheteur a payé le prix, il pourra usucaper la "res mancipi" de la femme. Ainsi donc c'est ce jurisconsulte, qui fut en même temps préteur et consul, qui, par un argument tout à fait contestable, tourne la prohibition d'usucaper les "res mancipi" aliénées par les femmes sans le concours de leur tuteur.

On voit par cet exemple, qui n'est pas le seul, que c'était à Rome les mêmes jurisconsultes qui étaient chargés d'appliquer la loi et qui en même temps essayaient de découvrir les moyens de la tourner.

L'usureceptio.

En troisième lieu, nous trouvons ce que l'on appelle l'"usureceptio", le recouvrement par l'usage, la reprise par l'usage. Il y a eu d'abord l'"usureceptio fiduciae"; il s'agit d'une institution que vous étudi-

Source : BIU Cujas

erez en 2° Année, la fiducie. On suppose qu'une personne a transféré la propriété d'une chose à un ami ou à un créancier, alors qu'elle avait bien l'intention d'en recouvrer par la suite la propriété.

La chose est ainsi donnée à titre de dépôt ou de gage, à charge pour le dépositaire ou le créancier gagiste d'en retransférer la propriété à un moment donné. Mais admettons que cette propriété n'est pas transférée et que celui qui a ainsi aliéné la chose pour cause de fiducie en recouvre l'usage; il continue à l'époque classique, sans qu'il y ait de juste titre ou de bonne foi, quelle que soit la manière dont il en a récupéré la possession, d'en redevenir propriétaire par usucapion au bout d'un an. C'est là un cas où l'usucapion sans juste titre ni bonne foi survit en droit romain classique.

De même il y a ce que l'on appelle l'"usureceptio ex praediatura". On suppose que l'Etat a vendu un bien qui lui avait été donné en garantie par un débiteur et que cette personne recouvre l'usage de son bien d'une manière quelconque; au bout d'un an s'il s'agit d'une chose mobilière, au bout de deux ans s'il s'agit d'un immeuble, ce débiteur redeviendra propriétaire du bien en question. Il s'agit encore d'une forme tout à fait anormale de l'usucapion, puisque c'est une personne qui, sous prétexte qu'elle a été propriétaire de la chose auparavant, la recouvre ainsi au bout d'un an ou de deux ans, du seul fait qu'elle en a repris la possession.

L'U. des choses dont on a pris possession en vertu d'un décret du magistrat.

En quatrième lieu, nous rencontrons, chose nouvelle et extrêmement importante, l'usucapion fondée sur l'autorité du magistrat, l'usucapion des choses dont une personne a pris possession en vertu d'un décret du magistrat. Nous avons vu en étudiant la propriété prétorienne qu'il y a de nombreux cas où le magistrat attribue à une personne autre que le propriétaire la possession légitime d'une chose, dans tous ces cas la personne ainsi envoyée en possession définitive par le préteur peut usucaper la chose par une possession d'un an ou de deux ans.

Supposons par exemple que la maison de votre voisin menace ruine; vous craignez de recevoir sur la tête des tuiles de son toit, ou vous craignez que la maison ne s'écroule sur la vôtre et l'endommage. Vous avez agi en justice devant le magistrat; vous avez demandé des garanties, on ne vous les a pas accordées par un second décret, le magistrat décide que l'on va vous envoyer en possession définitive de la maison du voisin qui vous menace d'un dommage. Celui qui est

Source : BIU Cujas

ainsi envoyé en possession par ce second décret du magistrat a par là même un motif légitime d'usucapion; au bout de deux ans il deviendra propriétaire quiritaire de la maison du voisin.

De même quand un esclave a commis un délit, si le maître de l'esclave ne veut pas défendre au procès intenté par la victime du délit, le magistrat déclare au plaignant : emmenez-le. C'est là un titre légitime de possession de cet esclave, et au bout d'un an celui qui a ainsi emmené l'esclave sur l'invitation du magistrat en devient propriétaire quiritaire.

Acquisition a non domino. Importance de ce cas. Elaboration sur ce cas de la notion de bonne foi en matière d'usucapion.

Enfin, en cinquième lieu, le cas le plus important d'usucapion en droit classique, celui dont l'importance devait encore croître par rapport aux autres dans le droit de Justinien, c'est celui où l'on a traité avec un non propriétaire, cas normal d'acquisition de la propriété par la prescription dans notre droit moderne, cas tout à fait exceptionnel, avons-nous vu, à l'époque primitive.

On suppose ici que le possesseur qui va usucaper n'a pas traité avec le véritable propriétaire de la chose; celui qui la lui a vendue ou qui la lui a donnée n'avait aucun droit sur cette chose, a vendu ou donné et livré la chose d'autrui.

C'est à propos de ce domaine nouveau d'application de l'usucapion, usucapio a non domino d'une chose provenant d'un non propriétaire, que les jurisconsultes romains ont élaboré la théorie de la bonne foi.

Il ne faut pas étudier, en effet, comme on le fait souvent, la théorie de la bonne foi d'une manière générale pour l'usucapion; en réalité, elle n'est apparue que dans un domaine bien déterminé; on ne tenait pas compte de la bonne foi jusqu'à une époque tardive dans les autres domaines. C'est seulement par suite de la disparition de la plupart des cas anciens de l'usucapion que sous Justinien la bonne foi a été mise en vedette pour tous les cas d'usucapion.

Définition de la bonne foi. Du moment auquel elle doit exister mala fides non nocet; règle spéciale pour la vente.

Qu'est-ce donc que la bonne foi? La bonne foi en matière d'usucapion c'est une croyance erronée. Etre de bonne foi c'est se tromper, c'est croire une chose alors que la réalité est tout autre. Etre de bonne foi, c'est croire que l'on a traité avec une personne qui avait qualité pour aliéner la chose; c'est d'une manière générale, croire que l'on a traité avec le véritable propriétaire de la chose, alors que l'on a au contraire traité avec une personne qui n'était pas propriétaire. Ainsi donc la bonne foi, c'est une fausse croyance, une croyance erronée en la qualité de

l'aliénateur; on l'avait pris pour le propriétaire alors qu'en réalité il n'avait aucun droit d'aliéner la chose.

En principe cette bonne foi en matière d'usucapion n'est requise qu'au moment de l'entrée en possession, tandis qu'au contraire en ce qui concerne l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi on exige que la bonne foi existe au moment où l'on recueille effectivement les fruits. Dès que le possesseur cesse d'être de bonne foi, il cesse de pouvoir acquérir les fruits de la chose, mais il ne cesse pas pour cela de l'usucaper; il suffit qu'il soit de bonne foi au moment de l'entrée en possession. Suivant un usage que nous avons déjà signalé, on le dit généralement en latin; on dit : "Mala fides superveniens non nocet" la mauvaise foi survenant après coup ne nuit point; mais c'est en vain que l'on chercherait cette expression latine telle quelle dans les textes latins.

Il y a une exception d'ailleurs à ce principe, exception relative d'ailleurs, en matière de vente. En matière de vente on exige la bonne foi non seulement au moment de la prise de possession mais en outre auparavant, au moment de la conclusion de la vente. Pour que l'acheteur puisse usucaper; il faut qu'il ait été de bonne foi au moment où il a conclu l'achat de la chose, et au moment où il entre en possession, par conséquent à deux moments différents. Mais dès l'instant où il est entré en possession, il n'a plus besoin par la suite d'être de bonne foi.

Supposons l'achat d'un cheval qui doit être livré un mois après; pour que l'acheteur puisse usucaper le cheval; il faut d'une part qu'au moment où il a conclu le contrat de vente il ait cru que le vendeur était propriétaire, et que d'autre part, il le croie également au moment où le vendeur lui livre le cheval.

Au contraire, s'il s'agissait d'une stipulation du cheval, il ne serait pas nécessaire au moment de la conclusion de la stipulation qu'il ait cru que celui qui lui a promis le cheval en était alors propriétaire. Il suffit qu'il ait cru par exemple qu'il en avait acquis la propriété par la suite et qu'il en était effectivement propriétaire au moment où il a exécuté la stipulation en livrant le cheval.

Rareté de ce cas d'application d'U. aux meubles.

Cette usucapion d'une chose acquise d'un non propriétaire par un possesseur de bonne foi n'a en fait d'application sérieuse que pour les choses immobilières. En effet, pour les choses mobilières il est presqueimpossible de découvrir des cas où l'usucapion serait possible. Celui qui de mauvaise foi vend ou

Source : BIU Cujas

donne la chose d'autrui commet un vol, et le vol rend la chose imprescriptible. Ainsi donc normalement un possesseur de bonne foi, un acquéreur de bonne foi ne peut pas usucaper des choses mobilières.

Le seul cas que l'on puisse trouver est celui où une personne est morte et où l'héritier a trouvé dans la succession des choses qui avaient été déposées chez le défunt ou prêtées au défunt; cet héritier l'ignore et il vend, il donne le bien à une autre personne qui en prend possession et possède la chose un an. Ici, par suite d'une exception fortuite, le vendeur ou le donateur est de bonne foi puisque l'héritier ignorait complètement qu'il vendait ou donnait la chose d'autrui, et alors l'acquéreur pourra posséder. Mais il est bien évident qu'il n'arrive pas tous les jours qu'il y ait des choses déposées à l'insu des héritiers chez une personne et que l'héritier s'empresse de les vendre croyant vendre des choses du défunt.

B - Conditions requises pour tous les cas d'application de l'usucapion.

Les quatres conditions de l'U.

L'usucapion, à l'époque classique, est soumise à quatre conditions essentielles : une chose susceptible d'usucapion, une possession légitime, un juste titre et un délai légal.

I - Chose susceptible d'U.

I°- Il faut, en premier lieu, une chose susceptible d'usucapion. Comme par le passé, il y a toute une série de choses qui à partir d'un moment donné sont imprescriptibles, qui par conséquent ne peuvent être acquises par usucapion, quelle que soit la personne qui les possède.

Choses imprescriptibles.

Ce sont tout d'abord toutes les choses hors du commerce. Vous ne pouvez pas acquérir par usucapion la tombe d'un défunt, mais vous ne pouvez pas non plus acquérir par usucapion un fleuve public ou le Champ de Mars. Toutes les choses hors du commerce sont par là même imprescriptibles.

De même il y a des biens qui ont été frappés par la loi d'inaliénabilité. Tel est le cas des fonds dotaux italiques. Non seulement le mari ne peut pas transférer la propriété d'un fonds dotal italique, mais il ne peut pas le livrer à un acquéreur qui en acquerrait la propriété par usucapion. Ainsi donc, du moment où un immeuble situé en Italie a été donné en dot au mari, par là même il cesse d'être susceptible d'usucapion.

Il y a toujours, comme par le passé, l'imprescriptibilité des choses volées, qui joue un très grand rôle. Et enfin pour les immeubles l'imprescriptibilité des choses immobilières qui ont été prises par la

Source : BIU Cujas

violence.

Le domaine d'application de l'usucapion le plus important est par conséquent celui des choses immobilières qui ne font pas partie de la dot d'une femme mariée et en possession desquelles on est entré sans violence.

2 - possessio civilis.

2°- En second lieu, il faut une possession "civilis", et ceci nous ramène à la théorie de la possession civile telle que nous l'avons étudiée à propos de la théorie générale de la possession.

C'est là une idée qui n'est apparue qu'au dernier siècle de la République, puisque primitivement ainsi que son nom l'indique, l'usucapion était fondée simplement sur la notion d'usage prolongé d'une chose. Mais au dernier siècle de la République, les jurisconsultes ayant commencé à élaborer la théorie de la possession, on a substitué la notion de possession à la notion d'usage comme fondement de l'usucapion.

Rappelons que pour qu'il y ait possession civile, il faut une possession légitime, donc qui ne soit viciée ni par la violence, ni par la clandestinité, ni par la précarité.

3 - Juste cause.

3°- Il faut un juste titre, une "justa causa adquirendi", un motif, une cause légitime d'acquisition. Les auteurs modernes ont cherché vainement une définition complète et en même temps suffisamment explicite du juste titre d'acquisition; c'est une notion très complexe, qui varie en réalité suivant les cas d'application de l'usucapion. On peut bien en donner une définition vague et suffisamment explicite, mais si l'on veut une trop grande précision, alors la définition devient incomplète ou inexacte.

On peut dire que la juste cause, que le juste titre, c'est un acte juridique ou un fait qui justifie l'entrée en possession de l'acquéreur, de celui qui va usucaper la chose; c'est un titre légitime d'usucapion, un acte juridique ou un motif qui justifie l'entrée en possession. Mais, on le voit, nous restons volontairement dans une définition assez vague.

Les différents types de justes causes.

C'est qu'en effet, suivant l'hypothèque envisagée, la juste cause va être différente, et il faut en particulier distinguer les cas où le possesseur a reçu la chose d'une autre personne, de ceux où il a pris possession de la chose sans qu'elle lui soit livrée par une autre personne, et évidemment la notion de juste titre ne peut pas être exactement la même dans les deux cas, dans les deux hypothèses fondamentalement différentes où la chose a été livrée au possesseur et où d'autre part il a pris possession de

Source : BIU Cujas

la chose de lui-même.

Suivant que le possesseur a reçu la chose d'une autre personne.

Au premier cas, il faut envisager le rapport juridique en vertu duquel la chose lui a été livrée par le précédent possesseur. Le fondement de sa possession se trouve dans le lien juridique qui l'unit avec le précédent possesseur, et en ce cas on exige qu'il y ait eu un acte juridique valable, qu'il y ait eu entre lui et le précédent possesseur une opération juridique valable de nature à justifier normalement l'acquisition de la propriété. Ainsi donc la "justa causa" n'est pas ici la même chose qu'en matière de tradition puisque l'on exige que l'opération juridique en vertu de laquelle est faite la livraison de la chose soit une opération juridique valable. Par exemple, il faut qu'il y ait eu un contrat de vente valable en vertu duquel a été livrée la chose, ou bien encore un mode de constitution de dot ou une stipulation.

Suivant qu'il a pris possession sans que la chose lui ait été livrée par une autre personne.

Mais il y a au contraire des cas où le possesseur n'a pas au préalable traité avec une autre personne, et où cependant il est entré légitimement en possession de la chose qu'il veut usucaper. C'est tout d'abord et avant tout le cas de celui qui est entré en possession de la chose en vertu d'un décret du préteur; puisque, par exemple pour l'esclave de tout à l'heure, le possesseur ne voulait pas le défendre en justice, quand le magistrat lui a dit : emmenez-le, il en a pris possession de lui-même, sans que l'esclave lui soit livré par le précédent possesseur. Ici le juste titre résidera dans le décret du magistrat. Il y a juste titre d'usucapion lorsque l'on a pris possession d'une chose en vertu d'une décision du préteur.

De même il y a le cas où le précédent possesseur est mort. C'est le cas du legs, le défunt avait légué la chose; celui qui prend possession d'une chose à titre de légataire a un juste titre d'usucapion.

Suivant qu'une simple situation de fait légitime la prise de possession.

Mais il y a des cas enfin où il n'y a même plus un acte juridique qui légitime l'entrée en possession où c'est en réalité une simple situation de fait qui la légitime.

Tel est tout d'abord le cas de la succession jacente. Une personne est morte, aucun héritier n'a pris possession des biens du défunt, un voisin s'installe sur les biens du défunt et se conduit à leur égard comme un héritier. Au bout d'un certain délai, il deviendra propriétaire des biens du défunt. Ici c'est un simple fait, le fait de la prise de possession des biens du défunt, qui légitime l'usucapion.

Ou bien encore un esclave a été abandonné, un esclave nouveau-né, ou un vieil esclave; il se trou-

Source : BIU Cujas

ve que celui qui l'a abandonné n'était pas le propriétaire de cet esclave; vous n'en savez rien, vous le recueillez; au bout d'un an vous en devenez propriétaire. Qu'est-ce qui légitime votre usucapion ? C'est un simple fait, le fait que vous avez pris possession d'une chose abandonnée.

On voit combien il est vain de vouloir trouver une définition suffisamment précise et complète du juste titre, puisque le juste titre peut être une opération juridique conclue avec une autre personne, un acte juridique indépendant ou bien enfin un simple fait.

Importance du juste titre.

Et cependant ce juste titre présente une extrême importance en matière d'usucapion, puisque les jurisconsultes classent les différents cas d'usucapion suivant le titre en vertu duquel on usucape. C'est ainsi qu'ils parlent d'usucapion "pro emptore", en qualité d'acheteur, ou d'usucapion "pro herede" en qualité d'héritier, ou d'usucapion" pro legato ", à titre de chose léguée,"pro donato", à titre de chose donnée, pour ne citer que les cas principaux. Quand, en effet, on demande à une personne en train de posséder pourquoi elle possède, pourquoi elle usucape, elle répond : à titre d'héritier, ou à titre d'acheteur, ou à titre de chose donnée ou léguée.

La question du titre putatif.

Mais une question extrêmement délicate va se poser : c'est la question non plus de la fausse croyance,comme tout à l'heure , dans le droit du propriétaire, mais la question de la fausse croyance dans le titre juridique qui légitime la possession. Que va-t-il se passer si le possesseur croyait avoir un juste titre et n'en avait pas ? C'est la question du titre putatif, qu'il est impossible de traiter ici dans toute son ampleur.Cette question est une des plus difficiles du droit romain. Elle est même si difficile que tout le monde s'y est embrouillé, non seulement les jurisconsultes romains, qui ont fini par mélanger la bonne foi et le titre putatif, qui ont fini par confondre à certaines époques la fausse croyance dans le droit de l'aliénateur et la fausse croyance dans la légitimité du titre, mais également les auteurs modernes qui ont présenté plusieurs théories du titre putatif, les uns prétendant que Justinien admet le titre putatif, les autres prétendant au contraire qu'en règle générale il ne l'admet pas. Certains croient trouver dans la matière des titres putatifs non seulement des interpolations dues à Justinien, mais des interpolations préjustiniennes et des gloses postclassiques . C'est là un terrain de choix pour ceux

Source : BIU Cujas

qui se livrent à la chasse des interpolations !

Nous nous bornerons à dire que sauf dans des cas exceptionnels dont la date d'apparition est discutée, les Romains n'admettent pas le titre putatif et exigent normalement que le titre existe et soit vrai.

4-Continuité de la possession. Délai de l'usucapion.

4°- Enfin il faut que la possession soit continue, et dure pendant un certain délai. Malgré l'immense étendue de l'Empire romain, on a continué à l'époque classique à conserver les délais manifestement insuffisants d'un an pour les choses mobilières et de deux ans pour les fonds de terre ou les maisons.

L'exigence d'une possession continue soulève deux questions importantes : celle de l'interruption de la possession et celle de la jonction des possessions.

Interruption de la possession. Modes d'interruption.- Effet non interruptif de la revendication.

Que va-t-il se passer si la possession est interrompue ? Une personne possédait visiblement une chose et était en train de l'usucaper; au bout d'un an ou de deux ans elle s'attendait à en devenir propriétaire quiritaire; par suite des circonstances, sa possession est brusquement interrompue. Cela met fin immédiatement à l'usucapion en cours, puisque la possession doit être continue. Et, si au bout d'un certain temps, le possesseur recouvrait la possession de la chose, il ne continuerait pas l'usucapion interrompue, il devrait en recommencer une nouvelle.

Ainsi donc, quand vous êtes en train d'usucaper, vous êtes à la merci des évènements. Vous êtes en train d'usucaper un cheval qui est dans votre écurie, un voleur a pénétré, s'est emparé du cheval, vous avez eu beau prendre les mesures les plus énergiques pour découvrir le voleur et recouvrer la possession du cheval par la suite, tant pis pour vous, vous ne continuez pas l'usucapion commencée, il faut une nouvelle usucapion avec un délai entièrement nouveau.

Dans l'ancien droit, on prévoyait que le propriétaire pouvait interrompre l'usucapion soit en reprenant sa chose, soit en accomplissant sur elle un acte d'administration. L'interruption de la possession c'est ce que l'on appelle l'usurpatio; nous l'avons vue pour la femme mariée, qui découchant trois nuits interrompait l'usus de son mari; mais pour les autres biens c'était la même chose ; quand la possession était interrompue, l'usucapion l'était par là même.

Mais on admettait même pour les biens immobiliers que le propriétaire pouvait interrompre l'usucapion en accomplissant sur la chose un acte d'administration, par exemple en émondant un arbre. Une personne était en train d'usucaper votre fonds planté d'arbres, vous veniez sur le fonds et vous coupiez un certain nombre de branches de ces arbres; par là même, vous

Source : BIU Cujas

aviez accompli un acte interruptif de prescription. Et même à l'époque de Cicéron on se contentait d'un acte symbolique ; il suffisait de casser une branche sur le fonds de terre pour interrompre l'usucapion du possesseur. Mais, sans qu'on puisse expliquer pourquoi, cela est tombé en désuétude par la suite; et le droit classique n'admettait plus l'interruption de la prescription par un simple acte d'administration, il faut vraiment que la possession soit interrompue. En droit classique, par conséquent, il n'y a que l'interruption effective de la possession qui interrompt l'usucapion.

Et même à la différence de ce qui se passe dans la plupart des législations, l'action en revendication elle-même n'interrompt pas l'usucapion. Vous avez eu beau poursuivre en justice le possesseur en vous prétendant propriétaire de la chose, ce possesseur, peut continuer à usucaper au cours du procès.

Absence de suspension de l'usucapion.

De même, le droit romain classique en matière d'usucapion n'admet pas la suspension de l'usucapion au profit des absents ou au profit des impubères. Ceci d'ailleurs n'a pas grande importance pratique, car dans tous ces cas où l'usucapion s'est continuée dans des conditions peu équitables, le préteur vient au secours de la victime par la "restitutio in integrum"; on a laissé le mal s'accomplir, mais ensuite le préteur déclare qu'il le tient pour non avenu.

La continuation et la jonction de possession.

Dans quelle mesure, d'autre part, admet-on en droit classique la jonction des possessions ? On dit qu'il y a jonction des possessions d'une manière littérale lorsqu'une personne joint à sa propre possession la possession d'un précédent possesseur, donc quand la possession se continue d'une personne à une autre.

Dans un sens plus large et moins exact, on dit également qu'il y a jonction des possessions, quand une personne, tout en ayant une possession nouvelle, bénéficie du délai pendant lequel le précédent possesseur a possédé.

Dans le premier cas, c'est la même possession qui se continue dans les deux personnes. Au second cas il y a bien un nouveau possesseur, mais il bénéficie du fait qu'une autre personne avait déjà possédé la chose pendant trois ou quatre mois, et de cette manière le nouveau possesseur n'a qu'à posséder la chose mobilière pendant neuf ou huit mois pour en devenir propriétaire.

Primitivement, quand une personne cessait de posséder la chose, la possession était nécessairement in-

Source : BIU Cujas

terrompue. Mais d'assez bonne heure, on a admis ce que l'on appelle la succession pour cause de mort. On a admis en particulier que l'héritier continuait la possession du défunt. Ainsi donc si le possesseur est mort et si personne dans l'intervalle ne s'est emparé de la chose, l'héritier continuera la possession du défunt.

Au contraire, les jurisconsultes classiques ne connaissent pas ce que l'on appelle la théorie de la succession à titre particulier; les jurisconsultes classiques ne considèrent pas qu'un acheteur ou un donataire succède à l'aliénateur, et par suite les jurisconsultes classiques n'admettent pas au profit de l'acheteur ou du donataire la continuation de la possession du vendeur ou du donateur. Cependant une constitution de Caracalla au début du III° siècle paraît avoir admis à titre exceptionnel que l'acheteur bénéficierait du délai pendant lequel le vendeur avait possédé la chose.

L'usucapion, mode d'acquisition de la propriété par l'usage prolongé, n'était accessible qu'aux citoyens et aux choses romaines, puisque c'était un mode d'acquisition de la propriété quiritaire. De là l'insuffisance de l'usucapion et la nécessité d'admettre de nouveaux modes d'acquisition fondés sur la possession prolongée s'appliquant aux autres choses.

§ 3- La "praescriptio longi temporis".

Institution à la fin du II° S. pour les fonds provinciaux et la propriété pérégrine, de la praescriptio longi temporis.

L'usucapion ne s'appliquait pas aux fonds provinciaux, qui, dans l'Empire romain à la période impériale, présentaient une importance considérable. C'est pourquoi les empereurs Sévère et Caracalla à la fin du II° siècle après J.C. instituèrent dans un rescrit la "praescriptio longi temporis", la prescription de long temps, en ce qui concerne ces immeubles provinciaux. Puis, un peu plus tard, une nouvelle constitution impériale d'Antonin Caracalla devait étendre cette prescription aux meubles possédés par des pérégrins. Par conséquent la prescription de long temps s'applique aux fonds provinciaux et à la propriété pérégrine.

Nature de la praescriptio.

Il faut bien remarquer que la prescription à l'origine présente un caractère tout à fait différent de celui de l'usucapion, ce n'est plus un mode d'acquisition de la propriété, c'est exclusivement un moyen de défense. La prescription correspond à une institution grecque qui permettait de repousser le

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

propriétaire resté négligent pendant une longue période. Ainsi la prescription est simplement un moyen de repousser l'action réelle qui est intentée par un propriétaire ou un créancier hypothécaire négligent, qui pendant une longue période a laissé la chose au pouvoir d'un possesseur qui n'avait aucun droit sur elle.

Délai.

Le délai requis pour pouvoir invoquer cette prescription est beaucoup plus long que celui qui était exigé pour l'usucapion , et ceci parce que nous sommes à une époque où l'Empire romain est très étendu et où par conséquent on peut pendant plusieurs années, par suite des circonstances, n'avoir pu s'occuper de la chose qui vous appartient. Ce délai est de dix ans si possesseur et titulaire du droit réel habitent dans la même cité. Il est de vingt ans s'ils habitent dans une cité différente.

L'interruption et la suspension de la prescription.

D'autre part, des règles nouvelles allaient être instituées pour cette praescriptio longi temporis. Tandis que l'usucapion pouvait se continuer pendant le procès intenté par le propriétaire contre le possesseur, la prescription au contraire est interrompue dès que le propriétaire, ou le créancier hypothécaire, a manifesté la volonté de faire valoir ses droits. La prescription est uniquement fondée sur le silence du titulaire du droit réel, qui fait présumer que son droit n'existe pas ou qu'il ne veut plus l'exercer. Dès l'instant où par une sommation, ou bien par l'exercice d'une action, il manifeste sa volonté de faire valoir son droit, la prescription cesse immédiatement de pouvoir être invoquée. Le délai requis pour la prescription est immédiatement, définitivement interrompu.

De plus, on admet la suspension du délai lorsque le titulaire du droit réel est un mineur ou un soldat en campagne.

Par contre, c'est à propos de la prescription que l'on a admis la continuation de la possession non seulement au profit des héritiers, mais au profit de successeurs à titre particulier, notamment au profit de l'acheteur. Si une personne était en train de prescrire et si elle transfère la possession à l'acheteur, l'acheteur bénéficiera du délai de possession dont profitait l'aliénateur; il continue la possession du vendeur.

Caractère de la possession donnant la prescriptio

Quelle est la condition requise pour que la possession donne droit à cette prescription ? Il faut, disent les premières constitutions impériales, un "justum initium possessionis", un début de possession conforme au droit. Ainsi donc primitivement il n'était pas question de bonne foi comme pour l'usucapion classique, mais on exigeait que la prise de possession

Source : BIU Cujas

soit fondée sur un juste titre, soit "justa", et d'autre part qu'elle soit exempte de vices, que l'on n'ait pas pris possession de la chose par violence, clandestinement ou à titre précaire. C'est seulement par la suite que l'exigence de la bonne foi du possesseur vint s'ajouter à cette exigence d'une prise de possession légitime.

Le rôle de la praescriptio.

Ainsi pour les fonds provinciaux et pour les choses appartenenat à des pérégrins, ce n'est pas un mode d'acquisition qui est fondé sur la possession mais seulement un moyen de défense. Il en résulte que si par la suite le fonds provincial ou la chose mobilière en question tombe aux mains d'une autre personne qui ne tient pas la chose du possesseur actuel, la faculté d'agir en justice du titulaire du droit réel va renaître. C'était un moyen de défense accordé contre des personnes déterminées; si la chose tombe au pouvoir d'une autre personne, celui qui n'a pas perdu son droit de propriété ou sa créance hypothécaire pourra à nouveau agir.

§ 4 - La "praescriptio longissimi temporis".

Prescription extinctive de l'action réelle par 30 ans.

Avant le Bas-Empire, on ne tenait aucun compte de la possession prolongée d'une chose, quand elle ne présentait pas les conditions requises. Si le possesseur ne remplaissait pas les conditions exigées, qu'elle qu'ait été la durée de la négligence du propriétaire, celui-ci pouvait toujours recouvrer sa chose en intentant une action réelle. Ce sont les empereurs du Bas-Empire qui ont estimé que l'action réelle devait s'éteindre au bout d'un long délai d'inaction, et comme le délai est très long c'est la raison pour laquelle on l'a appelé "prescrition de très long temps"

Constantin avait décidé que l'action réelle s'éteignait au bout de quarante ans d'inaction, mais ce délai a été ramené par Théodose II en l'année 424 à trente ans. C'est ainsi que s'est introduite dans le droit romain, d'où elle devait ensuite passer dans les droits modernes, la prescription de trente ans.

Ici encore le possesseur ne devient pas propriétaire au bout de quarante ou de trente ans, mais il n'a plus à craindre l'action réelle du véritable propriétaire qui est éteinte.

Source : BIU Cujas

§ 5 - La prescription acquisitive dans le droit de Justinien.

Complications résultant de la coexistance de l'usucapio et de la prescriptio. Réformes de Justinien.

Il ne faut jamais oublier quand on étudie le droit de Justinien que cet empereur règne dans l'Empire d'Orient et que pendant une grande partie de son règne l'Italie était aux mains des Ostrogoths. La conséquence, au point de vue de la prescription et de l'usucapion, c'est qu'en fait dans l'Empire de Justinien, l'usucapion s'appliquait surtout à des choses mobilières, tandis qu'au contraire l'immense majorité des fonds de terre étaient les fonds provinciaux soumis à la prescription longi temporis. Seules les cités bénéficiant du "jus italicum" voyaient leurs fonds de terre soumis à l'usucapion et c'était là une source de confusion et d'injustices, car pourquoi le propriétaire d'un fonds de terre situé à Tyr ou à Beyrouth, par exemple, perdait-il la propriété quiritaire au bout de deux ans, tandis qu'au contraire dans les villes voisines il fallait une prescription de long temps, qui durait dix ou vingt ans, et qui même ne rendait pas à proprement parler propriétaire celui qui en bénéficiait?

C'est là ce qui explique les réformes de Justinien. Il allait opérer une fusion du système classique de l'usucapion et du système de la prescription, tout en en modifiant profondément les conséquences.

Acquisition de la propriété des meubles par usucapion de 3 ans.

Tout d'abord, l'usucapion devient désormais exclusivement un mode d'acquisition de la propriété des choses mobilières, mais le délai est porté à trois ans. La seule différence avec les conditions d'exercice de la prescription c'est que l'usucapion des meubles continue à ne pas être interrompue par l'action en justice.

Acquisition de la propriété des immeubles par la praescriptio de 10 à 20 ans.

Quant à la prescription, elle va s'appliquer désormais à tous les immeubles et elle va devenir un mode d'acquisition de la propriété quiritaire de tous les biens immobiliers, dans les cas où il y a chez le possesseur juste titre et bonne foi. Le délai de prescription sera de dix ans, si possesseur et propriétaire habitent la même province, de vingt ans s'ils habitent des provinces différentes. C'est en effet la province qui a remplacé la cité de l'époque antérieure, mais cette différence est beaucoup moins

Source : BIU Cujas

profonde qu'il ne paraît car, dans le droit de Justinien, le nombre des provinces a été multiplié par rapport à la période précédente.

La prescription de 30 ans tantôt moyen de défense, tantôt procédé d'acquisition de la propriété.

Quant à laprescription de très long temps, à la prescription de trente ans, sa fonction est différente suivant que le possesseur est ou non de bonne foi. Vis-à-vis d'un possesseur de mauvaise foi, la prescription de trente ans garde son rôle traditionnel; elle ne fait pas disparaître le droit du propriétaire. Au contraire, vis-à-vis d'un possesseur de bonne foi, mais dépourvu de juste titre, la prescription de trente ans devient un mode d'acquisition de la propriété quiritaire. On peut donc constater que la prescription, en matière immobilière , de notre droit moderne est en grande partie régie par les régles nouvelles qui avaient été instituées par Justinien. Au contraire, en matière mobilière notre droit moderne a subi profondément l'influence de la règle qui s'était dégagée sous notre ancien droit : "en fait de meubles possession vaut titre", ce qui fait qu'en matière mobilière notre droit n'a guère suivi les tracesdu droit romain.

Chapitre VI.

L'EXTINCTION DU DROIT DE PROPRIETE.

A ce point de vue, il est d'usage de montrer la différence profonde qui sépare la propriété de l'obligation.

Caractère exceptionnel de l'extinction de la propriété.

Les obligations sont essentiellement temporaires. L'obligation est normalement destinée à s'éteindre par l'exécution du devoir imposé au débiteur au profit du créancier. Au contraire la propriété est en principe un droit perpétuel, ou tout au moins un droit destiné à durer aussi longtemps que la chose sur laquelle il porte. Le trait essentiel de la propriété c'est sa durée; c'est que normalement rien ne doit mettre fin à son existence. Au lieu de s'éteindre, la propriété peut en effet changer de titulaire, et nous avons vu en étudiant les modes d'acquisition de la propriété comment une chose passait d'un patrimoine dans un autre.

Cependant il existe un certain nombre de cas variables plus ou moins nombreux suivant la nature des choses, où la propriété est éteinte.

La propriété s'éteint naturellement par la dis-

Source : BIU Cujas

Disparition matérielle ou juridique de la chose.

parition de la chose. Si vous êtes propriétaire d'une pomme et si vous la mangez, vous éteignez nécessairement la propriété par la consommation de la chose. Mais à côté de cette extinction matérielle, il y a une extinction juridique qui résulte du fait que la chose cesse d'être soumise à la propriété privée.

Tel est le cas de toutes les choses qui sont mises hors du commerce, en passant dans le domaine public de l'Etat ou en étant consacrées aux dieux. Si vous affectez un terrain à la sépulture de membres de votre famille, dès que vous aurez enterré vos ancêtres dans ce terrain il sera soustrait à la propriété privée.

Ou bien encore la propriété s'éteint lorsque l'animal que vous aviez mis en cage s'échappe, ou même lorsque l'animal domestique que vous possediez s'échappe, et s'enfuit, précisent les textes, "sans esprit de retour". Si votre animal est parti définitivement, vous cessez d'en être propriétaire.

Abandon volontaire.

Enfin il arrive qu'une personne abandonne volontairement la propriété d'une chose. On ne se contente pas, comme pour la perte de la possession, de la perte matérielle de la chose, ou d'une simple volonté de l'abandonner, on exige la réunion des deux éléments, et même Proculus soutenait encore que celui qui avait matériellement abandonné sa chose avec la volonté de ne plus en être propriétaire en restait titulaire tant que la possession n'avait pas été prise par une autre personne. Ainsi donc, dans l'opinion de Proculus, cet esclave vieux et malade que vous aviez volontairement abandonné dans l'île d'Esculape restait votre propriété tant qu'une personne compatissante n'en avait pas pris matériellement possession, l'emmenant chez elle pour le réconforter. Au contraire, Julien avait fait triompher l'idée que la perte de la propriété était immédiate, dès qu'il y avait eu effectivement abandon matériel avec volonté de ne plus être propriétaire.

Conséquence du caractère perpétuel de la propriété. Impossibilité d'aliéner à terme extinctif ou sous condition résolutoire.

De cette idée que la propriété est en principe perpétuelle, les Romains avaient tiré des conclusions quelque peu discutables. Ils en avaient tiré la conclusion qu'un transfert de propriété ne peut être affecté d'un terme extinctif ou d'une condition résolutoire. Il semble qu'ici encore se retrouve la confusion entre la propriété et la chose qui en fait l'objet; ils admettent que tant qu'une chose est aux mains d'une personne, elle ne peut pas, en vertu d'une clause résolutoire ou extinctive, redevenir la propriété d'une autre personne. Ainsi donc on ne peut pas décider qu'une chose qui appartient à telle personne à par-

Source : BIU Cujas

tir de telle date ou à la réalisation de telle condition fera retour à l'aliénateur, ou appartiendra à une autre personne.

Ce principe n'a été modifié que par Justinien. Justinien n'a d'ailleurs admis la clause résolutoire ou le terme extinctif que dans les modes d'aliénation à titre gratuit, donation, legs, fideicommis. Dans ces cas-là, Justinien admet le transfert temporaire de la propriété.

Chapitre VII.

LES "JURA IN RE ALIENA", LES DROITS SUR LA CHOSE D'AUTRUI.

Tandis que de nos jours on distingue parmi les droits réels la propriété et les autres droits réels, les Romains, au contraire, faisant une catégorie à part de la propriété, distinguent la propriété et les droits sur la chose d'autrui, qui ne sont autres dans nos classifications modernes que les droits réels distincts de la propriété.

Le caractère des droits réels sur la chose d'autrui; différence avec les droits de créance.

Tout en portant sur une chose qui est la propriété d'une autre personne, les droits que nous allons étudier sont des droits réels en ce sens qu'ils confèrent directement à leur titulaire certains pouvoirs à l'égard de la chose elle-même, sans qu'il soit besoin de passer par l'intermédiaire du propriétaire de cette chose.

C'est là ce qui différencie ces droits des droits de créance, qui confèrent également certains droits vis-à-vis d'une chose, mais non pas directement sur cette chose, les droits de créance exigeant que l'on passe nécessairement pour la réalisation de son droit, par l'intermédiaire d'une personne déterminée, le débiteur. Si vous avez un droit réel sur la chose d'autrui, vous pouvez l'exercer directement et vous pouvez agir contre quiconque s'oppose à l'exercice de votre droit. Si vous avez simplement un droit de créance même ayant le même objet, vous ne pouvez pas l'exercer directement sur la chose, contrairement à la volonté du propriétaire; vous pouvez simplement agir en justice contre votre débiteur et non contre d'autres personnes, pour contraindre votre débiteur à vous permettre d'exercer ce droit.

Source : BIU Cujas

Parmi les droits réels ou droits sur la chose d'autrui les Romains connaissent des servitudes et autres droits réels beaucoup plus récents, tels que la superficie et l'emphytéose. Nous ne citons ici que pour mémoire l'hypothèque, car l'hypothèque est un droit réel prétorien qui est destiné à garantir l'exécution d'une obligation. Par suite on étudie l'hypothèque à propos du droit des obligations.

Titre I

LES SERVITUDES.

Définition.

Les servitudes sont des droits réels qui sont établis sur la chose d'autrui, soit au profit d'un fonds de terre ou d'une maison déterminée, soit au profit d'une personne.

Les servitudes prédiales; leur ancienneté.

Les plus anciennes, parmi ces servitudes, ce sont les servitudes prédiales, dont le nom vient de "praedium" qui signifie fonds, chose immobilière, qui sont destinées à assurer une meilleure utilisation économique d'un fonds de terre ou d'un édifice.

Tout en étant d'origine ancienne, ces servitudes prédiales ne remontent certainement pas aussi haut que la propriété, car elles supposent que les propriétaires fonciers voisins aient besoin les uns des autres. Or, dans le très ancien droit romain les propriétaires fonciers avaient beaucoup moins besoin les uns des autres que dans le droit postérieur, puisque chaque fonds de terre, chaque édifice dans la ville de Rome était séparé du fonds voisin, de la maison voisine par un espace libre de 5 pieds. Ce régime de la séparation des fonds et des maisons est un régime dans lequel il n'est guère utile d'instituer des servitudes.

Mais par la suite on ne tint plus compte bien souvent de ce régime. Il y eut à la suite de la reconstruction de Rome incendiée par les Gaulois des maisons mitoyennes, des murs mitoyens, et d'autre part on n'appliqua plus aux nouveaux champs, en particulier aux propriétés qui dérivent de l'usage des terres publiques, ce régime de l' espace de 5 pieds. C'est ainsi que les propriétaires voisins eurent besoin de pouvoir parfois s'appuyer sur le mur commun, ou bien en-

Source : BIU Cujas

core de passer sur le fonds voisin pour pouvoir utiliser le fonds qui leur appartenait.

Caractère temporaire des servitudes personnelles; leur existence autonome jusqu'à l'époque de Justinien.

Au contraire les servitudes personnelles présentent un tout autre caractère. Elles sont instituées dans l'intérêt d'une personne qui reçoit généralement à titre viager, mais parfois pour un délai plus court, l'usage ou la jouissance d'une chose, tandis qu'au contraire une autre personne conserve ce que l'on appelle la nue-propriété de cette chose. La durée maxima de ces servitudes personnelles est la vie de leurs bénéficiaires. Les servitudes personnelles ne se transmettent jamais aux héritiers.

Les études modernes ont d'ailleurs montré que c'est seulement au Bas-Empire que l'on a fait rentrer ces droits viagers, ou même d'une durée plus courte que la vie du bénéficiaire, parmi les servitudes. Le droit romain classique ne connaissait que les servitudes prédiales et l'usufruit par exemple était considéré comme un droit autonome n'ayant aucun rapport avec les servitudes. Mais comme l'usufruit et l'usage étaient régis par un certain nombre de règles analogues à celles des servitudes prédiales, les collaborateurs de Justinien ont cru bon de faire une catégorie commune pour ces diverses institutions et de créer une catégorie des servitudes personnelles à côté des servitudes prédiales.

Caractères communs de toutes les servitudes.

Quels sont donc ces caractères communs à toutes les servitudes qui ont fait finalement ranger les droits réels d'usufruit et d'usage parmi les servitudes ?

Droits réels.

En premier lieu, ce sont des droits réels, c'est-à-dire des droits qui sont sanctionnés par des actions réelles, des actions qui peuvent être intentées contre quiconque s'oppose à l'exercice de la servitude envisagée.

Exercés directement sur la chose.

En second lieu, ce sont des droits qui sont exercés directement sur la chose, sans que leur bénéficiaire ait à passer par l'intermédiaire du propriétaire. C'est ce qui explique pourquoi, appliquant rigoureusement cette idée, les Romains ont longtemps admis, réserve faite de quelques exceptions, qu'il n'existe aucun lien juridique entre le titulaire d'une servitude et le propriétaire. Le propriétaire n'a que ce que l'on appelle parfois de nos jours une obligation passive . Il doit simplement s'abstenir de faire un acte qui gênerait l'exercice de la servitude. En principe le titulaire du droit réel ne peut exiger aucun acte positif, aucune prestation du propriétaire de la chose grevée de la servitude. C'est donc, comme

Source : BIU Cujas

en matière de copropriété, un régime essentiellement individualiste; il n'y a aucun lien juridique entre les deux personnes qui ont un droit sur la même chose, entre le propriétaire de la chose et celui qui a un droit sur elle.

Seule exception, résultant de clauses particulières, c'est en ce qui concerne la servitude d'appui. On estime que lorsqu'on a le droit d'utiliser un mur pour y appuyer ses poutres, le propriétaire du mur doit l'entretenir, car la servitude ne pourrait plus s'exercer s'il le laissait en mauvais état et si le mur s'écroulait. C'est là l'une des rares exceptions admises.

Limitation au droit de propriété.

Enfin, en troisième lieu étant des droits réels sur la chose d'autrui, les servitudes sont considérées comme des limitations à la propriété, comme des dérogations au caractère normal de la propriété, qui est de conférer au propriétaire un pouvoir absolu sur sa chose; par suite, c'est au propriétaire de la chose que bénéficiera toujours l'extinction de la servitude. Si une servitude s'éteint, désormais le propriétaire aura une chose libre de toute servitude.

Ière section.

Les diverses servitudes.

§ I - Les servitudes prédiales.

Charge établie sur le fonds servant au profit et pour l'exploitation du fonds dominant.

Nous rencontrons, à la fin de la République romaine, de très nombreuses servitudes prédiales, mais toutes présentent le caractère commun d'être instituées au profit d'un fonds appelé fonds dominant et de grever un autre fonds, appelé fonds servant. La caractéristique essentielle d'une servitude prédiale, c'est d'exister entre deux fonds de terre au profit d'un fonds dominant en vue d'en assurer une meilleure exploitation économique, de grever le fonds servant de droits devant être exercés sur ce fonds. C'est ainsi qu'on ne conçoit pas une servitude prédiale qui exigerait un fait personnel du propriétaire du fonds servant. Vous ne pouvez pas, par exemple, constituer une servitude en vertu de laquelle tout propriétaire du fonds voisin serait tenu de venir traire les vaches qui seraient en train de paître dans le fonds contigu, car alors la servitude ne grèverait pas sur le fonds servant, mais le propriétaire du fonds servant, ce qui est impossible.

Source : BIU Cujas

De même on ne conçoit pas une servitude prédiale instituée dans l'intérêt exclusif du propriétaire du fonds dominant, une servitude en vertu de laquelle le propriétaire du fonds dominant aurait droit à un bouquet de fleurs tous les matins, car il n'y aurait pas là une meilleure utilisation économique du fonds, mais simplement un plaisir personnel pour le propriétaire du fonds dominant.

Perpétuité de la servitude.

Mais les Romains, dans leur rigueur juridique, ont été plus loin et ont exigé en quelque sorte que la servitude soit de sa nature aussi durable que le fonds qui en est grevé. Ils n'admettent pas en principe qu'une servitude ne soit pas permanente, ne soit pas instituée dans des conditions qui en assurent l'exercice permanent.

C'est ainsi qu'ils déclarent qu'on ne peut pas constituer une servitude de puisage sur une citerne, car une citerne peut être à sec et par conséquent le service de la servitude n'est pas de sa nature permanent. Et même, poussant le principe d'une manière excessive, ils avaient été jusqu'à exiger à un moment donné que pour que la servitude d'aqueduc puisse exister, il fallait que l'on prenne l'eau à sa source, car la source ne se tarit pas tandis que le cours d'eau peut être à sec en été, à un autre endroit. Mais finalement on admit que c'était une exigence excessive et que l'aqueduc pourrait partir d'un autre endroit que la source.

Indivisibilité de la servitude.

Un autre trait caractéristique des servitudes, c'est leur caractère indivisible. L'indivisibilité des servitudes cela signifie qu'une servitude existe pour le tout ou n'existe pas, que l'on ne peut pas constituer une servitude pour partie ou l'éteindre pour partie, qu'on ne peut pas être tenu d'une servitude pour partie et non pas d'une manière totale, elle grève le fonds servant tout entier, elle bénéficie au fonds dominant tout entier.

Supposons que l'un des fonds soit partagé, entre les copropriétaires, celui qui acquiert par le partage le tiers du fonds servant ne peut pas prétendre que désormais il n'est plus tenu de la servitude que pour un tiers, il continue, bien que n'ayant qu'un tiers du fonds servant, à être tenu intégralement de la servitude. De même celui qui est copropriétaire d'un fonds ne peut pas constituer une servitude pour partie. Une servitude sur un fonds soumis à la copropriété ne peut être constituée que par tous les copropriétaires, ou au profit de tous les copropriétaires.

Telles sont les principales conséquences que l'on tire de l'idée que les servitudes sont indivisi-

Source : BIU Cujas

bles.

Distinction entre les S. prédiales rurales et les S. prédiales urbaines.

Parmi les servitudes prédiales, on distingue essentiellement les servitudes prédiales rustiques et les servitudes prédiales urbaines.

Il semble que pour faire cette distinction on s'appuie sur la nature du fonds dominant. On dit qu'il y a servitude rustique lorsque le fonds dominant est un fonds non bâti, que par conséquent la servitude est destinée à assurer une meilleure exploitation d'un champ ou d'une prairie. Au contraire il y aurait servitude prédiale urbaine toutes les fois où le fonds dominant est un fonds bâti, un édifice, une maison, où par conséquent il s'agit d'assurer des avantages à l'édifice que l'on construit ou dont on veut augmenter les avantages pour le propriétaire.

Les plus anciennes servitudes prédiales : iter, actus, via..

Quelles sont les plus anciennes servitudes prédiales rustiques ? Ce sont avant tout les trois servitudes de passage :"Iter , actus, via", servitudes qui ont été instituées pour des agriculteurs. "Iter" c'est la servitude qui permet de passer sur le fonds servant à pied ou à cheval."Actus" signifie le fait de pousser des troupeaux : c'est la servitude qui permet de passer sur le fonds servant en poussant devant soi des troupeaux. Enfin la "via" est quelque chose de plus permanent, c'est le droit de pouvoir d'une manière stable avoir en quelque sorte un passage à votre profit sur le fonds servant, passage dont l'emplacement est précisé, qui doit avoir une largeur indiquée de manière que vous puissiez y passer avec des chariots. On fait remarquer que qui peut le plus peut le moins. Celui qui a le droit de pousser les troupeaux a le droit de passer à pied ou à cheval; celui qui a la "via", une route d'une certaine largeur, peut non seulement y faire promener ses chariots, mais ses troupeaux et s'y promener lui-même.

aquaeductus.

A côté de ces trois servitudes de passage, on rencontre dès une époque très ancienne la servitude d'aqueduc,"aquaeductus". Cette servitude s'explique par le fait qu'en Italie on a beaucoup besoin d'eau pour alimenter les fonds, pour les irriguer, et qu'il y a des endroits où il y a trop d'eau et d'autres où il n'y en a pas assez. La servitude d'aqueduc confère à son bénéficiaire le droit de faire passer l'aqueduc destiné au transport de l'eau sur le fonds servant pour réunir la source où l'on va chercher l'eau au fonds dominant.

Evolution de la notion de servitude rustique.

Il semble que ces quatre anciennes servitudes rustiques n'ont pas toujours été considérées comme des droits sur la chose d'autrui; elles remontent à une époque où cette notion de droits réels, de droits sur

Source : BIU Cujas

la chose d'autrui n'était pas encore nettement dégagée et par suite on considérait que le bénéficiaire de cette servitude était dans une certaine mesure propriétaire de l'espace de terrain sur lequel il l'exerçait; ou bien encore, comme dit M. de Visscher, qu'il avait sur cet espace de terrain une certaine maîtrise.

Mais quelle que soit la conception ancienne de la servitude, maîtrise plutôt que droit réel sur la chose d'autrui, il est incontestable que cette notion a disparu dans les derniers siècles de la République avec la multiplication des nouvelles servitudes, et qu'elle ne s'applique en aucune manière aux servitudes prédiales rustiques plus récentes et aux servitudes prédiales urbaines, qui sont considérées incontestablement comme des droits sur la chose d'autrui, comme conférant simplement certains droits sur une chose dont un autre est propriétaire. Il est incontestable que, à la fin de la République, on garde la nue-propriété du terrain sur lequel s'exerce la servitude.

Les servitudes rustiques récentes.

Parmi ces servitudes rurales récentes, on peut citer la servitude qui permet d'aller puiser de l'eau à une source située sur le fonds voisin; ou bien encore celle qui permet d'abreuver les troupeaux à un lac ou à une source du voisin, servitude d'abreuvoir· la servitude qui permet de creuser un trou dans le fonds voisin pour y puiser du sable.

Les servitudes urbaines.

A côté de ces servitudes prédiales rustiques, il y a des servitudes prédiales urbaines. La plus ancienne de toutes c'est la servitude d'égoût, "cloaca", qui remonte à l'ancien droit romain. Puis on vit apparaître la servitude de gouttière, qui permet de faire écouler l'eau de pluie goutte à goutte sur le fonds voisin. Avec l'habitude des constructions contigües où les deux édifices s'appuient sur le même mur, nous avons désormais des servitudes d'appui sur un mur mitoyen. Enfin il y a des servitudes de vue, en particulier la servitude en vertu de laquelle le propriétaire du fonds servant ne pourra pas surélever sa maison, car il gênerait la vue du voisin.

En somme dès la fin de la République, dès l'époque de Cicéron on rencontre les servitudes prédiales les plus variées.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Les servitudes personnelles.

Justinien a rangé parmi les servitudes personnelles toute une série de droits réels qui avaient été constitués au profit d'une personne déterminée.

Beaucoup de ces servitudes personnelles ont une importance assez faible, résultent surtout de la dernière volonté d'un testateur et sont par suite interprêtées libéralement par les jurisconsultes, car il s'agit de donner certains avantages à de vieux serviteurs, à une vieille nourrice, ou à des parents pauvres. Telles sont les servitudes d'usage, les servitudes d'habitation. Par disposition de dernière volonté on permet à un parent ou à un vieux serviteur d'habiter une maison qui appartiendra à l'héritier, ou d'user d'un champ.

Telle est également la servitude qui consistera dans les services d'un esclave ou d'un animal. Il arrive fréquemment qu'on lègue par testament les services d'un de ses esclaves ou les services d'un animal.

L'usufruit.

Mais, dominant toutes ces servitudes assez secondaires, qui résultent en général d'un legs fait au bénéficiaire, nous trouvons l'usufruit, sur lequel il est nécessaire d'insister quelque peu.

Date d'apparition de l'usufruit.

L'usufruit est de date plus récente que les servitudes prédiales et lui aussi est tout d'abord apparu en matière de dispositions de dernière volonté. Il date au plus tard du II° siècle avant J.C.; nous le savons, car c'est à cette époque que se place la grande discussion entre le jurisconsulte Brutus et le jurisconsulte Publius Mucius Scaevola, père de Quintus Mucius Scaevola, sur la question de savoir si l'enfant né d'une femme esclave est un fruit ou ne l'est pas, car il s'agit de savoir si les enfants nés d'une femme esclave seront la propriété de l'usufruitier ou du nu-propriétaire; nous avons donc la preuve que l'usufruit existait déjà puisque l'on discutait des droits de l'usufruitier.

L'usufruit va conférer à une personne, sa vie durant, ou pour un délai plus court, l'usage et la jouissance d'une chose dont la nue-propriété reste aux mains d'une autre personne ou bien dont la nue-propriété est attribuée à une autre personne.

Différence de la notion d'usufruit en droit

La notion même de l'usufruit est différente en droit classique et dans le droit de Justinien. Il n'y a d'ailleurs que relativement peu d'années que les au-

Source : BIU Cujas

classique et dans le droit de Justinien.

teurs modernes s'en sont aperçus, et c'est ce qui explique pourquoi certains auteurs plus anciens, ne comprenant pas les conséquences de l'usufruit, prétendaient que les textes qui concernaient l'usufruit classique étaient interpolés.

La conception classique : droit aux fruits.

Pour les jurisconsultes classiques, l'usufruit c'est essentiellement un droit aux fruits, qui est strictement attaché à la personne et qui est incessible. L'usufruit ne présente aucune analogie avec la propriété . L'usufruit en droit classique ne confère aucune maîtrise, même relative , même partielle, sur la chose grevée d'usufruit. Ainsi l'usufruit est alors simplement l'expression juridique de la faculté reconnue à une personne d'user d'une chose et d'en percevoir les fruits. Ce n'est ni un élément de la propriété, ni même une partie de la propriété, Il n'y a pas de rapport entre l'usufruit et la propriété; on ne peut pas en décomposant la propriété en tirer l'usufruit.

Aussi on en tire la conséquence que l'usufruitier n'ayant pas la maîtrise même partielle de la chose n'en est pas possesseur, et d'autre part, que n'ayant pas la maîtrise de la chose, il n'acquiert pas les fruits par la séparation mais uniquement par un acte qu'il accomplit lui-même, par la perception. L'usufruit consistant dans le droit de percevoir les fruits, il faut qu'il les perçoive effectivement pour en devenir propriétaire.

Ainsi donc les caractères essentiels de l'usufruit à l'époque classique se justifient très bien par l'analyse du droit. Ceci devait changer dans le droit de Justinien.

La conception de l'usufruit au Bas-Empire.

La manière dont les jurisconsultes classiques envisageaient l'usufruit a changé au cours du Bas-Empire, sans que d'ailleurs l'accord ait régné sur la façon de le traiter. Certaines personnes au Bas-Empire semblent avoir admis que l'usufruit était un démembrement de la propriété, une partie du dominium, puisque l'usufruitier exerce une partie des droits qui appartiennent normalement au propriétaire. Mais cette opinion n'a pas prévalu et même, la conception de l'usufruit qui paraît avoir triomphé c'est celle d'une servitude personnelle qui grève la chose grevée d'usufruit.

Extension de l'usufruit des choses corporelles à toutes les choses suivant

Quel peut être l'objet d'un usufruit ? A la différence des servitudes prédiales, qui comme leur nom l'indique, portent exclusivement sur les choses immobilières, l'usufruit peut porter aussi bien sur des meubles que sur des immeubles. On peut, par exemple, constituer un usufruit sur un esclave, ou sur un trou-

Source : BIU Cujas

l'objet du patrimoine.

peau d'animaux.

Mais par contre primitivement l'usufruit des choses incorporelles ne pouvait pas se concevoir, on ne pouvait pas concéder l'usufruit d'un droit, d'une créance. Et d'autre part, la notion même de l'usufruit empêchait de le faire porter sur les choses qui se consomment par le premier usage. En effet, la définition même de l'usufruit implique que celui qui use et jouit de la chose en respecte la substance; et la substance de la chose, c'est ici la forme actuelle qu'elle présente, qui est conforme à son usage actuel, à sa destination; l'usufruit implique le respect de cette forme, et par suite on ne conçoit pas que l'usufruitier consomme la chose.

Ces restrictions étaient gênantes en pratique, et ceci pour une raison très facile à comprendre : c'est que l'usufruitier tient bien souvent son droit d'une disposition testamentaire. Il arrive bien souvent qu'à une personne de sa famille, ou à un vieux serviteur, un testateur ait légué l'usufruit d'une partie de son patrimoine; la disposition testamentaire ne pouvait pas être entièrement respectée du moment où une partie des biens du testateur échappait à sa disposition.

Le quasi-usufruit des choses qui se consomment par le premier usage.

Or, un sénatus-consulte qui avait été rendu entre l'époque de Cicéron et celle de Sabinus , par conséquent à l'extrême fin de la République romaine, avait décidé que toutes les choses susceptibles de faire partie d'un patrimoine pouvaient être valablement léguées. On en avait conclu que l'on devait pouvoir léguer l'usufruit même des choses qui se consomment par le premier usage. Mais il est bien évident qu'ici on ne pouvait pas appliquer les règles traditionnelles. On ne peut pas respecter la substance de la chose en s'en servant du moment où il s'agit d'une chose qui disparaît du fait de l'usage. Et c'est pourquoi on admit ici des règles particulières.

En ce qui concerne le blé, le vin ou l'argent légué, le légataire aura le droit d'en disposer , de les consommer, mais il sera tenu de promettre d'en restituer à la fin de l'usufruit une égale quantité. Remarquez le caractère de cette disposition: l'usufruit étant en général viager, le légataire aura librement profité de l'objet de l'usufruit, et ce seront ses héritiers après sa mort qui n'en auront pas profité et qui seront tenus de restituer une égale quantité d'objets de même nature. C'est ce que les auteurs modernes appellent le quasi-usufruit.

L'usufruit des créances.

Un peu plus tard, on se demanda si on devait admettre l'usufruit des créances, puisque les créan-

Source : BIU Cujas

ces, elles aussi, rentrent dans la notion de patrimoine, et à ce propos il y eut une controverse. Le jurisconsulte Nerva déclarait que l'usufruit d'une créance ne pouvait être institué qu'au profit du débiteur, en vue de lui donner le bénéfice des intérêts pendant la durée de son usufruit. Le débiteur, usufruitier de la créance, n'aurait pas à en payer les intérêts tant que durerait son usufruit. Au contraire, Proculus et Cassius dont l'opinion l'emporta soutenaient que l'usufruit d'une créance pouvait également être légué à un autre que le débiteur; le bénéficiaire, pendant la durée de l'usufruit, toucherait les intérêts de la créance, et même, le cas échéant, il pourrait toucher le montant du capital, à charge de le restituer à la fin de l'usufruit. On remarquera qu'il ne s'agit pas d'une controverse entre Sabiniens et Proculiens, puisque Nerva est proculien, tandis que les deux jurisconsultes qui ont soutenu l'opinion opposée sont l'un Proculus, proculien par définition, et l'autre Cassius, sabinien.

Ainsi on a fini par admettre au début de l'Empire, d'une part le quasi-usufruit des choses qui se consomment par le premier usage, et d'autre part l'usufruit des créances.

Situation respectives du nu-propriétaire et de l'usufruitier. Absence entre eux d'obligation spéciale à raison de l'usufruit.

Examinons à présent s'il existe des obligations entre le nu-propriétaire et l'usufruitier.

Les Romains sont partis de l'idée que l'usufruit ne crée aucun lien juridique entre l'usufruitier et le nu-propriétaire. Bien qu'il s'agisse de deux situations relatives à la même chose, usufruitier et nu-propriétaire n'ont pas de rapports ensemble. L'usufruitier n'est tenu d'aucune obligation spéciale à l'égard du nu-propriétaire, et quant au nu-propriétaire, il n'a qu'à simplement permettre l'exercice de l'usufruit. C'est ainsi que l'existence d'un usufruit ne limite en aucune manière le pouvoir de disposition du nu-propriétaire. Il peut continuer comme par le passé à vendre la chose grevée d'usufruit ou à l'hypothéquer.

De son côté, l'usufruitier n'est tenu d'aucune obligation spéciale, mais il peut engager sa responsabilité comme un individu quelconque. Supposons, par exemple, que l'usufruitier ait cassé une patte de l'animal grevé d'usufruit; ou bien encore qu'il ait maltraité d'une manière abusive l'esclave; il sera responsable, non sur le terrain de l'usufruit, mais sur le terrain du droit commun, car c'est un délit que de causer un dommage matériel sans droit à autrui, et en cassant la patte de l'animal, en maltraitant d'une manière excessive l'esclave, il a causé un dommage matériel au nu-propriétaire. Donc, la responsabilité de

"Les Cours de Droit" Y Répétitions Ecrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

l'usufruitier sera fondée sur le droit commun délictuel, et non pas sur sa qualité d'usufruitier.

Création d'obligations conventionnelles à la charge de l'usufruitier par la cautio usufructuaria.

Cependant le préteur a considéré qu'une telle indépendance était inadmissible, qu'il fallait tenir l'usufruitier pour responsable de certains actes, et comme le préteur ne pouvait pas proclamer directement que désormais l'usufruitier était tenu de certaines obligations, il utilise son pouvoir de commandement pour contraindre indirectement l'usufruitier à prendre certains engagements vis-à-vis du nu-propriétaire. Ces engagements, il va les imposer au moment où l'usufruitier aura besoin de l'appui du préteur, où il aura recours au magistrat pour obtenir la délivrance de l'usufruit. Le magistrat déclare que désormais il ne protègera l'usufruitier, ne lui assurera l'usufruit que s'il contracte certaines stipulations, certaines promesses à l'égard du nu-propriétaire. Comme il s'agit de stipulations imposées par le magistrat, on les appelle des stipulations prétoriennes.

Le premier engagement, c'est celui de jouir en bon père de famille, suivant une expression consacrée que l'on emploie encore de nos jours. Il doit s'engager à ne pas dépasser dans la jouissance des biens grevés d'usufruit les actes que ferait un "bonus paterfamilias", un chef de famille consciencieux.

Mais cela ne suffit pas. Il y a un autre engagement qu'il prend en son nom personnel, mais en fait surtout au nom de ses héritiers : c'est celui de restituer à la fin de l'usufruit, les biens qui en font l'objet. En effet, jusque là il n'existait pas une telle obligation. A la fin de l'usufruit, l'usufruitier pouvait se contenter de déguerpir, d'abandonner les biens grevés d'usufruit, sans même en avertir le nu-propriétaire. Désormais on contracte l'engagement de les restituer effectivement au nu-propriétaire.

Ainsi en droit classique ce n'était que d'une manière indirecte qu'étaient assurées les obligations spéciales de l'usufruitier, le préteur refusant l'action en délivrance de l'usufruit à celui qui n'avait pas conclu les stipulations prétoriennes.

Au cours du Bas-Empire, on progressa quelque peu et l'on admit que si le nu-propriétaire avait commis l'imprudence de permettre à l'usufruitier d'entrer en possession des biens grevés de l'usufruit, il pourrait ultérieurement, par une action spéciale, exiger ses promesses; il avait abandonné ses garanties, il pourra par voie de contrainte directe exiger de l'usufruitier la promesse de jouir en bon père de famille et de restituer en temps utile les biens grevés d'usufruit. Mais même dans le droit du Bas-Empire il

Source : BIU Cujas

faut toujours , pour faire naître des obligations spéciales à la charge de l'usufruitier, une stipulation, une promesse formelle prise par l'usufruitier.

C'est seulement dans notre droit moderne que l'on a définitivement admis que l'usufruit, tout en étant un droit réel, faisait naître des obligations de plein droit à la charge de l'usufruitier, C'est seulement de nos jours que l'on a admis que c'était l'usufruit lui-même qui oblige l'usufruitier à jouir en bon père de famille et à restituer la chose à la fin de l'usufruit. C'est là l'un des cas exceptionnels où l'évolution commencée en droit romain ne s'est achevée que de nos jours.

Section III.

Les modes de constitution des servitudes.

La mancipatio et l'usucapio dans l'ancien droit des S. rustiques assimilées à des choses corporelles.

I°- Plaçons-nous d'abord dans l'ancien droit romain.

A l'époque la plus ancienne, il n'existait encore qu'un nombre limité de servitudes prédiales rustiques, et à une époque où les notions juridiques sont encore peu développées, ces servitudes prédiales rustiques sont assimilées, en ce qui concerne leur condition juridique et leur mode de création à des "res mancipi", à des choses corporelles comme des esclaves ou des animaux.

Par suite le premier mode de constitution des servitudes, limité d'ailleurs à quatre servitudes prédiales rustiques, a été la mancipation. Les servitudes prédiales rustiques primitives étant des res mancipi, pouvaient être constituées par voie de mancipation, de même que l'on pouvait acquérir une chose par voie de mancipation.

Maintien de la mancipatio comme mode de constitution de S. rustiques considérées comme du droit.

A la fin de la République, on déclara que les servitudes ne peuvent pas être assimilées à la propriété, que ce sont des droits portant sur la chose d'autrui, et bientôt on va les ranger parmi les choses incorporelles, par opposition à la propriété , qui se confond en quelque sorte avec la chose corporelle sur laquelle elle porte. La conclusion c'est que les servitudes. choses incorporelles, ne peuvent faire l'objet ni d'une mancipation, ni d'une possession et l'on abolit par la Loi Scribonia, l'usucapion des servitudes.

2°- Droit du Haut-Empire.- Comme les Romains sont des gens traditionalistes , ils conservent la manci-

Source : BIU Cujas

pation des servitudes prédiales rustiques anciennes, et c'est ainsi que d'un essai de conciliation entre les vieilles conceptions romaines et les conceptions nouvelles, il résulte qu'en droit classique seules les vieilles servitudes prédiales rustiques sont des res mancipi susceptibles d'être directement constituées par voie de mancipation.

L'in jure cessio mode normal de constitution des S.

Au contraire, pour toutes les autres servitudes prédiales, et d'autre part pour l'usufruit, l'usage, l'habitation, le mode normal de constitution entre vifs va être l'in jure cessio, et à la fin de la République ou au début de l'Empire , c'est même là l'application la plus importante de l'in jure cessio. Normalement, une servitude ou un usufruit sera constitué par voie d'in jure cessio. On ira devant le magistrat. Celui qui va acquérir la servitude ou l'usufruit déclare qu'il est titulaire de telle servitude ou qu'il est usufruitier de tel bien; le propriétaire ne conteste pas; le magistrat reconnaît l'existence de la servitude ou de l'usufruit au profit de celui qui a déclaré qu'il avait la servitude ou qu'il était usufruitier.

Constitution des S. par testament.

Au contraire, par voie de disposition testamentaire on utilise pour constituer normalement une servitude et surtout un usufruit ou un droit d'usage ou d'habitation, un legs "per vendicationem", un legs qui permet au légataire de revendiquer la servitude ou l'usufruit. Il ne faut pas par conséquent oublier le legs parmi les modes de constitution des servitudes, puisque normalement c'est par voie de disposition testamentaire que l'on concède un usufruit, un droit d'usage ou d'habitation.

Nous n'insisterons pas sur les autres modes de constitution des servitudes; la question est trop compliquée pour pouvoir être complète. (I)

Protection prétorienne à l'époque classique, des S. constituées par un mode non formaliste.

Arrivons à présent aux réformes accomplies au cours du Haut-Empire. Il semble bien que si l'on se place dans le droit civil proprement dit, les idées n'aient pas changé, mais que le préteur s'est départi du formalisme traditionnel et qu'il a admis que, sans qu'il y ait à proprement parler servitude ou usufruit, il protègerait les gens qui n'avaient pas utilisé les modes formalistes de constitution des servitudes ou de l'usufruit. Restons-en, sans entrer dans les détails, simplement à l'idée que le préteur protège les gens qui n'ont pas valablement bénéficié d'une constitution formaliste de servitude ou d'usufruit.

Constitution des S. sur les fonds provin-

D'autre part, les textes nous parlent d'une constitution de servitude par pacte et stipulation. Il

---

(I) Cf. Monier, Manuel I,pp.564-565.

Source : BIU Cujas

ciaux par pactes et stipulations.

semble qu'ici encore nous n'ayons pas affaire à du droit civil romain, mais à des innovations dues aux magistrats. Il s'agit en réalité d'une théorie propre aux fonds provinciaux. Pour les fonds provinciaux, il ne pouvait être question d'utiliser les modes traditionnels de constitution des servitudes, et par suite les gouverneurs de province avaient admis l'utilisation de procédés nouveaux, les pactes et stipulations.

Qu'est-ce exactement que ces pactes et stipulations ? On en discute. Il semble qu'en pratique l'accord entre les deux parties pour constituer la servitude sur le fonds provincial se manifestait dans un acte écrit et que l'on indiquait d'autre part dans cet écrit que l'on avait conclu une stipulation orale relative à cette constitution de servitude. Ainsi donc, conformément aux usages des provinces grecques de l'Empire, il s'agirait essentiellement d'une convention par écrit constatant l'accord des volontés, mais renfermant par respect pour les usages romains une clause de stipulation.

Certains auteurs ont déclaré que ces pactes et stipulations ne pouvaient conférer qu'un droit de créance à leur bénéficiaire, mais on a fait remarquer qu'il ne fallait pas les étudier avec une âme romaine, mais avec une âme provinciale, puisqu'il s'agissait d'institutions destinées uniquement aux fonds provinciaux, dont le respect était assuré exclusivement par les gouverneurs de province. Par conséquent, on peut considérer qu'aux yeux des gouverneurs de province les pactes et stipulations donnent droit pour le bénéficiaire à une véritable action réelle prévue par l'édit du gouverneur.

Les réformes de Justinien. Disparition de la mancipatio et de l'in jure cessio.

3°- Arrivons, à présent , à l'époque de Justinien. Dans le droit de Justinien tout allait changer, parce que précisément toutes les conceptions juridiques qui étaient à la base des modes traditionnels de constitution des servitudes ont disparu.

Tout d'abord il ne peut plus être question d'utiliser les modes formalistes de l'ancien droit civil, puisque l'in jure cessio et la mancipatio n'existent plus dans le droit de Justinien.

D'autre part Justinien, assimilant les fonds provinciaux aux fonds italiques, tenant compte dans une large mesure dans ses réformes des usages provinciaux, il n'y avait plus de raison de limiter à certains biens l'emploi des pactes et stipulations.

Enfin, au cours de l'Empire on s'était peu à peu aperçu que limiter la notion de possession à la propriété était fort discutable. En réalité, de même que l'on pouvait user d'une chose comme un propriétaire,

Source : BIU Cujas

on pouvait également user d'une servitude comme le titulaire d'une servitude, ou user d'un usufruit comme le véritable bénéficiaire de l'usufruit. On avait admis, par une singulière manière de s'exprimer, à côté du possesseur d'une chose, qui imite pourrait-on-dire, le propriétaire, le possesseur d'un droit, ou quasi-possesseur, qui imite le titulaire de la servitude ou l'usufruitier.

C'est en partant de ces idées que l'on peut expliquer les réformes de Justinien.

Les pactes et stipulations.

Tout d'abord, le grand mode de constitution des servitudes entre vifs est devenu l'emploi des pactes et stipulations. Normalement on constitue une servitude entre vifs par voie de pacte et stipulation. Mais d'autre part on admet, dans une certaine mesure et comme à regret, une sorte de tradition de la servitude, parallèle à la tradition qui fait acquérir la propriété. Pour qu'il y ait tradition d'une servitude, il faut qu'il y ait usus et patientia. Il est bien évident qu'ici on ne peut pas rattacher la tradition de la servitude à une remise de la main à la main; par conséquent, l'idée primitive de tradition ne peut plus être utilisée. Mais on considère qu'il y a tradition de la servitude en cas d'usus et patientia. L'usus, c'est le fait pour l'acquéreur de la servitude d'user de cette servitude; c'est le fait pour lui de passer avec ses chariots sur le fonds d'autrui; c'est le fait de pratiquer une lucarne dans un mur mitoyen. Quant à la patientia,, c'est le fait de la part de celui qui est grevé de la servitude de laisser faire, de la supporter, de ne pas établir une clôture empêchant de passer sur son fonds, ou bien de ne pas envoyer immédiatement un ouvrier boucher l'ouverture que l'on venait de pratiquer dans le mur.

La traditio (patientia et usus).

Ainsi entre vifs on utilise pour constituer des servitudes soit de préférence les pactes et stipulations, soit, procédé qui a moins la faveur de Justinien, la tradition de la servitude.

Le testament.

Dans un testament, au contraire, on continue, comme par le passé, à utiliser largement le legs des servitudes.

La possession prolongée.

Enfin signalons que le droit de Justinien, revenant en quelque sorte au très ancien droit romain, a admis l'acquisition des servitudes par la possession prolongée pendant dix ou vingt ans. Si sans aucun droit, vous avez traversé avec vos chariot pendant dix ans le fonds du voisin, vous avez acquis une servitude de passage sur ce fonds.

Source : BIU Cujas

Section III.

L'extinction des servitudes.

Les servitudes étant quelque chose de quelque peu anormal, une dérogation au droit de la propriété, on admet beaucoup plus facilement l'extinction des servitudes que de la propriété.

Destruction du fonds servant.

Tout d'abord, il est aisé de comprendre que la servitude prédiale va disparaître par la destruction du fonds servant ou du fonds dominant. Par exemple si la fureur des flots a fait disparaître le fonds dominant. De même l'usufruit et l'usage vont disparaître par la destruction matérielle de la chose grevée d'usufruit ou d'usage, mais également par la mort du bénéficiaire, puisqu'en aucun cas une servitude personnelle ne peut durer plus longtemps que celui qui en bénéficie.

Extinction de l'usufruit.

On assimile d'ailleurs à la mort la capitis deminutio. Le bénéficiaire d'un usufruit voit son droit s'éteindre dès l'instant où il a subi une capitis deminutio.

On signale également que l'usufruit va s'éteindre par la confusion ou consolidation, c'est-à-dire par la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de nu-propriétaire ; par exemple si l'usufruitier et le nu-propriétaire appartenaient à la même famille et si l'usufruitier hérite des biens du nu-propriétaire qui est venu à mourir.

La renonciation à la servitude.

Mais en second lieu, le propriétaire du fonds dominant ou l'usufruitier vont pouvoir renoncer à leur servitude ou à leur usufruit, renonciation qui profitera au nu-propriétaire. Gaius dans ses Institutes nous dit que normalement une telle renonciation se réalisera par voie d'in jure cessio. On viendra devant le magistrat et le titulaire de la servitude et l'usufruitier vont abandonner leurs droits devant le magistrat au profit du nu-propriétaire.

Extinction de la S. par non usage. Distinction à cet égard entre les S. prédiales rurales et urbaines.

Enfin en troisième lieu, la servitude va pouvoir s'éteindre par non usage. On considère que du moment où le bénéficiaire de la servitude ne s'en est pas servi pendant une durée plus ou moins longue, la chose doit être libérée.

En ce qui concerne les servitudes prédiales rustiques, l'usufruit et l'habitation, on admettait l'extinction par le non usage pendant un an ou deux ans,

Source : BIU Cujas

suivant qu'il s'agissait de meubles ou d'immeubles. Au contraire, pour les servitudes prédiales urbaines, on exigeait de la part du propriétaire du fonds servant un acte contraire à l'exercice de la servitude. Et ceci, du fait qu'en général ces servitudes s'exercent pour ainsi dire toutes seules, sans qu'il y ait d'acte positif accompli par le bénéficiaire de la servitude. Par exemple, la gouttière laisse écouler l'eau goutte à goutte quand bien même pendant des années le propriétaire du fonds servant ou du fonds dominant ne s'en est pas occupé, Ou bien encore la vue existe du fait même que l'ouverture n'a pas été bouchée. Ou bien encore tant que la maison n'est pas surélevée, la servitude qui interdit de surélever la maison s'exerce toute seule. On ne peut pas dire qu'on ne l'utilise pas du fait que la maison n'a pas été surélevée. C'est pourquoi dans tous ces cas, on exige pour que la servitude disparaisse qu'il y ait de la part du propriétaire du fonds servant un acte positif contraire à l'usage de la servitude . Le délai ne commencera à courir que du jour où le propriétaire du fonds servant aura envoyé des maçons surélever la maison, du jour où il aura envoyé des ouvriers supprimer la lucarne pratiquée dans le mur. C'est ce que l'on appelle l'usucapion de la liberté.

Enfin signalons que dans le droit de Justinien les délais ont été prolongés, fortement allongés et que pour les immeubles il faut un non usage pendant dix ou vingt ans.

Section IV.

La sanction des servitudes.

La vindicatio servitutis ou a. confessoria en droit civil.

Les servitudes étant des droits réels sur la chose d'autrui bénéficient d'une protection très efficace, sont sanctionnées par des actions qui peuvent être intentées contre quiconque porte obstacle à l'exercice de la servitude. L'action type, l'action caractéristique en cette matière c'est la vindicatio, l'action par laquelle on déclare solennellement qu'en vertu du droit des quirites on a droit à telle servitude ou à tel usufruit, "vindicatio servitutis ","vendicatio ususfructus", revendication de la servitude ou revendication de l'usufruit. Justinien a employé un mot technique pour désigner cette sanction des servitudes. Il l'appelle l'action confessoria, l'action confessoire, l'action par laquelle on contraint

Source : BIU Cujas

une personne à reconnaître que l'on est titulaire de telle ou telle servitude, que l'on est titulaire d'un usufruit.

Lorsqu'il s'agit d'un usufruit il peut arriver fréquemment que les biens grevés de l'usufruit soient aux mains d'une autre personne, en particulier que le nu-propriétaire ne les ait pas encore laissés à l'usufruitier, et par suite le but de l'action sera la remise aux mains de l'usufruitier de l'objet de l'usufruit.

Au contraire, dans les autres cas, il n'y aura pas à proprement parler lieu à restitution, à transfert; ce qui importe, c'est simplement de permettre l'exercice de la servitude, et par suite le triomphe du demandeur aboutira normalement à faire prendre certains engagements à celui qui gênait l'exercice de la servitude. C'est ainsi que l'on exigera du défendeur la promesse de ne plus troubler désormais le demandeur dans l'exercice de sa servitude. Par exemple si, lorsque le demandeur arrivait avec son troupeau, le défendeur l'empêchait de passer sur le fonds servant, il promet de ne plus le troubler désormais, de ne plus l'empêcher de passer. Ou encore s'il a fait des travaux qui gênent l'exercice de la servitude, s'il a élevé une clôture, il promettra de remettre les lieux dans leur état antérieur, de manière que la servitude puisse être exercée librement. En droit classique, si le défendeur se montre récalcitrant, s'il refuse de prendre de tels engagements, il est condamné à une somme d'argent, il doit verser une indemnité pécuniaire.

Actions prétoriennes ou utiles.

Les préteurs et les gouverneurs de province ont créé, à côté de ces actions du droit civil, les actions réelles prétoriennes ou utiles en vue de sanctionner les cas nouveaux dans lesquels ils décidaient de protéger celui qui avait une situation analogue à une servitude.

Interdits.

Enfin, il existe un certain nombre d'interdits qui sont destinés à protéger l'exercice de telle ou telle servitude sans que l'on ait à se préoccuper de savoir si oui ou non cet exercice est justifié. On protège celui qui en fait exerce telle ou telle servitude, sans rechercher s'il avait ou non le droit de l'exercer. C'est ce qui se passe généralement en matière d'interdits. C'est là une théorie très complexe, il est impossible d'énumérer tous les cas particuliers(1)

(I) Cf. Monier, Manuel, I, pp, 569-570.

Source : BIU Cujas

Il y a par exemple des interdits qui contraignent à refaire la route qui avait été démolie par le propriétaire du fonds servant; ou bien il y avait des interdits contraignant le propriétaire du fonds servant à nettoyer et à réparer l'égoût qui sert au passage des eaux ménagères du fonds dominant.

Les interdits possessoires utiles de l'usufruitier.

Enfin, en ce qui concerne l'usufruitier, on lui donnait les interdits possessoires à titre utile. L'usufruitier ne possédait pas, mais le préteur le protégeait comme s'il avait possédé. Et finalement on en a tiré une idée de quasi-possession de l'usufruitier, et dans le droit de Justinien on a fini par admettre que l'usufruitier comme le propriétaire, ou un possesseur quelconque, avait droit aux interdits possessoires. Ainsi donc l'usufruitier a toujours été protégé par des interdits, tout d'abord en contradiction avec le droit commun, et finalement conformément au droit commun qui avait changé.

Titre II.

La superficie et l'emphytéose.

Il s'agit là de droits réels sur la chose d'autrui, qui ne sont apparus en droit romain qu'à une date assez récente.

§ I -La superficie.

La règle superficies solo cedit et comment contrairement à elle s'est dégagé le droit du locataire à long terme sur les constructions qu'il a élevées sur le sol.

Pour bien comprendre comment a pu se poser, à une époque seulement tardive, la question du droit de superficie, il faut se rappeler qu'en vertu d'un grand principe du droit romain "superficies solo cedit" la superficie suit le sort du sol; ou, si l'on préfère : c'est au propriétaire du sol qu'appartiennent de plein droit toutes les constructions qui ont été élevées sur le sol d'autrui. Ainsi donc le point de départ c'est que celui qui a construit sur le sol d'autrui n'a aucun bénéfice personnel dans dans cette construction, qu'il travaille pour le propriétaire.

Mais par la suite allait s'élaborer l'idée que sans être propriétaire des constructions, celui qui les avait élevées dans certaines conditions, le superficiaire, pourrait avoir sur cette superficie, sur les édifices élevés au-dessus du sol, un droit réel d'une

Source : BIU Cujas

nature particulière tant qu'il paierait la redevance au propriétaire foncier.

Cette idée d'ailleurs n'est pas apparue à propos des rapports entre particuliers, mais à propos des rapports entre l'Etat et les cités d'une part, et les particuliers d'autre part.

Application de cette idée d'abord aux terres de l'Etat et des cités.

L'Etat n'aime pas se dessaisir définitivement des biens qui lui appartiennent et il en est de même des cités.

Par conséquent, il y a là une situation qui est gênante. Si l'Etat loue des terrains à bâtir à des particuliers, voilà ces particuliers qui d'une part ne peuvent espérer en devenir propriétaires, puisque l'Etat ou la cité ne se dépouille pas définitivement de la propriété du terrain, et d'autre part cependant il est utile dans l'intérêt général que l'on construise des maisons sur ces terrains à bâtir. Aussi avait-on admis en ce qui concerne les terrains à bâtir ainsi possédés à long terme par l'Etat ou la cité que le constructeur aurait un droit de libre jouissance des constructions tant qu'il paierait la redevance due à l'Etat.

Puis dans les rapports entre particuliers.

Plus tard, les particuliers suivirent l'exemple de l'Etat et eux aussi louèrent pour une très longue durée des terrains à bâtir, de telle manière que si le propriétaire du sol devenait bien également propriétaire des constructions, celui qui les avait élevées se trouvait pendant une longue période dans une situation privilégiée vis-à-vis de ces constructions.

La situation dépendante du constructeur se manifeste cependant toujours dans le fait que son droit dépend du paiement régulier du loyer dû au propriétaire du sol, et que du jour où il aurait cessé de payer son loyer il se trouvait privé de la jouissance de ses constructions.

Protection du superficiaire par le préteur.

Le préteur a tenu compte de cette situation particulière. Il a déclaré : il y a là une situation intéressante; il est vraiment fâcheux qu'une personne qui a ainsi construit sur le sol d'autrui, qui a ainsi un contrat d'une très longue durée, ne soit pas plus favorisé qu'un locataire quelconque, et il a commencé par lui donner un interdit, un interdit spécial relatif à la superficie.

Puis, il est allé plus loin; il a dit : dans certains cas, si la situation me paraît digne d'une décision spéciale j'apporterai au superficiaire une action qu'il pourra intenter contre quiconque s'opposerait à son droit de jouissance.

Reconnaissance par les juris-

Puis, les jurisconsultes partant des faits pour en dégager les conclusions juridiques,, ont déclaré :

Source : BIU Cujas

consultes d'un droit réel au profit du superficiaire.

mais alors, si ce superficiaire a droit a un interdit, et même parfois à une action qu'il peut intenter contre n'importe qui, il y à là une situation qui ressemble singulièrement à un droit réel. Et c'est ainsi que finalement à la fin du droit romain on a considéré que le superficiaire, celui qui avait ainsi construit sur le sol d'autrui en vertu d'un louage de longue durée, aurait un droit réel sur les bâtiments qu'il avait édifiés.

§ 2 - L'"ager vectigalis"et l'emphytéose.

La mise en culture des terres des cités au moyen de baux à long terme ou perpétuels.

Ici encore il s'agit de locations à long terme qui ont pris naissance dans les rapports entre les personnes morales et les particuliers. Mais ce qui les diffère profondément de la superficie, c'est qu'il s'agit de terrains destinés à la culture, et à l'origine le but de la convention d'emphytéose était de développer la culture de certaines terres, de favoriser les plantations.

Ce qui apparaît tout d'abord, ce qui remonte à une origine assez ancienne, c'est l'"ager vectigalis"

Ce terme d'"ager vectigalis" est très dangereux du fait qu'il a dans les textes romains un très grand nombre de sens différents. Il y a "ager vectigalis" toutes les fois où il y a d'une part une terre qui se trouve aux mains d'un particulier, et d'autre par une redevance, un vectigal, à payer.

Mais la nature de la terre et de la redevance varie essentiellement suivant les cas. Ici le mot "ager vectigalis" est employé pour désigner des concessions de terres qui étaient faites de préférence par les cités. Il s'agit donc plutôt ici d'un usage des cités que d'un usage de l'Etat. La cité située en dehors de la région de Rome, en Italie, et surtout dans les provinces, louait à long terme ou même à perpétuité, car le droit romain admet les locations à perpétuité, certaines terres destinées à la culture. Ainsi donc, nous avons des locataires qui, tout en étant simplement liés à la cité par un contrat, allaient rester pendant des générations sur les mêmes terres, puisque le contrat liait non seulement le locataire actuel mais ses héritiers. Tant que celui qui cultivait la terre payait régulièrement le fermage, les magistrats de la cité ne pouvaient l'expulser. Cette redevance porte le nom de "vectigal"; d'où le nom d'"ager vectigalis". Mais, ce n'est que l'une des multiples acceptations du mot "vectigal".

Source : BIU Cujas

Le préteur trouva que ce locataire à long terme méritait d'être mieux traité qu'un simple locataire habituel.

En effet, en matière de possession, le locataire ou le fermier n'a pas droit aux interdits possessoires. Il est dans une situation très précaire. Aussi le préteur avait institué au profit de ce locataire à long terme ou à perpétuité des terres des cités un interdit assurant sa jouissance d'un lieu public, "de loco publico fruendo", un interdit qui était destiné à lui permettre de jouir de cette terre appartenant à une cité qu'il avait louée.

Puis, par la suite, le préteur lui accorda une action qu'il pourrait intenter contre tout possesseur injustifié de cette terre. Et les jurisconsultes, comme pour la "superficie ", en concluaient que du moment où il y avait action possible contre n'importe qui, il y avait droit réel au profit du bénéficiaire de l'"ager vectigalis".

La fusion de l'ager vectigalis et de l'emphytéose au Bas-Empire.

Au cours du Bas-Empire, les empereurs à court d'argent confisquaient les biens des cités et des temples et par suite les biens constituant l'"ager vectigalis" rentraient dans le patrimoine privé des empereurs. Peu à peu ces biens furent assimilés à des biens soumis à un autre régime, à l'emphytéose. C'est ainsi qu'au Cours du Bas-Empire l'"ager vectigalis" disparut par voie de fusion avec l'emphytéose.

Les origines de l'emphytéose.

L'emphytéose paraît avoir des origines tout à fait différentes des autres institutions du droit romain et se rattacher aux usages en vigueur pour la culture des terres en Egypte et dans les possessions de Carthage. Les règles qui le régissent, par conséquent, proviendraient des usages suivis en Afrique et qui furent partiellement adoptés par les empereurs lorsqu'ils confisquèrent à leur profit les grands domaines d'Afrique.

L'emphytéose est avant tout une convention destinée à mettre en valeur les grands domaines impériaux d'Afrique du Nord et d'Egypte. Mais cette convention fut par la suite utilisée également pour les biens d'église et même pour les biens appartenant aux particuliers.

Les deux formes primitives de l'emphytéose.

Primitivement l'institution se présentait sous deux formes différentes. Il y avait ce qu'on appelait la vente emphytéotique et il y avait d'autre part ce que l'on appelait le bail emphytéotique.

I - La vente emphytéotique.

La vente emphytéotique se caractérisait par le fait que s'il y avait bien au moment de l'aliénation, paiement d'un prix de vente, par la suite, l'acheteur continuait à devoir payer une modeste redevance annuel-

Source : BIU Cujas

le, ce que l'on appelait le canon emphytéotique, expression qui était encore restée dans notre droit moderne; pour les baux emphytéotiques des hospices, par exemple, on parle encore du canon emphytéotique.

Cette vente emphytéotique conférait à l'acquéreur une situation proche de celle d'un propriétaire.

On disait que sa situation était analogue à celle d'un propriétaire, réserve faite de l'obligation de payer la redevance annuelle.

2 - Le bail emphytéotique.

Quant au bail emphytéotique, il conférait un droit moins complet à l'acquéreur, puisque celui-ci ne pouvait pas être considéré comme assimilable à un propriétaire. Le contrat se rapprochait de l'"ager vectigalis", du contrat de louage à long terme, de l'"ager vectigalis". Il y avait pour l'emphytéote cependant un droit transmissible aux héritiers et qui durait aussi longtemps que lui et ses héritiers paieraient la redevance annuelle et les impôts.

Toutes ces conventions nées en Afrique du Nord et passées par la suite dans les autres provinces et en Italie avaient essentiellement pour but à l'origine d'assurer le défrichement des terres incultes ou l'amélioration des plantations.

La réglementation de l'emphytéose par Zénon. Nature du droit de l'emphytéote.

Mais au cours du Bas-Empire nous avons vu tout d'abord que les empereurs ont confisqué les terres faisan partie de l'"ager vectigalis", et qu'il s'est opéré une fusion entre les règles de l'"ager vectigalis" et celles de l'emphytéose. D'autre part, les particuliers ont suivi les usages impériaux et eux aussi ont concédé des terres sous forme d'emphytéose. Cette emphytéose à l'usage des particuliers devait être réglementée quelque temps avant Justinien par l'empereur Zénon. L'empereur Zénon a déclaré que dans les rapports entre particuliers, les ventes et les baux emphytéotiques étaient désormais prohibés et que l'emphytéose devait désormais avoir une physionomie bien particulière, être considérée comme une opération juridique autonome, (années 476-484).

L'emphytéose dans le dernier état du droit romain est donc devenue une opération juridique distincte à la fois du bail ordinaire et de la vente. C'est un contrat d'un type tout à fait particulier puisqu'il crée un droit réel au profit de l'emphytéote, bien que l'emphytéote et le propriétaire foncier soient liés par un contrat de très longue durée, en général perpétuel. Ainsi donc c'est là un cas où le droit romain admet la combinaison du droit personnel et du droit réel, un contrat faisant naître un droit réel au profit de l'emphytéote.

Obligations

L'emphytéote peut exercer à titre utile toutes

Source : BIU Cujas

de l'emphytéote.

les actions qui sanctionnent la propriété. Il a donc, pourrait-on dire, la propriété "utile" du bien emphytéotique. Mais il continue à devoir régulièrement payer une modique redevance au propriétaire foncier, et il a la charge des impôts. Si pendant trois ans il est resté sans payer les impôts ou la redevance, le propriétaire foncier pourra toujours résoudre l'emphytéose et reprendre la terre.

Transmission du droit de l'emphytéote.

Si l'emphytéote transmet librement son droit à ses héritiers, il doit en principe obtenir le consentement du propriétaire foncier pour pouvoir disposer de son bien entre vifs, par vente ou donation. Si le propriétaire foncier y consent, il pourra vendre ou donner librement le bien, mais ce propriétaire foncier percevra alors un droit de mutation de 2% sur le prix de vente ou sur la valeur du bien aliéné. Si, au contraire, le propriétaire foncier ne veut pas consentir à l'aliénation, il est tenu de reprendre pour son propre compte le bien en remboursant l'emphytéote.

Enfin, en cas de perte totale du bien, chose d'ailleurs assez peu vraisemblable puisqu'il s'agit de fonds de terre, la perte totale est supportée par le propriétaire foncier, qui n'aura plus droit à aucune redevance, tandis que la perte partielle, la dégradation du bien, est supportée par l'emphytéote.

Influence ultérieure de la théorie de l'emphytéose.

L'intérêt de cette théorie de l'emphytéose ne réside pas dans le droit romain, puisqu'en somme c'est une théorie qui n'a pas son origine chez les Romains, mais est une adaptation de règles en usage dans les grands domaines de L'Afrique du Nord; son intérêt principal réside en réalité dans l'histoire du droit français puisque c'est l'emphytéose qui a servi de modèle pour la construction juridique des tenures seigneuriales.

Sans doute il n'y a pas un lien de filiation entre l'emphytéose et les tenures seigneuriales, en particulier le fief, mais ce qui est exact c'est que lorsque, à la fin du moyen-âge, les juristes voulurent construire une théorie juridique du fief et d'une manière plus générale de la tenure seigneuriale, ils empruntèrent comme modèle l'emphytéose. En effet, dans l'emphytéose, il y avait également un propriétaire foncier ayant un domaine direct, percevant certaines redevances, ayant un certain droit de contrôle sur l'aliénation, mais qui en fait n'avait pas la jouissance et la libre disposition du bien.

D'autre part, il y avait un emphytéote qui, comme le tenancier dans la tenure seigneuriale, avait, pourrait-on dire, le domaine utile, avait les avantages de la propriété, mais tout en dépendant dans une

Source : BIU Cujas

certaine mesure du propriétaire foncier et en lui payant certaines redevances. Ainsi donc, c'est l'emphytéose qui donne l'idée d'un domaine direct et d'un domaine utile.

Ayant ainsi terminé l'étude de la propriété et des droits réels, nous allons consacrer une III° Partie de ce cours à l'étude des successions pour cause de mort.

Source : BIU Cujas

IIIe PARTIE

LES SUCCESSIONS POUR CAUSE DE MORT.

Nous n'aurons pas le temps d'étudier les sucessions pour cause de mort dans toute leur complexité, dans tous leurs détails. C'est en effet une matière très longue si l'on veut l'étudier d'une manière complète et c'est un domaine dans lequel, à notre avis, les questions ne présentent pas toutes le même intérêt. Dans les successions il y a des questions fondamentales, présentant un grand intérêt pour la culture générale, et d'autres questions qui sont surtout des questions de règlementation ou des théories très complexes, très difficiles à saisir.

D'autre part il faut remarquer qu'en dehors de certaines théories, le droit des successions présente peut-être un intérêt moins direct que le droit du patrimoine pour la connaissance et la compréhension de notre droit moderne, car notre droit moderne a été beaucoup plus influencé par le droit coutumier que par le droit romain dans de nombreuses questions du droit successoral. Il s'agit là de questions qui touchent en partie au droit des personnes, qui se rattachent plus étroitement aux traditions familiales.

Aussi il ne faut pas être surpris que les traditions germaniques, et surtout le développement du droit coutumier, aient fortement influencé notre droit moderne en la matière.

Ceci dit, étudions tout d'abord les notions générales fondamentales du droit successoral romain.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

NOTIONS FONDAMENTALES.

Nous allons ici expliquer quelques notions essentielles : la notion d'héritier et de succession, la notion de "bonorum possessio", et enfin la notion, au Bas-Empire, de succession à titre particulier.

I - Notion d'héritier et de succession ("heres"; "hereditas").

Comme le mot "succession" prête parfois un peu à confusion, souvent les manuels de droit romain traduisent littéralement "hereditas" par hérédité, mais cela également prête à confusion, puisque l'hérédité dans la langue commune moderne n'a rien à voir avec la succession au sens patrimonial, telle que nous l'étudions; quand on parle d'hérédité, c'est plutôt la transmission des qualités et des défauts des individus que la transmission de leurs droits et obligations.

De nos jours on parle indifféremment de succession, aussi bien lorsqu'il s'agit de successions pour cause de mort que de succession entre vifs. On dit que l'acheteur succède au vendeur ou que le donataire succède au donateur, en ce qui concerne la chose envisagée, qu'on dit qu'il y a succession pour cause de mort, et l'on considère aussi bien que le légataire succède au défunt qu'un héritier.

La notion primitive de succession et la situation au Bas-Empire de la succession à titre universel et de la succession à titre particulier.

Au contraire, les Romains avant le Bas-Empire n'avaient pleinement dégagé la notion de succession qu'en cas d'hérédité, "hereditas", au profit de l'héritier. Ils ne parlaient pas de succession à titre universel ou de succession à titre particulier, avant le Bas-Empire, pour la bonne raison qu'il n'y avait pas de succession à titre particulier; du moment où ils disaient qu'une personne succédait à une autre, il était bien entendu qu'elle la remplaçait à la tête de son patrimoine, qu'il s'agissait d'un héritier. C'est seulement lorsqu'il y eut une succession à titre particulier à côté de la succession à titre universel que l'on eut besoin de préciser que l'héritier succédait à tous les droits du défunt, qu'il était un successeur à titre universel.

Ainsi l'héritier, aux yeux des Romains du début de l'Empire, est le successeur par excellence, celui

Source : BIU Cujas

qui succède au défunt et qui le remplace à la tête de son patrimoine, qui est par suite investi de la situation juridique et de l'autorité du de cujus. En effet, en droit romain on parle de celui "de cujus successio agitur", de celui de la succession duquel il s'agit, et les notaires modernes ont l'habitude lorsqu'il s'agit de successions pour cause de mort de parler toujours de la succession du "de cujus"; lorsqu'on règle la question des biens laissés par le défunt, il est toujours question du de cujus; ce n'est pas le défunt envisagé d'une manière sentimentale, c'est le défunt envisagé comme laissant son patrimoine à ses héritiers.

Caractère familial de la notion d'héritier à l'époque primitive. L'hereditas au sens primitif.

Cette notion de l'héritier puise son origine dans les traditions romaines les plus lointaines, et même on peut dire que dans le très ancien droit romain la notion d'héritier était une notion restreinte, une notion essentiellement familiale. Très anciennement on considérait en effet que les membres du groupe familial soumis à la puissance du pater familias avaient une sorte de droit inné à le remplacer du jour où il serait mort. Il y avait moins une succession d'une personne à une autre qu'une confirmation en la personne des héritiers du droit virtuel qu'ils avaient sur le patrimoine familial.

Tant que vivait le chef de famille, c'était en lui que se concentrait en quelque sorte toute autorité, c'était lui qui avait la libre disposition du patrimoine de la famille.

Mais de son vivant même les autres membres de la famille avaient une vocation éventuelle à sa succession. Et c'est ce qui explique pourquoi il n'y avait aucun intervalle entre la mort du pater familias et l'instant où les héritiers recueillaient ce patrimoine.

A la différence des héritiers qui ne sont pas soumis à la puissance du chef de famille, les héritiers faisant partie du groupe familial étroit acquièrent de plein droit, automatiquement, la succession du défunt. Ils sont, par la mort du pater familias, investis de tous ses droits. A moins cependant - il faut faire une réserve - que celui-ci dans un testament ne les ait expressément dépouillés. Ce qui montre bien qu'ils ont en quelque sorte un droit inné à être héritiers, c'est que le fait de déshériter l'un des siens se dit "exheredem facere", par conséquent, cela suppose qu'il était de plein droit héritier. Il faut que par un acte de volonté expresse on l'ait privé de sa qualité d'héritier.

Ainsi primitivement, l'héritier était un membre du groupe familial, et d'autre part l'hérédité, "hereditas".

Source : BIU Cujas

c'était simplement le titre d'héritier, la situation juridique d'héritier. L'"hereditas" n'était que la manifestation de la situation juridique de l'héritier.

Le développement sous l'influence du testament per aes et libram d'une conception matérialiste de la succession.

Mais, le droit romain devait par suite de circonstances particulières subir une singulière déviation une singulière influence du matérialisme juridique qui faillit complètement changer le sens de la notion d'héritier et d'hérédité, mais contre laquelle les jurisconsultes du début de l'Empire firent une violente réaction et firent renaître en quelque sorte les idées anciennes, les idées traditionnelles.

Il semble, dans la mesure où l'on puisse exprimer un avis sur cette question, qu'il y ait eu l'influence sur la notion de succession, d'une forme de testament qui fut en usage au cours de la République et qui devait l'emporter sur le testament primitif, le testament par l'airain et la balance.

Ce testament "per aes et libram" avait précisément pour but de transmettre tout d'abord les biens à une sorte d'exécuteur testamentaire, à une personne qui nécessairement devait être étrangère au groupe familial. On utilisait en effet un procédé entre vifs, une mancipation; or, un chef de famille ne peut faire une mancipation au profit d'un membre de son groupe familial.

Sur le terrain de ce procédé destiné à instituer un exécuteur testamentaire, cette forme de disposition pour cause de mort au profit d'une personne étrangère au groupe de la famille, allait se développer une conception matérialiste de la succession. En effet, il n'y a plus l'idée ancienne du membre du groupe familial qui remplace à la tête de la famille le chef de famille défunt. Il y a au contraire, en apparence, une simple transmission de biens au profit d'un membre étranger à la famille; c'est ainsi que sous l'influence de cette forme de testament, au lieu de voir dans l'hereditas le titre d'héritier, au lieu d'en faire une notion spirituelle, on en a fait une notion matérialiste. Ce qui avait frappé, c'était cette transmission des biens pour cause de mort à une autre personne. C'est, nous semble-t-il, la seule manière d'expliquer pourquoi l'on trouve dans les oeuvres de Cicéron une définition purement matérialiste de l'hereditas. Cicéron nous dit, en effet, que l'hérédité, c'est l'ensemble des biens présentant une valeur pécuniaire, qui sont recueillis à la mort d'une personne; ainsi donc, il nous donne une notion purement patrimoniale de la succession.

La conciliation des deux con-

Mais peu à peu, il y eut une réaction vigoureuse des jurisconsultes contre une telle conception

Source : BIU Cujas

ceptions chez les jurisconsultes classiques.

matérialiste de l'héritier. Il y eut sous l'effort de la "jurisprudentia" romaine, de la science du droit à Rome, un vigoureux effort de conciliation de la notion primitive de l'hérédité, situation de celui qui succède au pater familias à la tête du groupe familial, et d'autre part de la notion patrimoniale de la succession, liée au développement du testament par l'airain et la balance. Tenant compte des différentes façons de transmettre la succession, tenant compte du fait qu'il y a des héritiers qui appartiennent au groupe familial et d'autre part des héritiers qui y sont étrangers, les jurisconsultes réussirent à donner une notion satisfaisante de l'hereditas et de l'héritier. Ils adaptent ainsi la conception ancienne de l'hérédité à l'idée nouvelle que pour être héritier il n'est pas nécessaire d'appartenir à la même famille que le défunt.

On voit très bien apparaître cette nouvelle conception spiritualiste de l'hérédité chez Gaius. Gaius dans ses Institutes s'élève implicitement contre la définition de Cicéron, puisqu'il déclare que si l'hérédité peut bien comprendre des choses corporelles, elle n'est pas en elle-même une chose corporelle, elle n'est pas un ensemble de biens corporels.

L'hereditas, l'hérédité, dit Gaius, doit être rangée parmi les choses incorporelles, car c'est un droit et il le définit le droit de succession.

Ainsi donc, ce qui apparaît en première ligne, ce n'est pas l'acquisition des biens du défunt, mais c'est que la mort du défunt donne à son héritier le droit de succéder à la situation juridique du "de cujus", le droit de le remplacer aussi bien à l'égard de ses biens matériels que de ses charges et de ses créances. L'héritier succède aux biens du défunt, mais il est tenu de rendre le culte aux ancêtres du défunt; il doit payer dans une large mesure les dettes du défunt et il pourra recouvrer ses créances.

Ainsi donc les jurisconsultes, tout en la généralisant, reviennent en somme à une conception très voisine de la conception ancienne : l'héritier est essentiellement le successeur du défunt.

2 - Deuxième question : le développement de la théorie de la "bonorum possessio".

Elaboration prétorienne de la théorie de la bonorum possessio, le sens du mot bona et sa re-

C'est au préteur, au cours des derniers siècles de la République et au début de l'Empire, qu'est due la lente élaboration de la théorie de la "bonorum possessio", possession des biens, qui allait permettre la constitution, à côté de la succession du droit civil, d'une véritable succession du droit prétorien. Le préteur ne peut pas, nous disent les textes, créer

Source : BIU Cujas

lation avec hereditas.

un héritier. Seul le droit civil peut faire d'un individu l'héritier d'une autre personne. Mais le préteur peut déclarer qu'il accordera à une personne, de préférence à une autre personne, la possession des biens du défunt, la "bonorum possessio".

Il faut remarquer que le mot "bona" en matière successorale a pris un sens très différent du sens habituel que nous avons rencontré dans la théorie du patrimoine. Dans la théorie du patrimoine, le mot "bona" a le sens d'actif net d'une personne, tandis qu'au contraire dans le droit successoral le mot "bona" correspond étroitement au contenu de l'hérédité, le mot "bona" désigne l'ensemble de la situation laissée par le défunt, aussi bien ses dettes que ses créances, ses biens corporels que les choses incorporelles. Par suite des circonstances, la théorie de la "bonorum possessio" est donc étroitement liée à la théorie de l'"hereditas" et elle n'a aucun lien direct avec la théorie générale de la possession ou la théorie générale du patrimoine entre vifs.

Le point de départ procédural de l'institution; son développement en possession provisoire (sine re) par suite de l'effet attaché à la cognatio.

Le point de départ d'ailleurs a été tout à fait modeste. Tout d'abord le préteur, magistrat spécialisé dans les questions de procédure, s'est borné à instituer une "bonorum possessio" dans un but procédural, pour fixer le rôle de défendeur dans l'action relative à l'hérédité. En effet, il est intéressant dans un procès comme un procès relatif à la succession d'une personne, de savoir qui sera possesseur, car le possesseur jouant le rôle de défendeur reste sur la défensive en attendant que l'autre plaideur fasse la preuve. D'autre part, en attendant les résultats du procès, le possesseur temporairement bénéficie de la détention des biens du défunt.

Mais par la suite on passe de l'idée de possession purement intérimaire, limitée au cours du procès, à l'idée de possession provisoire, un état provisoire qui, comme l'on dit souvent, peut durer. Déjà à Rome lorsqu'il s'agissait de la "bonorum possessio", l'état provisoire pouvait durer, et même parfois il allait durer très longtemps. C'est qu'en effet le prêteur estime que certaines personnes doivent conserver les biens du défunt tant qu'une autre personne l'héritier du droit civil) n'a pas, par une action en justice, manifesté la volonté formelle de rentrer en possession de ces biens. Le préteur a d'autres idées en matière successorale que le droit civil, car le préteur évolue, tandis que le droit civil traditionnel évolue difficilement. Le préteur exerce ses fonctions à une époque où l'on tient compte de plus en plus de la cognation, où le formalisme décroît, tandis que le droit civil en matière succes-

Source : BIU Cujas

sorale est fondé exclusivement sur l'agnation et requiert un étroit formalisme dans les actes juridiques. Aussi le préteur n'hésite-t-il pas à envoyer en possession des biens du défunt des cognats, un fils émancipé, alors qu'en droit civil, seuls les fils non émancipés étaient héritiers.

Le préteur n'a pas la même idée que le droit civil de la manière dont on doit faire son testament. Il estime que la présence d'une balance et d'un peseur d'airain dans la balance au fond n'a pas grand chose à voir avec la validité d'un testament; et il n'hésite pas à accorder la possession des biens conformément aux tablettes du testament, bien que l'on n'ait pas procédé au cérémonial de l'airain et de la balance.

Parfois même il s'insurge contre le droit civil ou contre la volonté du testateur, et il n'hésite pas à accorder l'envoi en possession à des gens qui ont été omis ou déshérités d'une manière incorrecte dans un testament. Il accorde alors la possession des biens contrairement aux tablettes du testament.

Ainsi si la bonorum possessio, en ce qui concerne le point de départ, est en liaison étroite avec le droit civil de succession, elle s'en libère du fait que le préteur ne tient pas compte nécessairement du droit civil pour accorder la bonorum possessio; il l'accorde dans de nombreux cas, de préférence à des gens qui ne sont pas héritiers en droit civil.

La bonorum possessio à effet définitif (cum re).

Mais au cours de l'Empire on allait aller plus loin; on allait passer du provisoire au définitif dans certains cas. Tant que la "bonorum possessio" n'est toujours que provisoire, on dit qu'elle est "sine re" ce qui veut dire qu'elle est sans efficacité définitive; en cas de conflit entre l'héritier civil et le bonorum possessor, ce sera toujours et nécessairement l'héritier civil qui triomphera . Mais dans certains cas, au cours de l'Empire, on va admettre que la bonorum possessio" sera "cum re", sera douée d'une complète efficacité, qu'elle sera opposable même à l'héritier civil. C'est ainsi, d'une manière procédurale, que l'on permettra à certains bénéficiaires de cette possession de repousser la pétition d'hérédité, l'action en réclamation de la succession intentée par l'héritier civil. Ainsi le droit de l'héritier civil est définitivement paralysé par le magistrat.

Rapprochement entre la situation du bonorum possessor et celle de l'hé-

A la suite de ces réformes, il est aisé de comprendre que la situation du "bonorum possessor" s'est singulièrement rapprochée de celle d'un héritier civil. Mais comme on n'a pas le droit de dire que le bonorum possessor est un héritier, on dit simplement qu'il est "loco heredis", qu'il est dans la situation

Source : BIU Cujas

ritier.

d'un héritier. Ce n'est pas un héritier, mais tout se passe comme s'il l'était, il est dans la situation d'un héritier; c'est là cette manière de s'exprimer par voie d'analogie que nous avons fréquemment rencontrée en droit romain. Il n'y a pas identité des situations, mais il y a analogie, qui est indiquée par l'expression "loco".

Ainsi la "bonorum possessio" est l'une des institutions les plus importantes dues à l'activité du magistrat romain. Mais d'autre part on sent immédiatement combien cette "bonorum possessio" rend complexe l'étude des successions. Quand on entre dans les détails, on se heurte aux plus grosses difficultés par suite du conflit latent ou même du conflit qui se manifeste en justice entre les règles du droit civil et les règles du droit prétorien, puisqu'il y a deux successions parallèles qui entrent en contact ou même en conflit.

Comme la "bonorum possessio" est une institution prétorienne, ce que l'on appelle un bienfait du préteur, elle n'est jamais acquise de plein droit. Pour pouvoir en bénéficier, il faut nécessairement en faire la demande au magistrat.

Le magistrat l'accorde d'ailleurs tantôt sans examen des faits, en vertu d'une disposition générale de son édit, tantôt en vertu d'un examen particulier de la situation du demandeur, sans qu'il y ait de clause générale dans l'édit.

3 - Troisième question - Les réformes du Bas-Empire et la théorie de la succession à titre particulier.

L'opposition entre la notion de succession à titre universel et de succession à titre particulier. Persistance sous la notion d'universitas de l'idée que d'héritier est le successeur du défunt.

Pendant tout le droit classique, la notion de succession était restée limitée à l'héritier et dans une certaine mesure au "bonorum possessor". Au contraire on considérait que les autres personnes gratifiées par le défunt n'avaient pas à proprement parler un droit de succession. Il s'agissait de modes d'acquisition à titre particulier sans que le légataire ou le fidéicommissaire ou enfin le donataire pour cause de mort succède au défunt. Il acquiert une chose particulière, il acquiert à titre particulier des biens du défunt, mais en vertu du legs, du fidéicommi ou de la donation pour cause de mort, il ne succède en aucune manière au défunt.

Mais au cours du Bas-Empire se fait un très vaste travail d'unification et dans un effort de regroupement des notions juridiques, on établit un parallèle entre la succession à titre universel, tel que le cas de l'héritier, et la succession à titre

Source : BIU Cujas

particulier de tous ceux qui tiennent une chose à un titre quelconque d'une autre personne. Nous avons rencontré le même mouvement dans les modes d'acquisition de la propriété, puisque nous avons vu que l'on avait admis le transfert des droits de l'aliénateur à l'acquéreur, alors que primitivement on admettait qu'il y avait situation indépendante de l'acquéreur et de l'aliénateur.

Ainsi au Bas-Empire on admet que le légataire par exemple succède au défunt pour les choses qui lui ont été léguées. Mais du moment où le légataire par exemple succède au défunt pour certaines choses déterminées, il ne suffit plus, pour éclairer la situation de l'héritier, de dire qu'il est le successeur du défunt; il faut préciser davantage, si l'on veut continuer comme par le passé à opposer l'héritier au légataire; il n'y a alors qu'une manière de s'en tirer : c'est de préciser qu'il succède à l'ensemble des droits du défunt, qu'à côté de la succession à titre particulier il y a au profit de l'héritier une succession à titre universel, "in universum jus defuncti", à l'ensemble du droit du défunt. Ou bien encore, on insiste sur l'idée que, par opposition au legs ou au fidéicommis particulier, l'hérédité est une universalité; on qualifie l'hérédité d'"universitas", d'universalité de droit; on insiste sur l'idée que l'heritier a la vocation éventuelle à l'ensemble des droits et obligations du défunt.

Ainsi la technique juridique du Bas-Empire est différente. Sous le Haut-Empire on insiste sur l'idée que l'héritier succède au défunt. Au Bas-Empire on insiste sur l'idée qu'il recueille l'universalité du droit du défunt, mais au fond c'est toujours la même idée qui est exprimée de deux manières différentes, et c'est ce que n'ont pas vu certains auteurs modernes qui s'efforcent d'opposer la conception classique de l'héritier et de l'hérédité à la conception du droit de Justinien. En réalité il n'y a pas remaniement profond, interpolation systématique; il y a deux manières différentes d'exprimer la même idée. Dire que l'héritier succède au défunt ou dire que l'héritier recueille l'universalité des droits du défunt, c'est en réalité exprimer d'une manière technique différente la même idée. Et la preuve, c'est la Novelle 48 de Justinien, où l'on voit en réalité que si l'on insiste sur l'idée que la succession est une universalité, on n'a pas abandonné la notion traditionnelle de l'héritier successeur du défunt.

En effet, la Novelle 48 de Justinien déclare

Source : BIU Cujas

qu'il y a en quelque sorte unité entre la personne de l'héritier et la personne de celui qui lui transmet l'hérédité. C'est toujours la vieille idée qu'il y a une sorte d'unité à travers les générations, que l'héritier, c'est le successeur du défunt.

Ainsi en cette matière également les auteurs auraient pu s'épargner de longs développements confus pour essayer de démontrer un changement qui existe bien dans la technique, mais qui n'existe pas dans les conceptions profondes.

Si l'on fait abstraction de l'influence matérialiste temporaire du testament "per aes et libram", on peut dire qu'à travers tout le droit romain s'est perpétuée une notion essentiellement spiritualiste de la succession et de l'hérédité, et que l'on a toujours considéré que l'héritier était le successeur du défunt, qu'il était non seulement le bénéficiaire de son patrimoine, mais tenu de ses charges et obligations.

L'extension de l'idée de succession à titre universel de l'héritier au bonorum possessor et au fidéicommissaire d'hérédité.

En même temps que se faisait cette opposition de la succession à titre universel à la succession à titre particulier, on voyait le droit du Bas-Empire s'efforcer d'étendre la notion de succession à titre universel en tenant compte de la réalité des faits. En réalité il était artificiel sous le Haut-Empire de refuser la qualité de successeur ou d'héritier au "bonorum possessor" sous prétexte que seul le droit civil pouvait créer des héritiers. Il était également artificiel de déclarer que celui qui bénéficiait d'un fidéicommis universel n'était pas non plus un successeur ou un héritier, parce que seul un testament et non pas un fidéicommis pouvait faire un héritier.

Sous Justinien, dans tous les cas où en fait une personne recueille l'universalité des biens du défunt, ou une quote-part des biens du défunt, on tend à la considérer comme un héritier.

Et c'est ainsi que l'on assimile à des héritiers non seulement le "bonorum possessor", mais le fidéicommissaire d'hérédité, et même, ce qui est plus grave, le fisc; quand le fisc recueille les biens d'une succession à défaut de tout héritier, on finit par dire qu'en somme il est un héritier du défunt.

Pour étudier le droit des successions pour cause de mort, nous utiliserons pour plus de commodité les notions de succession à titre universel et de succession à titre particulier, réserve faite de l'idée que ces deux termes ne se rencontrent que dans le droit du Bas-Empire.

Dans un Titre I nous examinerons la succession à titre universel, la succession proprement dite, la succession par excellence, tandis qu'au contraire

Source : BIU Cujas

dans un Titre II nous examinerons brièvement le legs et le fidéicommis qui sont qualifiés de modes de succession à titre particulier par le droit du Bas-Empire.

Source : BIU Cujas

TITRE I.

LA SUCCESSION A TITRE UNIVERSEL.

Importance du testament en Droit Romain.

Il faut remarquer qu'à ce point de vue le droit romain semble s'opposer à notre droit moderne. De nos jours l'héritier, c'est par excellence celui qui, en dehors de tout testament, a recueilli les biens du défunt, auquel il est lié par des liens de parenté. Au contraire, en droit romain, normalement le droit de succession a son origine, a son fondement dans un testament, dans des dispositions de dernière volonté du défunt. Le citoyen romain se croirait souvent déshonoré, s'il mourait sans avoir fait un testament, sans avoir désigné lui-même son héritier.

Par suite, c'est la succession testamentaire que l'on doit étudier en premier lieu, et la succession ab intestat, qui, comme son nom l'indique, est précisément la succession d'une personne qui n'a pas fait son testament, ne vient qu'en second lieu. C'est seulement à défaut de testament que la succession se transmet aux héritiers légaux du défunt, ce droit de succession légal étant fondé primitivement sur les liens d'agnation et finalement sur les liens de cognation.

Chapitre I.

La succession testamentaire.

Le rôle essentiel du testament romain; l'institution d'héritier.

Le testament est à Rome un acte de dernière volonté par lequel une personne institue un héritier, ou plusieurs héritiers; l'héritier doit au décès du testateur recueillir les biens du défunt dans la mesure où il n'en a pas disposé à titre particulier et il est destiné à prendre la situation juridique du de cujus.

Ainsi le droit romain est tout l'opposé de no-

Source : BIU Cujas

tre ancien droit coutumier. Loisel disait : "institution d'héritier n'a lieu". A Rome, au contraire, le testament est essentiellement une manière d'instituer un héritier, et ce n'est qu'à titre accessoire qu'il peut comporter des dispositions telles que le legs ou le fidéicommis.

L'histoire de l'ancien droit successoral romain a soulevé de très vives difficultés, du fait que les auteurs estimaient à un moment donné que les données de la tradition romaine étaient en contradiction avec l'enseignement du droit comparé. Et au nom du droit comparé on mettait en doute ce que nous affirmaient les textes romains sur le vieux droit des successions.

En effet, le droit comparé nous montre que chez les peuples parvenus à un degré de civilisation encore peu développé les biens se transmettent dans la famille et non par testament, que d'autre part, chez les peuples anciens on a bien souvent tendance à exclure de la succession les femmes ou les puinés. Or, disaient les auteurs, les usages romains seraient absolument opposés, puisque c'est la succession testamentaire qui jouerait de tout temps le rôle essentiel, puisqu'on pourrait instituer héritiers aussi bien des femmes et des enfants que des hommes parvenus à l'âge de 20 ou 25 ans, et enfin puisqu'on permettrait de tout temps d'instituer héritier une personne étrangère à la famille.

Des études plus récentes, en particulier les travaux de Bonfante en Italie et de M. Lévy-Bruhl en France, ont vigoureusement réagi contre cette tendance critique et ont déclaré que c'était un examen superficiel du rôle romain du testament qui avait pu conduire à de telles critiques. Il est bien évident que dans un droit aussi attaché à la conservation des biens dans les familles que l'ancien droit romain, un testament fait au profit d'un héritier étranger à la famille serait quelque chose de choquant, quelque chose dont on pourrait suspecter l'existence. Mais pourquoi les auteurs modernes avaient-ils éprouvé le besoin de supposer sans preuve que le testament romain était destiné à déshériter la famille au profit de personnes étrangères au groupe familial? Les auteurs modernes commencent par poser un principe qui n'est pas démontré et ensuite ils en tirent la conclusion que la tradition romaine est inexacte. Il faut replacer le testament romain dans son rôle originaire véritable et l'on verra alors qu'il n'est nullement en contradiction avec le droit comparé ou les usages anciens.

Source : BIU Cujas

Le rôle originaire du testament dans le cadre de la famille romaine.

En effet, bien loin de voir dans le testament une manière de dépouiller la famille au profit des étrangers, tout permet de croire que le testament avait tout simplement pour but habituellement de confirmer la vocation successorale des membres de la famille et d'atténuer ce que pouvait avoir d'excessif la succession des femmes ou de personnes incapables de bien gérer les biens du défunt.

Le chef de famille, dans l'ancien droit romain, va bien manifester par une disposition de dernière volonté à qui il veut qu'après sa mort ses biens soient transmis, mais il n'a nullement la volonté de dépouiller sa famille. La personne qu'il investira de la qualité d'héritier, qu'il jugera digne de lui succéder, il la prendra dans sa famille et non pas en dehors de la famille. Mais s'il estime que l'un de ses héritiers est indigne ou incapable de bien gérer ses biens, par une disposition formelle de son testament, il l'exhérédera, il le privera de sa succession.

Le rôle du testament, manifestation de l'autonomie de la famille à l'encontre de la gens.

D'autre part, on a mis en vedette depuis quelques années une autre utilité du testament, qui auparavant était resté inaperçue: c'est que le testament est en quelque sorte la manifestation de la volonté du chef de famille à l'encontre de la gens; c'est une manifestation de l'autonomie de la famille au sens étroit, au sens proprement dit du mot; par opposition aux tendances de la gens à jouer un rôle politique et à contrôler l'activité des chefs de famille. En effet, ainsi que l'a montré M. de Visscher, c'est le testament qui soustrait les héritiers au contrôle de la gens; du moment où le chef de famille avait fait un testament où il instituait certaines personnes héritières, ces personnes étaient par là même soustraites au contrôle de la gens; on ne pouvait pas mettre sous la tutelle des agnats ou sous la curatelle des membres de la gens les femmes ou les prodigues qui auraient été jugés dignes de lui succéder par le chef de famille. Ainsi s'explique pourquoi le testament a eu la faveur des magistrats de la cité, puisque les magistrats de la cité favorisaient tout ce qui pouvaient affaiblir l'oganisation des gentes et diminuer le rôle de la gens.

Ancienneté du testament à Rome.

Ainsi on est arrivé par une interprétation plus exacte du rôle du testament à reconnaître la véracité des traditions romaines et à admettre que dans la civilisation romaine le testament avait pu exister dès une époque très ancienne.

Sans insister ici sur les arguments philologiques que l'on peut également invoquer en ce sens, remarquons que de l'étude linguistique du mot testament

Source : BIU Cujas

et de ses formes archaïques on peut également tirer la preuve que le testament a été en usage à Rome plusieurs siècles avant Jésus-Christ, que le mot testament par ses origines remonte avec son sens technique à une époque très ancienne, au plus tard au VI° siècle avant Jésus-Christ. Ainsi donc la philologie vient confirmer les résultats donnés par l'interprétation du rôle exact du testament.

Nous croyons que bien avant la Loi des Douze Tables, aussi haut que l'on peut remonter dans l'histoire romaine, il y a eu un testament permettant à un chef de famille d'instituer un ou plusieurs héritiers et de dépouiller, le cas échéant, les personnes qu'il jugeait indignes de lui succéder.

Section I.

Les formes du testament.

I- Le testament comitial et le testament en campagne.

Le très ancien droit romain connaissait deux types de testaments : le testament in procinctu et le testament comitial.

I- Le testament in procinctu.

Le testament in procinctu est quelque chose d'exceptionnel. C'est le testament qui est fait par le citoyen romain en tenue de campagne, au moment où l'armée romaine va livrer bataille aux ennemis. Le citoyen qui n'a pas fait son testament en temps de paix et qui fait partie de l'armée romaine craint de périr dans le combat; mais il ne voudrait pas mourir sans avoir fait son testament. Aussi devant les soldats rangés en bataille, après que le magistrat a pris les auspices favorables au combat, il déclare oralement à ses compagnons d'armes qui il institue héritier. Par conséquent vous voyez que c'est un testament qui n'est accessible qu'aux gens qui font partie de l'armée, qui peuvent encore participer au combat.

Ce testament à disparu d'ailleurs assez rapidement du droit romain. Mais sous l'Empire, il existe encore des règles de faveur particulières pour le testament des militaires.

2 - Le testament comitial.

Le second type de testament, c'est anciennement le testament comitial, le testament fait devant les

Source : BIU Cujas

comices curiates. Mais il faut remarquer que ce testament, lui aussi, ne peut pas être fait un jour quelconque de l'année. On ne peut pas déranger les comices sous prétexte que l'on a envie de faire son testament. Et même les deux jours réservés au testament comitial sont assez rapprochés l'un de l'autre puisque c'est le 24 mars et le 24 mai. On ne pouvait donc faire son testament dans les comices que le 24 Mars et le 24 mai; si on avait laissé passer la date du 24 mai, on devait attendre jusqu'à l'année suivante.

Caractère officiel et public.

Ce testament présente un caractère officiel et public. Le chef de famille prononce ses dernières volontés devant l'assemblée des comices, et ceci suffit à freiner, peut-on dire, le désir du chef de famille de commettre des injustices, car dans une cité où tout le monde se connait, où l'on connait la valeur et les aptitudes des héritiers, on pourrait bien avoir la pensée de faire secrètement une disposition testamentaire inique, mais on osera rarement le faire devant le peuple réuni dans les comices curiates. Dans la petite cité romaine primitive, l'opinion publique par conséquent suffisait à jouer un rôle important pour contrôler l'institution d'héritiers du chef de famille.

Rôle du peuple.

En effet, il ne semble pas démontré que le peuple ait joué en matière de testament le même rôle qu'en matière d'adrogation. Le nom même du testament paraît l'indiquer, puisque "testament" signifie prise à témoin. Pourquoi le testament serait-il techniquement désigné comme une prise à témoins s'il avait été autre chose, s'il avait exigé une véritable loi, un véritable vote des comices curiates. Ainsi donc le peuple romain joue le rôle de témoin officiel dans le testament comitial.

Termes impératifs du testament. Son contenu.

Ce testament fait devant les comices est conçu en termes impératifs. Il doit nécessairement débuter soit par l'institution d'héritier, soit par l'exhérédation de certains héritiers. Le testateur déclare quels sont ceux, le cas échéant, qu'il dépouille de sa succession, et ceux qu'il désigne comme ses héritiers; et s'il a pleine confiance dans tous les membres de sa famille, il les institue tous héritiers simultanément.

Mais dés l'époque des Douze Tables, le testament peut également renfermer des dispositions à titre particulier qui prendront place après l'institution d'héritier . Le chef de famille pourra désigner des tuteurs pour les personnes incapables, et ceci est d'autant plus indispensable que, comme nous l'avons vu, à l'époque de la Loi des Douze Tables il n'y avait

Source : BIU Cujas

pas de tutelle ou de curatelle de la famille agnatique pour les gens institués héritiers dans le testament . Il pourra également affranchir certains esclaves, à supposer qu'il en ait.

Il pourra enfin faire un legs, disposer d'un bien au profit d'une autre personne.

§ 2 - Le testament "per aes et libram", le testament par l'airain et la balance .

Les inconvénients du testament comitial, utilisation de la mancipatio pour y remédier.

Le testament fait devant les comices curiates présentait certains inconvénients. Tout d'abord il ne pouvait être fait que deux fois par an, et c'était fort gênant si le testateur, si le chef de famille "sentait venir la mort prochaine" dans l'intervalle des deux assemblées des comices curiates.

D'autre part, chose d'ailleurs à laquelle les Romains ne pensèrent que beaucoup plus tard, le testament comitial était public. Il y avait contrôle efficace de l'opinion publique, mais d'autre part le chef de famille ne tenait pas toujours à faire connaître d'avance ses dispositions de dernière volonté.

Aussi les pontifes et les patriciens allaient inventer un procédé détourné qui, n'était pas originairement un véritable testament mais qui allait permettre d'obtenir des résultats voisins de ceux du testament ; ils utilisèrent dans ce but la mancipation qui en réalité n'était pas un acte de dernière volonté, mais une opération entre vifs. Nous avons déjà indiqué brièvement comment l'emploi de la mancipation pour réaliser les buts du testament devait temporairement faire dévier tout le droit successoral romain, introduire une notion matérialiste de la succession et une conception de l'hérédité entièrement différente de la conception originaire, jusqu'au jour où la réaction se produisit et où l'on finit par considérer que cet acte serait un véritable testament et où l'on reviendrait à la conception originaire élargie de l'héritier et de la succession.

Les 2 phases du testament per aes et libram.

Il y a en effet deux phases bien distinctes dans le testament "per aes et libram". La première, où c'est l'idée de mancipation, d'acte entre vifs, qui l'emporte. La seconde où c'est au contraire l'idée de testament et de succession qui triomphe.

I - La mancipa-

Dans la première phase l'opération reste étroi-

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

tio familiae, le rôle de l'emptor familiae.

tement attachée à l'idée de mancipation et c'est pourquoi on parle simplement de mancipation "familiae", de mancipation du patrimoine. Dans cette première phase le testateur procède à une véritable mancipation pour un prix fictif d'un sesterce au profit d'une personne de confiance, ou tout au moins jugée telle, qui porte le nom d'emptor familiae, l'acquéreur de la familia. Cette personne est, pourrait-on dire à la rigueur, une sorte d'héritier, mais il vaudrait mieux employer pour montrer l'analogie entre ce procédé et ceux en usage soit dans le droit musulman, soit dans le droit franc, un exécuteur testamentaire. C'est une personne qui acquiert les biens de la personne envisagée de son vivant même, et qui est chargée de les transmettre après la mort de celui qui a fait la mancipation aux personnes désignées.

Avantages et inconvénients de ce procédé.

Cette "mancipatio familiae" présente l'avantage de pouvoir être faite à n'importe quel moment, et Gaius nous dit qu'à l'origine elle était généralement utilisée par des personnes qui se croyaient dans leur dernière maladie. Par suite, c'est un acte qui est fait sur le lit de mort, et en ce cas le fait que c'est un acte irrévocable ne présente pas de graves inconvénients.

Au contraire, quand celui qui avait fait la mancipatio familiae guérit, il dépend de l'"emptor familiae" pour se voir retransférer par lui les biens qu'il avait ainsi aliénés.

D'autre part anciennement c'était un acte public, puisque c'était oralement que le testateur disposait de son patrimoine et indiquait à l'exécuteur testamentaire ce qu'il devrait faire après la mort de l'aliénateur.

Enfin et surtout c'était en ce qui concerne la personne de l'"emptor familiae" tout l'opposé du testament comitial, puisqu'on ne pouvait pas faire la mancipation familiae au profit d'un membre de la famille. En effet, une personne ne peut pas transférer ses biens à une personne qui est sous la puissance. Par conséquent, l'"emptor familiae" était nécessairement une personne étrangère au groupe familial.

On a supposé, sans d'ailleurs pouvoir le démontrer, que non seulement ce testament, cette "mancipatio familiae" avait été utilisée par les gens qui étaient sur leur lit de mort, mais par les plébéiens et les affranchis qui n'avaient pas accès anciennement aux comices curiates. Il y a un doute; puisque Gaius ne parle que du cas du citoyen sur son lit de mort, on se demande pourquoi il ne nous aurait pas dit également qu'il était usité par les plébéiens et les

Source : BIU Cujas

affranchis. C'est donc une hypothèse non démontrée.

On remarquera d'ailleurs que dès une époque ancienne, il y avait une certaine garantie morale pour l'aliénateur résultant du fait que la mancipation a lieu devant témoins et que la formule employée en cas de mancipatio familiae précise le but poursuivi.

La formule du familiae emptor.

Celui qui acquiert ainsi la familia à titre d'exécuteur testamentaire ne prononce pas la formule habituelle de la mancipation, mais déclare que les biens du testateur sont sous sa garde et qu'il doit en faire un usage déterminé. Et cette formule est ancienne puisqu'elle renferme un terme archaïque, le mot "endo", qui garantit son archaïsme.

2 - Transformation de la mancipatio familiae en un véritable testament par fusion avec les règles du testament comitial.

Dans une deuxième phase, en conservant certains traits qui rappellent l'acte entre vifs, la "mancipatio familiae" allait prendre la physionomie d'un véritable testament et il semble s'être opéré une véritable fusion des règles traditionnelles du testament fait devant des comices et des règles qui gouvernaient la mancipatio familiae. Nous saisissons en quelque sorte sur le vif les procédés des pontifes et des premiers jurisconsultes qui, s'ils ne se reconnaissaient pas le droit de créer des opérations juridiques entièrement nouvelles, réussissaient cependant à créer des actes juridiques nouveaux par un mélange habile de règles juridiques traditionnelles.

C'est ce qui explique pourquoi le testament "per aes et libram" présente un aspect si singulier, puisqu'il emprunte les conditions de forme des actes entre vifs tout en produisant les effets des actes pour cause de mort.

Même quand notre opération est devenue un véritable testament et même le testament seul admis par le droit romain, on conserve cependant les formes et certaines règles de validité de la mancipation. Pour faire son testament à la fin de la République ou au début de l'Empire, bien que ce soit au fond parfaitement inutile, on doit faire appel à un peseur d'airain qui tient une balance. Et même en ce qui concerne la capacité des témoins, on continue à tenir compte non pas de la personne de l'héritier ou du légataire, mais de la personne de l'"emptor familiae" qui joue désormais un rôle de pure forme, qui n'a plus un rôle véritable dans le testament. Les membres de la famille de l'"emptor familiae", qui est là pour la forme, ne peuvent pas être témoins, alors que des membres de la famille de l'héritier ou du légataire pourraient l'être. C'est là une survivance de l'épo-

Source : BIU Cujas

que où c'était l'"emptor familiae" qui jouait le rôle essentiel, qui était l'exécuteur testamentaire.

D'autre part, la réalité est désormais toute différente de l'apparence. L'"emptor familiae" ne compte plus et il y a désormais un véritable héritier ou de véritables héritiers qui sont assimilés aux héritiers du testament comitial primitif.

La transposition du contenu du testament comitial dans le cérémonial per aes et libram.

Comment s'y est-on pris? Il semble que ce soit en vertu du caractère en quelque sorte magique des formules rituelles dans l'ancien droit romain. On a introduit dans le rite de la "mancipatio familiae" la formule rituelle qui instituait l'héritier dans le testament comitial, et on a considéré qu'il suffirait désormais d'avoir prononcé cette formule rituelle dans la mancipatio familiae pour qu'il y ait un véritable testament et qu'il y ait un véritable héritier.

Ainsi donc on a transposé le contenu du testament comitial dans la cérémonie par l'airain et la balance et l'on a décidé que bien que la formule ne soit plus prononcée dans les mêmes circonstances elle produirait les mêmes effets.

C'est la seule manière d'expliquer comment la mancipatio familiae est devenue un véritable testament et a pu désormais servir à instituer des héritiers.

Le caractère de la déclaration faite par le testateur. Combinaison avec l'emploi de l'écriture.

Et les déclarations mêmes qui sont faites désormais dans le testament par l'airain et la balance confirment cette hypothèse. La mancipation était un acte privé. Or, désormais dans les déclarations orales prononcées au cours de la mancipation on invoque la loi publique, les lois qui avaient sanctionné la valeur du testament. D'autre part, désormais le testeur prononce une formule tout à fait hors de proportion avec les cinq témoins qui se trouvent là et qui n'est autre que la formule qui était prononcée dans le testament comitial.

Parfois on continue comme par le passé à se contenter de déclarations orales, et en particulier quand le testateur est mourant, qu'il n'a pas le temps de faire un testament par écrit, il faut bien que l'on amène précipitamment les cinq témoins et le libripens et qu'il fasse oralement ses dernières volontés devant ces personnages. Mais désormais on a réussi à éviter le caractère public du testament, à le rendre secret, en prononçant une déclaration orale qui fait allusion au testament secret, aux tablettes de cire qui renferment les dernières dispositions du testateur. En effet nous sommes à la fin de la République et au début de l'Empire et par suite le tes-

Source : BIU Cujas

tament est écrit avec un stylet sur des tablettes de cire.

Voici la traduction des déclarations qui seront faites désormais par le testateur. Tenant ou posant la main sur les tablettes de cire de son testament, il déclare: "Ainsi que cela est écrit dans ces tablettes de cire, ainsi je donne, ainsi je lègue, ainsi je teste, et c'est pourquoi ô vous quirites, apportez-moi votre témoignage". Quelle déclaration pour ces cinq témoins et ce libripens! C'est en réalité la déclaration solennelle que le testateur faisait quelques siècles auparavant devant les comices curiates, devant tout le peuple des quirites assemblé.

Influence du testament per aes et libram sur la conception de succession.

Ainsi on a réussi, par un habile mélange, à transformer la mancipatio familiae en un testament "per aes et libram", en un acte qui institue un ou plusieurs héritiers. Mais la mancipatio familiae avait influencé profondément pour plusieurs siècles la conception même de la succession et du testament. Désormais il n'y a plus de lien entre le testament et l'institution d'un membre de la famille du testateur. L'usage de la mancipatio familiae a généralisé l'idée que le testament pouvait servir à instituer des héritiers pris en dehors de la famille. De plus, avec l'usage de la mancipatio familiae, on avait cessé de considérer que le bénéficiaire de la disposition pour cause de mort était tenu du culte des ancêtres ou de payer les dettes du de cujus et il avait fallu que les pontifes interviennent énergiquement pour raccrocher après coup au fait de recueillir les biens du défunt l'obligation de rendre le culte aux ancêtres. Le testament "per aes et libram" avait failli faire dévier complètement le droit successoral romain, mais grâce à l'intervention énergique des pontifes et des jurisconsultes on remit les choses dans le droit chemin à l'extrême fin de la République et au début de l'Empire.

Les formes du testament écrit, les tablettes.

Les formes du testament écrit, qui, en pratique, était pour ainsi dire toujours utilisé, ont été règlementées à nouveau par un sénatus-consulte rendu au temps de Néron, par conséquent au milieu du Ier siècle ap. J.-C. Ce sénatus- consulte déclare qu'à la différence des actes entre vifs le testament doit être rédigé en un seul exemplaire. Il y a donc des tablettes de cire qui renferment un seul exemplaire des volontés du testateur et qui doivent rester secrètes. On ne montrera pas son testament ouvert aux témoins. Mais les deux premières tablettes de cire restent au contraire ouvertes; ce sont celles où le testateur avait indiqué son nom et sur lesquelles les témoins apposent leur sceau pour garantir l'authenticité du testament. Ainsi

Source : BIU Cujas

donc le testament est fait de tablettes de cire superposées qui renferment les dispositions de dernière volonté du défunt, puis son nom, et les sceaux et les noms des témoins.

§ 3 - Le testament prétorien.

Attribution de la bonorum possessio secundum tabulas à l'héritier institué par un testament écrit et scellé par 7 témoins même si les formalités de l'aes et libra n'ont pas été remplies.

Le préteur n'aimait pas beaucoup les formalités inutiles et se demandait s'il était vraiment bien nécessaire de continuer à accomplir des rites qui ne correspondaient plus à rien de réel. Mais comme il n'avait pas le pouvoir d'abroger le droit civil traditionnel, il laissait subsister le testament "per aes et libram" tel que nous l'avons exposé; en même temps il décidait qu'en ce qui le concernait, il n'y attachait aucune importance et qu'il lui était parfaitement égal que l'on ait ou non procédé au rite de l'airain et de la balance. La seule chose qui l'intéressait, c'était que le testament soit intact et qu'il soit scellé de sept témoins, peu lui importait que l'on ait procédé au rite archaïque de l'airain et de la balance.

Aussi, dès le Ier siècle av. J.-C., il déclarait dans son édit qu'il accorderait la "bonorum possessio secundum tabulas", la "bonorum possessio" conforme aux tablettes du testament, à celui qui lui apporterait un testament intact, scellé par sept témoins.

Comment cette B.P. est devenue cum re.

Mais à l'origine, cette "bonorum possessio" était provisoire. Si aucun héritier civil ne se présentait, tout allait bien; mais un héritier civil ab intestat pouvait surgir et déclarer; je ne suis pas de l'avis du préteur, moi; ce qui importe pour moi, c'est que l'on ait eu les cérémonies de l'airain et de la balance, du moment où elles n'ont pas été accomplies, le testament est sans valeur, je réclame la succession du défunt. Au Ier siècle av. J.-C. et même au premier siècle de l'Empire, il n'y avait qu'à s'incliner, l'héritier civil l'emportait. Mais un rescrit d'Antonin le Pieux déclara que désormais il ne fallait plus attacher une telle importance aux cérémonies de l'airain et de la balance. A partir de ce rescrit, il suffit que le testament ait été fait et scellé par sept témoins pour que son bénéficiaire acquière définitivement la "bonorum possessio" et puisse repousser l'héritier civil ab intestat. Ainsi donc ici c'est un rescrit impérial qui a attribué pleine efficacité à la succession testamentaire prétorienne.

Source : BIU Cujas

§ 4 - Le testament du Bas-Empire.

Disparition des formes anciennes du testament.

Au Bas-Empire, les testaments se multiplient et, ce qui complique la question, le droit varie parfois suivant que l'on est en Occident ou en Orient. De plus, les formes anciennes du testament sont complètement tombées en désuétude. On distingue désormais des testaments privés et des testaments publics.

Le testament prétorien à 7 témoins et le testament civil à cinq témoins ou olographe.

I°- Les testaments privés. Tout d'abord les textes continuent pendant longtemps traditionnellement à parler de deux testaments écrits présentant un caractère privé, le testament prétorien à sept témoins et le testament civil à cinq témoins. Mais pour ce testament civil à cinq témoins, depuis une constitution de l'empereur Constance de l'année 319 ap. J.-C. on n'exige plus les formalités de la mancipation. Ce testament paraît être devenu un testament olographe, ce qui signifie un testament écrit de la main même du testateur.

Ainsi donc il semble que dans le droit du Bas-Empire le testament à sept témoins peut être écrit par n'importe qui, tandis que le testament à cinq témoins doit être écrit de la main même du testateur.

Ce testament olographe a survécu en Occident et on le retrouve encore en Occident au Moyen-Âge, et même une Novelle de l'Empereur Valentinien III de l'année 446 ap. J.C. paraît avoir admis un testament olographe sans témoins dont on trouve également la trace dans la loi romaine des Burgondes, ce testament olographe sans témoins , au contraire, n'a exercé aucune influence sur le droit de Justinien.

La règlementation du testament en Orient; Le testament tripartite; l'écriture; le rôle des témoins, la subscriptio.

En Orient, c'est une constitution de l'année 439 qui est la base même de la règlementation du testament écrit. C'est en effet cette novelle de l'année 439 qui est à la base de la règlementation instituée par Justinien. Il faut remarquer que désormais il n'est plus question des tablettes de cire du testament, car les testateurs n'écrivent plus leurs testaments sur des tablettes de cire, mais sur des feuilles de parchemin ou sur des rouleaux de papyrus.

Le testament peut être présenté, au choix du testateur, aux témoins, ouvert ou fermé. Les empereurs s'opposent en effet aux exigences des témoins. Ceux-ci avaient manifesté, semble-t-il, une curiosité indiscrète depuis quelque temps et prétendaient avoir

Source : BIU Cujas

connaissance des dispositions du testateur, sous prétexte qu'il fallait bien savoir sur quoi ils mettaient leurs sceaux. Les empereurs déclarent: les témoins n'ont rien à dire, le testateur est libre. Les témoins doivent apposer sur le testament leurs sceaux et indiquer à côté de leur sceau quel est leur nom. Mais on exige également qu'ils écrivent une phrase au bas du testament; c'est ce qu'on appelle la souscription, car souscrire un acte, c'est écrire de sa main une phrase au bas de l'acte. Tout ceci parce qu'on ne connaît pas la signature en droit romain; les Romains n'ont jamais utilisé la signature au sens moderne du mot comme garantie d'authenticité des actes. Par conséquent, les témoins sur l'acte inscrivent leur nom et écrivent une phrase au bas de l'acte, de leur main.

Le testateur, en principe, doit souscrire l'acte également, mais à défaut de la souscription du testateur on exige un huitième témoin, tandis qu'habituellement on se contente de sept témoins. Justinien d'ailleurs a estimé que si c'était le testateur lui-même qui avait écrit le testament, sa souscription était inutile. Par conséquent si le testament est écrit de la main du testateur, il suffira de sept témoins .

Triple origine des règles du testament tripartite.

Ce testament porte le nom de testament tripartite, et ceci ne s'explique pas par le fait qu'il serait composé de trois morceaux, mais par le fait que ses règles de validité ont été empruntées à trois sources différentes. De même que le testament "per aes et libram" était une combinaison d'éléments antérieurs, de même le testament du droit de Justinien est une combinaison d'éléments de l'époque classique.

Tout d'abord c'est au droit civil que l'on a emprunté l'exigence de témoins. Le fait que le testament requiert des témoins remonte à l'origine même du droit romain puisque le nom même du testament l'implique . C'est également au droit civil que l'on a emprunté l'exigence archaïque que tout soit fait d'un seul jet, sans interruption.

Mais c'est à l'édit du préteur que l'on a emprunté l'exigence de sept témoins et de l'apposition des cachets des témoins.

Enfin, c'est des constitutions impériales que vient l'exigence, outre le cachet, de la souscription des témoins. Toutes les précautions sont prises pour assurer l'authencité de ce testament privé.

Le testament nuncupatif.

Mais au fond on ne s'explique pas pourquoi on se montrait si exigeant pour le testament écrit, puis-

Source : BIU Cujas

qu'il existe à la même époque et ayant la même valeur, un testament oral. Le droit du Bas-Empire en effet admet la validité de ce que l'on appelle le testament nuncupatif, de "nuncupatio", déclaration orale. Il suffit pour faire un testament oral de déclarer ses dernières volontés devant sept témoins.

Le testament principi oblatum et le testament apud acta conditum.

2° - Les testaments publics.- A côté des testaments privés reparaissent au Bas-Empire les testaments faits avec le concours de l'autorité publique. Ceci est conforme aux usages provinciaux de faire enregistrer les actes par des fonctionnaires. Ceci est également conforme au développement bureaucratique du Bas-Empire. Il y a des personnes qui paraissent avoir la manie au Bas-Empire de s'adresser à l'empereur à tout propos. Nous les avons rencontrées importunant les empereurs de demandes de consultations juridiques ou voulant faire trancher tous leurs procès par l'empereur lui-même. Nous les trouvons ici n'ayant de confiance qu'en l'empereur pour la garde de leur testament. C'est ce que l'on appelle le testament "principi oblatum", le testament confié à la garde de l'empereur. Le testateur remet le texte écrit de son testament à la garde du prince, et celui-ci le fait enregistrer à la chancellerie impériale.

Il y a d'autres testateurs qui ne s'adressent pas aussi haut et qui se contentent des bureaux que l'autorité locale met à leur disposition. Ils vont trouver les autorités municipales ou le gardien du bureau du cens et ils demandent à la municipalité ou au chef du bureau du cens de bien vouloir enregistrer sur les registres tenus à cet endroit le texte du testament. C'est ce que l'on appelle le testament "apud acta conditum", le testament recueilli dans les actes publics.

Ainsi donc on met de toute manière le texte du testament sous la protection de l'autorité publique.

Section II

L'ouverture du testament.

Intérêt de l'ouverture du testament, ses formes.

La question ne peut se poser que s'il s'agit de ces tablettes du testament ou de ces testaments écrits du Bas-Empire dont il faut connaître le texte. Il est bien évident que l'on ne peut exécuter un testament écrit que lorsque l'on connaît ses dispositions et pour connaître ses dispositions il faut nécessairement procéder à l'ouverture du testament.

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Source : BIU Cujas
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite

Cette formalité devait prendre une importance exceptionnelle avec la première loi qui ait institué l'impôt sur les successions. La loi institue en l'année 6 ap. J.-C. un impôt de 5% sur les successions ; c'est la loi Julia de vicesima hereditatum.

Ainsi cette exigence de l'ouverture du testament dans des conditions officielles a été imposée dans un but de contrôle fiscal. Dans les cinq jours, ou les trois jours, après la mort du testateur, on doit se rendre au bureau du cens et y procéder solennellement à l'ouverture du testament. Les témoins qui avaient apposé leurs cachets sur le testament doivent venir reconnaître leurs cachets et déclarer que c'est bien un cachet authentique, et le contenu du testament va être enregistré officiellement sur les registres du bureau du cens.

Ainsi désormais on ne peut plus accepter une succession qu'après cette formalité de l'ouverture du testament, et c'est assez grave car si l'héritier mourait dans l'intervalle il perdrait son droit; si l'héritier meurt entre le décès du testateur et l'ouverture du testament, son droit ne se transmet pas à ses propres héritiers.

Nous constatons que cette formalité de l'ouverture du testament a survécu au Bas-Empire en Occident et parmi les papyrus de Ravenne au VI° siècle nous avons des exemples de solennelles ouvertures de testaments devant les autorités municipales de Ravenne.

Section III.

Le contenu du testament et l'institution d'héritier.

L'institution d'héritier, caput et fundamentum testamenti.

Dès l'époque de la loi des Douze Tables, le testament a pu renfermer des dispositions à titre particulier, telles le legs d'une chose déterminée à un légataire, l'affranchissement d'un esclave, la nomination d'un tuteur.

Mais ce qui constitue la disposition essentielle du testament, c'est l'institution d'un ou de plusieurs héritiers qui succèdent au défunt, qui le remplacent dans ses droits et ses charges. C'est au sens littéral qu'il faut donc interpréter cette phrase des textes qui nous dit que l'institution d'héritier est le "caput et fundamentum testamenti", la tête et l'élément fondamental du testament.

Source : BIU Cujas

C'est au point de vue de la forme la tête du testament , parce que, à une époque formaliste, on exigeait que l'institution d'héritier soit placée en tête des dispositions testamentaires. Le testament devait commencer matériellement dans la forme par la nomination d'un ou de plusieurs héritiers. C'est également l'élément fondamental du testament puisqu'aucun testament n'a de valeur s'il n'institue un ou plusieurs héritiers et si cette institution d'héritier est dénuée de valeur.

Ces héritiers institués d'ailleurs sont appelés éventuellement et en quelque sorte malgré eux à recueillir l'ensemble de la situation du défunt si les bénéficiaires de dispositions à titre particulier ne les recueillent pas. Quand bien même le testateur aurait disposé dans son testament au profit d'autres personnes d'une grande partie de ses biens, du moment où ces bénéficiaires ne recueillent pas les biens , nécessairement et automatiquement les héritiers institués en profiteront.

Nous distinguerons deux cas principaux : celui où il n'y a qu'un seul héritier institué et celui, beaucoup plus compliqué évidemment, où il y a plusieurs héritiers institués.

I - Institution d'un héritier unique. Vocation éventuelle à l'ensemble de la succession.

I) Premier cas : supposons qu'il n'y ait qu'un seul héritier institué. C'est si le testateur n'avait qu'un seul enfant ou si le testateur veut disposer de ses biens au profit de son seul ami; il n'institue dans son testament qu'un seul héritier, qui aura, dit-on, une vocation éventuelle à l'ensemble de la succession.

Institution en termes solennels.

Cet héritier unique devra nécessairement, pendant des siècles, être institué en termes solennels, et la vieille formule était : "Titius heres esto"; Titius, évidemment, si l'héritier éventuel s'appelle Titius : que Titius soit héritier.

C'est seulement en l'année 339 ap. J.-C. que l'on abandonna le formalisme traditionnel en permettant au testateur l'emploi d'une formule quelconque. A partir de 339, pourvu qu'il s'exprime en latin, le testateur peut instituer son héritier comme il le désire et ce n'est même que cent ans plus tard, en 439, que l'on autorisa le testateur à utiliser la langue grecque au lieu de la langue latine pour l'institution d'héritier.

Conséquence de l'institution de l'héritier pour un bien déterminé.

L'héritier devant avoir une vocation éventuelle à l'ensemble de la succession, on n'admettait pas primitivement que l'on puisse instituer héritier quelqu'un pour une chose déterminée. On ne pouvait pas dire : que Titius soit mon héritier pour mon troupeau

Source : BIU Cujas

de vaches, ou que Titius soit mon héritier pour mon esclave Stichus. Mais cela était bien gênant s'il n'y avait qu'un seul héritier, car alors on aurait risqué de faire tomber tout le testament. C'est pourquoi, au début de l'Empire, Sabinus avait fait triompher l'idée que c'est la mention de la chose déterminée dont on ne tiendrait pas compte. On fera semblant d'ignorer que le testateur avait institué Titius héritier pour le troupeau de vaches ou pour l'esclave en question et on considèrera qu'il l'a institué pour l'ensemble de ses biens.

Semel heres, semper heres.

On dit, d'autre part, que l'héritier doit avoir une vocation perpétuelle à la succession, ce que l'on dit en latin : Semel heres, semper heres", une fois héritier, toujours héritier; du moment où on est héritier on doit le rester.

La conséquence, c'est qu'on ne peut pas instituer une personne pour un délai déterminé ou sous condition résolutoire : que Titius soit mon héritier jusqu'aux calendes de l'année prochaine; que Titius soit mon héritier , mais qu'il cesse de l'être s'il va en Asie; terme résolutoire, condition résolutoire qui sont interdits, qui sont tenus pour non écrits.

De même on ne peut pas établir volontairement un intervalle entre le défunt et l'héritier. On ne peut pas instituer un héritier sous un terme suspensif certain, dire par exemple que Titius soit mon héritier dans dix ans après ma mort. On considère qu'on ne doit pas tenir compte de termes suspensifs certains.

Institution sous condition suspensive; la bonorum possessio secundum tabulas.

Au contraire, le droit romain a toujours admis la validité de l'institution d'héritier sous condition suspensive, c'est-à-dire avec une condition qui fait dépendre d'un évènement ultérieur la confirmation définitive du titre d'héritier. Ici il n'y a plus d'objection tirée du fait qu'une fois héritier on ne peut plus cesser de l'être, car l'héritier sous condition suspensive ne devient vraiment héritier qu'au jour de la réalisation de la condition, et cette condition peut, suivant les cas, se réaliser ou défaillir. Ainsi la condition suspensive est valable, et tant qu'elle est en suspens, on ne sait pas qui sera héritier. On ne sait pas si ce sera l'héritier institué dans le testament ou l'héritier ab intestat.

Ceci est très gênant. Et c'est pourquoi le préteur accorda à cet héritier sous condition suspensive, à titre provisoire, la "bonorum possessio secundum tabulas". Le préteur, bien que le testament ne l'ait institué héritier que sous condition suspensive lui permet dès à présent de prendre possession des

Source : BIU Cujas

biens du défunt en se fondant sur son testament, mais il doit évidemment donner caution de restituer les biens non seulement si la condition vient à faire défaut, mais également s'il meurt avant la réalisation de la condition, car le droit conditionnel n'est pas transmissible aux héritiers de l'héritier conditionnel.

Institution sous condition suspensive protestative négative. Extension par Justinien de la caution, Mucienne admise en matière de legs.

Dans le droit de Justinien on alla même plus loin, au cas où il s'agissait d'une condition suspensive potestative négative. Il s'agit du cas où le droit définitif de l'héritier dépend uniquement d'une abstention, et la situation est d'autant plus délicate car souvent jusqu'à la mort de l'héritier, on ne sait pas si oui ou non il s'abstiendra de faire l'acte interdit. L'exemple donné par les textes, est le suivant : j'institue Titius mon héritier s'il ne monte pas au Capitole. Jusqu'à la mort de l'héritier conditionnel, on ne saura donc pas si la condition sera oui ou non réalisée, puisque jusqu'au dernier jour de sa vie il pourrait être pris de la tentation de monter au Capitole. En ce cas Justinien décida d'appliquer le principe qui avait été proposée par Quintus Mucius Scaevola six siècles auparavant pour le legs sous une telle condition. Justinien décide que cet héritier pourra immédiatement accepter la succession et que tant qu'il n'aura pas fait un acte contraire à l'exigence du défunt il sera considéré comme héritier. Mais évidemment il doit promettre de restituer la succession au cas où la condition viendrait à défaillir, au cas où un jour il se déciderait à monter au Capitole; de ce jour-là il serait tenu de restituer la succession du défunt.

Institution sous un terme suspensif incertain.

Enfin on subordonne parfois l'acceptation de la succession à un terme suspensif incertain. Ceci veut dire que le testateur a déclaré que Titius serait héritier à une date dont on ne peut fixer d'avance avec précision le jour. Par exemple j'institue Pierre héritier pour le jour de la mort de Paul. Il est bien certain que Paul mourra un jour, mais on ne peut dire le jour de sa mort. On a considéré qu'il y avait là en réalité quelque chose d'analogue à une condition suspensive car pour que l'héritier puisse recueillir effectivement la succession il faut nécessairement qu'il survive à la personne indiquée. On interprète donc cela comme si on avait institué Pierre, s'il survivait à Paul. On assimile donc le terme suspensif incertain à une condition suspensive, puisqu'il faut que l'héritier institué survive à l'arrivée de ce terme incertain.

2- Pluralité.

2) Deuxième hypothèse possible · pluralité

Source : BIU Cujas

d'institués.- quote-part de chaque institué.

d'héritiers.

Cette question est assez complexe et soulève des problèmes extrêmement difficiles. Tantôt, il y a plusieurs hérétiers qui sont institués simultanément; tantôt il y a plusieurs héritiers qui sont institués les uns à défaut des autres, et l'on dit alors qu'il y a substitution.

Le premier cas est celui où il y a plusieurs personnes instituées simultanément et appelées à recueillir en même temps les biens du défunt. Chaque héritier est appelé par le testament à recueillir une quote-part de la succession du défunt et l'habitude romaine était d'envisager la succession dans son ensemble comme une unité monétaire, comme un as, que l'on divisait en un certain nombre d'onces; il y a douze onces dans un as. Habituellement on considèrera la succession comme un as et l'on attribuera une ou plusieurs onces aux différents héritiers institués.

Supposons qu'au profit de deux héritiers le défunt ait disposé de sept onces de sa succession et qu'il ait institué le troisième sans préciser. On fait une petite opération arithmétique; on dit; la succession, c'est un as de douze onces; on a disposé de 7 onces pour deux héritiers, il reste 5 onces pour le troisième héritier, il recueillera les cinq douzièmes de la succession.

Vocation éventuelle de chaque institué à la totalité de la succession. Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest.

Mais chaque cohéritier, malgré la fixation d'une quote-part, n'en a pas moins une vocation éventuelle à l'ensemble de la succession pour le cas où l'un des cohéritiers ne recueillerait pas sa part. C'est un grand principe du droit romain successoral que "nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest", personne ne peut mourir partie testat partie intestat. On ne peut pas simultanément laisser ses biens pour partie par testament et pour partie aux héritiers ab intestat. Ou, si l'on préfère, la succession testamentaire l'emporte nécessairement pour le tout vis-à-vis des héritiers ab intestat; quand bien même, ne recueillerait effectivement la succession qu'un héritier institué pour 3 onces, il doit nécessairement recueillir le tout et primer les héritiers ab intestat. Ceci paraît se rattacher à de vieilles idées en vertu desquelles en instituant un héritier, le testateur a manifesté la volonté absolue d'écarter la transmission traditionnelle des biens, les règles traditionnelles des successions. Du moment où il a choisi la voie de la succession testamentaire, on ne peut pas revenir pour partie à la succession ab intestat. On tient pour non avenues toutes les dispositions du testament qui auraient pour conséquence de permet-

Source : BIU Cujas

tre aux héritiers ab intestat de recueillir une partie des biens.

Supposons que le testateur au lieu de disposer de quote-parts de sa succession ait disposé au profit de chaque héritier de biens déterminés, au début de l'Empire on n'en tient pas compte, on raie la mention de la chose déterminée et on partage la succession par parts égales entre les héritiers institués. Au III° siècle, on trouve que ce n'est pas très équitable, si en réalité le testateur avait disposé de tous ses biens au profit des héritiers institués. Supposons par exemple qu'il ait laissé un troupeau de bestiaux, une maison et des esclaves. Il a disposé au profit d'un héritier du troupeau de bestiaux, du second héritier des esclaves et du troisième de la maison; il n'a fait que des dispositions à titre particulier portant sur des choses déterminées, mais il a cependant, en fait, disposé de tous ses biens au profit des héritiers institués. Au III° siècle, on s'efforcera lors du partage de respecter la volonté du défunt.

Enfin il peut arriver que le testateur ait disposé d'une chose déterminée pour l'un de ses héritiers et du reste de sa succession pour l'autre. Le droit classique avait décidé que l'on partagerait la succession entre les deux, en mettant la chose déterminée dans le lot de celui qui avait été ainsi institué pour une chose, mais ici Justinien a fait une réforme logique aussi bien qu'équitable. En réalité ce n'était pas respecter la volonté du testateur; en réalité ce qu'il avait voulu c'était désigner comme héritier l'une des deux personnes et laisser simplement un bien déterminé à l'autre. Aussi est-il beaucoup plus conforme à la volonté du testateur de dire que ce sera l'héritier institué pour le tout qui recueillera la succession et que celui à qui on avait simplement laissé un esclave ou un animal sera traité comme un légataire et recueillera simplement la chose en question.

Nous n'insisterons pas sur les modifications qui ont été apportées à l'ordre normal des règles relatives à la pluralité d'héritiers par les lois caducaires; ces lois votées au début de l'Empire, ont modifié les rapports entre cohéritiers.

2 - Institution d'héritiers les uns à défaut des autres.

Ayant ainsi examiné le cas où tous les héritiers sont placés sur la même ligne, il nous faut à présent parler de celui où ils ont été institués les uns à défaut des autres. C'est le cas des substitutions.

Nous rencontrons tout d'abord ce que l'on appelle la subsitutution vulgaire. Ceci tient à l'importan-

Source : BIU Cujas

La substitution vulgaire.

ce qu'attachaient les citoyens romains à laisser une succession testamentaire plutôt qu'une succession ab intestat. De nos jours il y a bien des personnes qui attachent de l'importance à leur testament, mais il y a également beaucoup de personnes qui s'en soucient fort peu et qui se contentent très bien de laisser leurs biens sans avoir fait de testament à leurs enfants . A Rome, au contraire, on n'aime pas mourir sans avoir fait de testament et surtout sans avoir fait un testament dont on soit certain qu'il produira effet. Or, si l'on a institué une série d'héritiers il peut très bien arriver que la volonté du défunt soit déjouée, que les héritiers institués en première ligne soient incapables, soient morts dans l'intervalle, ou se gardent bien de recueillir une succession insolvable. Aussi est-il prudent d'instituer une seconde et une troisième ligne d'héritiers pour le cas où la première et la deuxième lignes ne recueilleraient pas la succession, et ces personnes dont le droit est subordonné au défaut d'héritier de la première ligne sont ce que l'on appelle les substitués vulgaires. Et quand le testateur est prudent il indique l'un de ses esclaves. Pour l'esclave, en effet, à moins qu'il ne meure dans l'intervalle, il n'y a rien à craindre, bon gré, mal gré, il devra recueillir la succession, car l'esclave est un héritier nécessaire. On ne lui demande pas son avis, du moment qu'il est héritier, il doit accepter la succession.

Ainsi donc très fréquemment, on voit dans le testament d'un citoyen romain: en première ligne, que Titius et Maevius soient héritiers; en deuxième ligne, si Titius et Maevius ne recueillent pas la succession, que Publius et Calpurnius soient héritiers; en troisième ligne, si Publius et Calpurnius ne recueillent pas la succession, que ce soit Sulpicius qui soit héritier, et enfin si personne ne recueille la succession, que ce soit mon esclave Stichus qui soit héritier.

La substitution pupillaire et la substitution quasi-pupillaire.

Mais une question beaucoup plus difficile, beaucoup plus complexe, c'est celle de la substitution pupillaire, et celle de la substitution quasi-pupillaire, qui n'apparut d'ailleurs que dans le droit de Justinien.

Nous n'avons pas le temps d'étudier cette année dans tous ses détails la substitution pupillaire. C'est une matière très difficile, où il y a une profonde évolution et où les règles ont toujours été largement influencées par la conception primitive. Nous dirons seulement quelques mots de la substitution pupillaire, sans entrer dans la complexité de la ma-

Source : BIU Cujas

tière.

Hypothèse et évolution de la substitution pupillaire:

On suppose qu'au moment où le chef de famille fait son testament, ses descendants sont encore impubères . La substitution pupillaire est en effet un attribut de la puissance paternelle. Seul un pater familias peut faire une substitution pupillaire pour des personnes qui sont placées sous sa puissance, et par personnes placées sous sa puissance,il ne peut être question ici que de ses enfants ou petits-enfants, puisque sa femme mariée "cum manu" est nécessairement pubère. Donc il s'agit du testament du chef de famille qui prévoit le cas où son descendant mourrait avant la puberté.

Il semble qu'à l'origine l'idée était que tant que l'impubère n'avait pas atteint l'âge de la pleine capacité, il ne devenait pas définitivement héritier. Le chef de famille faisant son testament instituait bien héritier son fils impubère mais lui substituait une autre personne pour le cas où mourant avant la puberté, il ne deviendrait pas définitivement héritier, au cours de la République il se produisit un changement dans la manière d'envisager cette opération; on considéra que l'impubère devenait héritier dès le décès du testateur, à supposer qu'il lui ait survécu et par suite le chef de famille en désignant un héritier pour le cas où l'enfant mourrait impubère faisait en réalité en même temps que le sien le testament de l'impubère .

Ainsi donc on ne considère plus que le chef de famille travaille uniquement pour lui; il travaille non seulement pour lui mais pour son successeur, pour son descendant. C'est pourquoi l'on parle de substitution pupillaire, car en même temps qu'il fait son testament, il fait le testament du pupille, dispositions testamentaires qui ne produiront d'ailleurs effet que si l'impubère en question meurt avant la puberté, mais qui par contre, s'appliqueront aux biens acquis par l'impubère après la mort du chef de famille; et même si ce dernier avait exhérédé son descendant. Mais comme la nouvelle conception de la substitution pupillaire était directement dérivée de la précédente, les règles posées par les jurisconsultes classiques sont extrêmement complexes. Ils maintiennent un lien étroit entre le testament du chef de famille et le testament du pupille fait en même temps par ledit chef de famille ; ils continuent à déclarer qu'il n'y a au fond qu'un seul testament , ou même parfois qu'il n'y a au fond qu'une seule succession. Ulpien affirme que l'on traite le testament du père et du fils comme un testament unique. Javolenus déclare même que la succession

Source : BIU Cujas "Les Cours de Droit" Y Répétitions Écrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction interdite

du père et celle du fils est au fond unique, tandis qu'au contraire Gaius et Ulpien déclarent qu'il y a théoriquement deux successions, mais qu'elles sont soumises à un ensemble de règles communes.

Nous n'insistons pas sur toutes les conclusions subtiles que les jurisconsultes classiques attachent à ces idées. Justinien lui-même a maintenu une grande partie des règles traditionnelles en partant de l'idée qu'il fallait respecter dans leur ensemble les dernières volontés du testateur et que le testateur avait manifesté la volonté de lier dans une certaine mesure le sort de sa succession au sort futur de la succession de son descendant impubère.

Dans le droit de Justinien la succession du pupille jouit bien d'une plus grande autonomie vis-à-vis de la succession du chef de famille, mais elles restent cependant étroitement liées.

Création par Justinien de la substitution quasi-pupillaire.

Justinien a créé ce que l'on appelle la substitution quasi-pupillaire, ou si l'on veut la substitution instituée à l'exemple de la substitution pupillaire. Il s'agit du cas où l'incapacité du descendant soumis à la puissance paternelle tient non plus à son impuberté, mais à son état mental. Justinien permet au chef de famille de faire d'avance le testament de ses descendants pour le cas où ils ne recouvreraient pas la raison.

Mais ici la liberté du testateur est moins grande et Justinien exige que le chef de famille pour instituer les héritiers de son fils atteint de folie suive l'ordre normal des successions ab intestat : descendants du fils atteint de folie, frères et soeurs, et seulement à défaut de proches parents liberté du chef de famille qui doit d'ailleurs, dans sa propre succession laisser au fou sa quarte légitime.

Ainsi, dans le droit de Justinien, le chef de famille peut faire non seulement le testament de son fils impubère pour le cas où celui-ci mourrait après le chef de famille mais avant la puberté, mais également le testament de son fils frappé d'aliénation mentale, pour le cas où ce fils mourrait avant d'avoir recouvré la raison.

Source : BIU Cujas

Section IV.

Conditions de validité et d'efficacité du testament.

Ce qui faisait que le testateur craignait tant de mourir intestat, bien qu'il ait fait son testament, c'est que ce testament était menacé dans son existence ou dans son efficacité par bien des événements.

Non seulement il fallait que les formes requises aient été observées, mais il fallait que le testateur soit capable de faire un testament, il fallait que l'héritier institué de son côté soit au jour de la rédaction du testament capable d'être institué héritier, et il fallait encore que le testament par la suite n'ait été ni révoqué, ni privé d'efficacité, et enfin que l'héritier puisse recueillir effectivement la succession et y consente.

Ainsi donc un testament est guetté par toutes sortes de menaces et c'est pourquoi le testateur accumule les précautions dans son testament pour qu'à défaut d'une disposition, ce soit l'autre qui produise ses effets.

§ I - Les conditions de validité du testament.

Rédaction du testament conformément au droit.

Le testament, si on l'envisage au moment de sa rédaction, doit être fait conformément au droit (jure factum). Il doit être juridiquement valable au jour de sa rédaction et l'on y oppose le testament sans valeur juridique, le testament "injustum". Il ne faut pas traduire les mots latins bien souvent littéralement; un testament "injustum", ce n'est pas un testament injuste, c'est un testament sans valeur juridique, soit que l'on n'ait pas observé les formes, soit que l'on ait oublié d'exhéréder un héritier sien, soit que l'on ait institué un incapable ou que l'on soit personnellement incapable.

A - La capacité de faire un testament.

La testamenti factio.

C'est à proprement parler ce que les textes appellent le droit de tester, ou la "testamenti factio" le droit de faire un testament.

Les auteurs modernes, influencés par les usages germaniques, parlent de "testamenti factio" active,

Source : BIU Cujas

mais "testamenti factio" active, c'est en réalité la traduction de l'expression allemande "testamenti factio activ" ; et c'est en vain que l'on cherche dans les textes classiques une "testamenti factio activa". Avoir la "testamenti factio", c'est tout simplement la capacité de faire un testament, c'est la capacité du testateur.

On peut distinguer de nombreux cas d'incapacité. Les uns se rattachent à l'idée que pour faire un testament il faut avoir un patrimoine et pouvoir en disposer. Les autres tiennent à la nature ou aux formes du testament . D'autres tiennent à des prohibitions spéciales. D'autres enfin sont fondés sur l'état intellectuel du testateur.

I- Incapacité tenant à l'idée que pour faire un testament il faut avoir un patrimoine , et pouvoir en disposer.

Tout d'abord il faut pour pouvoir disposer, avoir un patrimoine et pouvoir librement en disposer. Sous l'influence de la "mancipatio familiae", les jurisconsultes classiques rattachent souvent la capacité de faire un testament au commercium, le commercium étant en effet essentiellement la capacité d'aliéner ses biens par voie de mancipation. Les pérégrins et les esclaves n'ayant ni la capacité d'être propriétaires quiritaires, ni en principe le commercium, ne peuvent nécessairement pas faire de testament; donc incapacité absolue de faire un testament pour les pérégrins et pour les esclaves.

pérégrins, esclaves.

Fils de famille.

Et pendant longtemps, il faut y assimiler les "alieni juris" quels qu'ils soient. Sous la République romaine, jamais un fils de famille n'a pu faire un testament valable. Mais l'on admit au profit des esclaves publics du peuple romain la possibilité de disposer par testament de la moitié de leur pécule, tandis que progressivement sous l'Empire on admettait pour le fils de famille la possibilité de faire un testament relativement au pécule gagné dans les camps ou plus tard dans les fonctions impériales. Quant à la fille de famille, elle n'a jamais pu faire de testament, car elle n'a jamais servi dans les armées romaines et n'a même jamais été fonctionnaire impérial.

2) Incapacité tenant à la nature et aux formes du testament.

Mais si on rattache essentiellement à la fin de la République au commercium et aux règles de la mancipation, la capacité de faire un testament, en réalité à l'origine, au temps du testament comitial, c'était une capacité non pas de droit privé, mais de droit public, qui était exigée pour faire le testament. Aussi, traditionnellement, les femmes, qui, nous l'avons vu déjà à propos de l'adrogation, n'avaient pas accès aux comices curiates, et les prodigues qui, de leur côté , avaient été privés en raison de leur fâcheuse tendance à la dissipation, du droit de parler dans

L'incapacité des femmes de faire un testament.

Source : BIU Cujas

les assemblées populaires, étaient frappés d'une incapacité absolue de faire leur testament.

Sourds-muets.

Il en était de même des sourds-muets, parce que les sourds-muets sont eux aussi frappés, par la nature cette fois, de l'incapacité de parler en public.

Moyen de tourner l'incapacité pour la femme de faire un testament. La coemptio fiduciae causa.

L'incapacité des femmes de faire un testament aurait pu disparaître avec le testament "per aes et libram", puisqu'habituellement une femme avec le concours de son tuteur peut disposer de ses biens par mancipation. Mais on avait partiellement maintenu l'incapacité ancienne dans un but de protection des biens de la famille , pour que la femme n'institue pas un héritier aux dépens des droits de ses agnats.

Seulement cette incapacité n'avait été maintenue que pour les femmes qui se trouvaient dès leur naissance sous la tutelle de leurs agnats, qui étaient restées dans leur famille agnatique. Pour la femme affranchie, il n'y avait pas la même raison de protection des biens de la famille et c'est pourquoi sous la République romaine les femmes affranchies pouvaient faire leur testament, tandis que les ingénues ne le pouvaient pas.

C'est ce qui explique pourquoi certaines femmes qui étaient mécontentes de penser qu'à la différence des femmes affranchies et des hommes elles ne pouvaient pas faire de testament, participaient à cette petite comédie que l'on appelait la "coemptio fiduciae causa". Elles procédaient à une coemption fiduciaire; elles se faisaient manciper à un compère, en général à un vieillard, qui ensuite les émancipait. Par suite de cette opération, elles étaient sorties de leur famille agnatique et elles étaient assimilées à des affranchies. Elles pouvaient par suite faire leur testament , avec le concours du vieillard qui les avait ainsi ultérieurement émancipées.

Réforme d'Hadrien et la disparition ultérieure de l'incapacité de la femme.

Cette coemptio fiduciaire cessa d'être utilisée lorsqu'un sénatus-consulte rendu sous Hadrien eût donné à la femme âgée de douze ans, même ingénue, le droit de faire son testament avec le concours d'un tuteur. Ainsi donc, à partir du règne d'Hadrien, à partir du IIe siècle ap. J.-C., toutes les femmes peuvent faire valablement leur testament pourvu qu'elles aient l'"auctoritas" de leur tuteur.

Enfin, après la disparition de la tutelle perpétuelle des femmes, celles-ci ont été pleinement capables de disposer librement de leurs biens par testament , et ceci ne doit pas vous surprendre puisque l'idée ancienne de conservation des biens dans la famille agnatique tend à disparaître.

Enfin Justinien a été pris de pitié pour les

Source : BIU Cujas

sourds-muets. Pour les sourds-muets on avait maintenu l'incapacité ancienne sous prétexte qu'ils n'étaient pas plus capables de prendre la parole ou d'entendre ce que l'on disait au cours de la "mancipation" qu'au cours des assemblées populaires. Justinien a déclaré que désormais seuls les sourds-muets de naissance continueraient à être incapables de faire un testament, tandis qu'au contraire les sourds-muets qui avaient été atteints de cette infirmité postérieurement à la naissance pourraient désormais faire un testament par écrit.

3 - Incapacités tenant à des prohibitions spéciales.

A côté de ces gens dont l'incapacité tient à la nature des choses ou remonte très haut dans le passé, il y a des gens qui ont été frappés par une loi spéciale de l'incapacité de faire un testament. C'est le cas en particulier au début de l'empire des Latins Juniens. La Loi Junia déclare que le Latin Junien ne peut pas faire de testament, que ses biens doivent nécessairement faire retour à leur patron, et d'autre part le Bas-Empire prive du droit de faire un testament les hérétiques.

4 - Incapacité de l'impubère et du fou.

Enfin, la nature même des choses a toujours interdit de faire un testament aux fous et aux impubères. Nous avons vu comment on remédiait à cette incapacité par voie de substitution, par la substitution pupillaire. Cette incapacité du fou cesse du jour où il a recouvré la raison et l'incapacité de l'impubère cessera au cours de l'Empire dès qu'il aura atteint l'âge de quatorze ans, fixé pour la puberté.

La factio testamenti passiva, à quels moments elle doit exister.

B - La capacité d'être institué héritier.

Les jurisconsultes classiques se contentaient de dire que pour que le testament soit valable il fallait que le testateur ait la "testamenti factio" avec l'héritier institué. Au Bas-Empire quelques textes d'un latin médiocre déclarent qu'il faut une "testamenti factio passiva"; d'où les Allemands ont tiré la "testamenti factio passiv", et les auteurs modernes la testamenti factio passive" expression qui n'est pas très élégante, mais qui est employée couramment par les manuels pour indiquer qu'il faut que l'héritier soit capable d'être institué.

Il faut que l'héritier soit capable non seulement au jour de la confection du testament, mais au jour du décès du testateur, et même à partir du début de l'Empire au jour de l'ouverture du testament. S'il s'agit d'un héritier externe, on exige en outre qu'il soit également capable jusqu'au jour de l'acceptation de la succession.

On voit combien le testament est menacé puis-

Source : BIU Cujas

qu'il dépend, dans une période en somme qui peut être très longue, de cette aptitude de l'héritier à être institué.

Remarquons une fois pour toutes que lorsqu'on fait un cours de droit romain, on ne parle guère de l'acceptation de la succession et que l'on parle toujours d'adition d'hérédité; adition d'hérédité est une manière de traduire littéralement l'expression latine "aditio hereditatis"; c'était une expression qui faisait image, à la différence de l'expression moderne; elle montre qu'il ne suffisait pas pour les héritiers externes d'attendre qu'arrive la succession, ils devaient aller à elle, ils devaient faire un mouvement vers la succession, manifester leur volonté de l'accepter.

Les règles qui gouvernent la capacité de l'héritier institué sont profondément différentes de celles qui gouvernent la capacité du testateur, car il était impossible de se montrer aussi exigeant. Il y a bien des personnes qui par suite de leur situation dans la famille romaine sont incapables de faire un testament et qui cependant sont destinées naturellement à recueillir la succession du défunt.

Institution d'un alieni juris ou d'un esclave.

Tout d'abord le testateur peut instituer l'un de ses "alieni juris", alors que nous avons vu qu'en principe un "alieni juris" ne pouvait pas faire de testament. Et même normalement ceux que le testateur a institués héritiers, ce sont précisément ceux que l'on appelle les héritiers domestiques, ou les héritiers siens, les personnes qui faisaient partie de la "domus", de la maison du testateur, qui au jour de son décès étaient encore soumises à sa puissance et qui vont à la fois devenir ses héritiers et devenir "sui juris". Et même, nous avons vu que le testateur pouvait instituer héritier l'un de ses esclaves, mais évidemment à condition de lui conférer en même temps la liberté, puisqu'un esclave ne peut pas rester esclave et en même temps jouer le rôle d'héritier. Nous avons vu que très souvent c'était un esclave qu'on trouvait en queue dans le testament, et surtout quand il s'agissait d'un chef de famille dont la succession était obérée, qui laissait plus de dettes que de biens. En effet, en pareil cas, on ne trouvait guère d'héritiers pour accepter la succession. C'est en effet que l'héritier, et non pas le testateur, encourait l'infamie pour l'insolvabilité de la succession; c'était au nom de l'héritier que l'on vendait les biens de la succession et c'était le malheureux héritier qui devenait infâme pour le compte du défunt. Aussi l'on comprend que le testateur prenait

Source : BIU Cujas

la précaution d'indiquer dans son testament l'un de ses esclaves, et cet esclave se voyait appelé à la liberté et en même temps, bon gré mal gré, il devait recueillir la succession du chef de famille et par dessus le marché l'infamie. Les personnes soumises à la puissance du chef de famille étaient donc normalement instituées héritiers dans ses dispositions de dernière volonté. On peut même, chose plus surprenante, instituer héritier un "alieni juris" qui se trouve sous l'autorité d'un autre chef de famille. On peut instituer héritier le fils ou l'esclave d'autrui, et en ce cas celui qui a été institué doit accepter la succession, sur l'invitation expresse de son chef de famille. La succession sera alors acquise par l'intermédiaire de l'alieni juris à son chef de famille qui deviendra ainsi l'héritier du défunt. Un prodigue peut également être institué héritier et accepter valablement la succession.

Mais par contre il y a toute une série de personnes qui ne peuvent pas bénéficier d'une institution d'héritier valable, ou qui, subtilité des lois, tout en pouvant être valablement instituées, ne sont pas capables de recueillir la succession.

Des personnes qui ne peuvent être valablement instituées, les pérégrins les femmes, loi Voconia.

Il y a tout d'abord un certain nombre de personnes qui ne peuvent pas être valablement instituées dans un testament.

Il faut citer en premier lieu les pérégrins. Un citoyen romain ne peut pas choisir un pérégrin comme héritier. Mais il faut également, à partir de la loi Voconia, citer pour certains citoyens romains, les femmes. La loi Voconia a été votée en l'année 169 av. J.-C. dans un esprit de réaction anti-féministe. Au début du IIe siècle avant J.C. les femmes avaient des tendances au luxe et à une participation plus active à la vie romaine, et Caton l'Ancien témoigna de la plus vive hostilité vis-à-vis du féminisme, il fit voter en l'année 169 av. J.-C. une loi qui interdisait d'instituer héritière une femme, lorsqu'il s'agissait de citoyens dont la fortune était supérieure à 100.000 sesterces. Ainsi donc on ne s'inquiète pas de voir des femmes devenir héritières de citoyens romains moins fortunés, mais lorsqu'il s'agit des plus riches citoyens romains on ne peut plus les instituer héritières. Mais cette loi rapidement fut considérée avec défiance. Les jurisconsultes, tout en n'étant pas à proprement parler féministes, considéraient cependant qu'il y avait lieu de l'interpréter restrictivement et finalement, les moeurs étant plus fortes que la loi, la loi Voconia tomba complètement en désuétude sans avoir jamais été abrogée.

Source : BIU Cujas

Enfin le testateur ne peut instituer qu'une personne physique actuellement vivante. C'est là une restriction extrêmement importante à la liberté de tester et qui pendant un certain temps a empêché soit d'instituer héritiers des posthumes, soit d'instituer héritiers des collectivités dont on ne pouvait pas se faire une idée suffisamment précise.

Incapacité des posthumes et des personnes incertaines. Son atténuation progressive à l'époque classique et dans le droit de Justinien.

Tout d'abord on est parti du principe que le testateur ne pouvait instituer ou exhéréder d'avance des posthumes. De nos jours, quand on parle d'enfants posthumes on parle d'enfants qui ont été conçus avant la mort de leur père mais qui sont nés après son décès. Au contraire en droit romain c'est par rapport au testament que l'on envisage le posthume , le posthume, c'est celui qui est né après la confection du testament, ou qui a été soumis directement à la puissance du chef de famille après la rédaction de son testament.

L'interdiction d'instituer héritier d'avance ou d'exréder d'avance des enfants qui n'étaient pas encore nés au jour du testament était très gênante, puisque l'arrivée d'un posthume, imprévisible même parfois, entraînait la rupture du testament du chef de famille. C'est pourquoi peu à peu par toute une série de dispositions que nous n'étudierons pas, on limita cette prohibition. Ce qui fait que finalement le chef de famille a pu valablement instituer ou exhéréder d'avance tous les posthumes siens, c'est-à-dire tous les posthumes qui devaient faire partie de sa famille.

Au contraire il faut attendre le droit de Justinien pour voir reconnaître la validité de l'institution comme héritiers de posthumes qui ne font pas partie de la famille du testateur.

Une seconde interdiction tenait au fait qu'il fallait que le testateur puisse se faire une idée suffisamment précise de la personne de l'héritier.

C'est ainsi tout d'abord qu'on n'aurait pas pu instituer héritier la première personne qui suivrait les funérailles du testateur, car le testateur ne pouvait, pas se représenter à l'esprit cette personne, ne sachant pas d'avance qui elle serait.

Institution d'une collectivité (personnes morales).

Mais il en est de même lorsqu'il s'agit d'instituer des collectivités ou des personnes morales, qui ne constituent pas un groupe de personnes bien déterminées. Quelle que soit votre imagination, vous ne pouvez pas vous représenter une personne morale; une personne morale est une chose dont on ne peut pas avoir une représentation physique suffisante. Et les Romains avait interdit d'instituer héritiers les col-

« Les Cours de Droit »
Source : BIU Cujas 15, place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Y

lectivités constituées d'un nombre indéterminé de personnes, les corporations, les cités, les dieux païens. Et même il semble, bien que cela soit discuté, que ce n'était pas en qualité d'héritier à proprement parler que l'Etat recueillait primitivement la succession de celui qui avait testé en sa faveur. Mais sur ce point il y a discussion.

C'est au cours de l'Empire que l'on admit tout d'abord en faveur des dieux païens et des cités, puis en faveur d'autres groupes, soit un legs, tout d'abord, soit même une institution d'héritier. Et c'est surtout dans le droit du Bas-Empire, sous l'influence chrétienne, que l'on reconnut de plus en plus largement pour un testateur le droit d'instituer héritiers des personnes morales. Ceci fait partie de toutes les mesures qui ont été prises en faveur de l'Eglise chrétienne, en faveur des établissements ecclésiastiques ou des établissements de bienfaisance.

Ceci fait que dans le droit de Justinien la prohibition primitive d'instituer des posthumes ou des personnes morales a pratiquement disparu. Dans le droit de Justinien, on peut laisser ses biens à une corporation privée, à un établissement de bienfaisance, à une cité ou à l'Etat, et on peut instituer héritiers tous les posthumes, toutes les personnes qui naîtraient après le testament du testateur, du moment où elles ont été conçues avant la mort du testateur.

Incapacité de recueillir frappant certaines personnes valablement instituées. Les lois caducaires d'Auguste.

A côté de ces dispositions qui étaient nulles dès le principe, de cette incapacité de l'héritier qui entraînait l'invalidité du testament, on trouve en second lieu, mais seulement sous l'Empire, des dispositions légales spéciales qui privent certaines personnes de la capacité de recueillir effectivement les biens dont le testateur a disposé à leur profit. Par une subtilité juridique, on reconnaît que ces personnes ont été valablement instituées héritières mais la loi déclare qu'elles ne pourront pas recueillir effectivement le bénéfice de cette disposition.

Ceci d'ailleurs est lié étroitement d'une part à la lutte pour la natalité, et d'autre part aux intérêts du fisc. On veut d'une part avant tout punir les gens qui n'ont pas d'enfants ou qui ne se marient pas ; on veut d'autre part dans des cas de plus en plus nombreux faire qu'il y ait des dispositions testamentaires qui soient privées de valeur afin que les biens en question puissent être recueillis par l'Etat.

Il y avait des gens qui étaient considérés par des dispositions spéciales comme indignes. Tel

Source : BIU Cujas

le cas où il y avait eu fraude à la loi en exécutant un fidéicommis tacite au profit d'un incapable. Tel celui où l'héritier avait attenté à la vie ou à l'honneur du testateur ou, au Bas-Empire, était sa concubine. Tel est également celui où l'héritier avait manqué au respect des dernières volontés du défunt. Dans tous ces cas c'était le fisc qui recueillait la succession.

Il y avait également les gens qui ne pouvaient recueillir la succession en vertu de la loi Junia ou des lois caducaires. La Loi Junia déclarait que les Latins Juniens ne pouvaient recueillir effectivement une succession à moins d'être devenus citoyens romains dans l'espace de cent jours. Quant aux lois caducaires, (lois Julia et Papiae Poppaea, votées sous Auguste), elles avaient également permis au célibataire de se mettre en règle avec les lois caducaires en se mariant dans les cent jours qui suivaient la mort du testateur qui l'avait institué héritier. Constantin abrogea les pénalités successorales contre les célibataires ou les gens mariés sans enfants, mais les conjoints, en cas d'union stérile, continuèrent jusqu'au Ve siècle à ne pouvoir disposer l'un au profit de l'autre que d'un dixième en pleine propriété et d'un tiers en usufruit.

§ 2 - La rupture ou la révocation du testament.

Le testamentum ruptum par la survenance d'un héritier sien.

Les cas où l'héritier est devenu incapable ne sont pas les seuls où un testament valable, un testament juridiquement convenable soit privé après coup d'efficacité. Il y a des cas où l'on dit que le testament est "ruptum", il est rompu, par la survenance imprévue d'un héritier sien, d'un héritier faisant partie du groupe familial du testateur, qui n'avait été ni institué ni exhérédé dans le testament.

Supposons, par exemple, à la fin de l'ancien droit, que le testateur après avoir fait son testament se soit laisser aller à se marier "cum manu"; il était déjà assez âgé, il avait pris ses dernières dispositions, et tout à coup il épouse une femme "cum manu". Le mariage "cum manu" fait de la femme l'héritière de celui qui l'épouse et par le mariage le testament de celui-ci est rompu.

Il y a d'autre part des cas où le testament est privé d'effet parce que l'héritier institué ne

Source : BIU Cujas

vient pas à la succession. Mais il y a surtout le cas de la révocation du testament. Il est possible qu'à l'origine le testament ait été un acte irrévocable. Mais à la fin de la République le testament est certainement devenu un acte révocable et il l'est resté jusqu'à la fin du droit romain.

La révocation du testament. Nécessité en Droit Civil d'un nouveau testament pour révoquer un testament antérieur.

Toutefois il faut bien remarquer qu'à la fin de la République et sous le Haut-Empire on ne pouvait pas revenir à la succession ab intestat. Celui qui avait décidé de laisser ses biens par testament ne pouvait pas se contenter de révoquer purement et simplement son testament de manière à laisser ses biens à ses héritiers légitimes. La seule manière de révoquer implicitement un testament antérieur, c'était d'en faire un nouveau, le nouveau testament effaçant les effets du testament précédent.

La révocation en droit prétorien par destruction des tablettes.

Le préteur n'était pas tout à fait du même avis Il trouvait qu'il y avait lieu de tenir compte du fait que le testateur avait détruit les tablettes de son testament. Mais le préteur avait également une conception des choses assez singulière, puisqu'il ne se préoccupait pas de savoir si la destruction matérielle des tablettes du testament était volontaire ou involontaire. Il ne tenait pas compte du testament; soit que le testateur l'ait volontairement détruit, soit que ce testament ait péri accidentellement, par exemple dans l'incendie de la maison du testateur. Dans tous les cas où on ne pouvait pas représenter matériellement les tablettes du testament, il refusait la possession des biens fondée sur le testament.

Ce sont les constitutions impériales qui ont tenu compte davantage, non plus de faits purement matériels , mais de la volonté exprimée par le testateur de ne plus attribuer d'effet au testament qu'il avait fait.

Le codicille en droit impérial. La révocation dans le droit de Justinien , importance attachée à la volonté du testateur.

C'est ainsi que les empereurs permirent de modifier un testament par un codicille, c'est-à-dire par un acte complémentaire non revêtu des formes solennelles du testament.

Justinien a enfin décidé que c'était le fait que le testateur avait volontairement détruit ou altéré son testament qui le privait d'efficacité, tandis qu'une altération accidentelle ne lui ôterait pas sa valeur.

De plus, sans matériellement détruire son testament, le testateur peut au bout de dix ans déclarer aux autorités publiques simplement devant trois témoins qu'il n'attribue plus aucun effet à son testament.(1.)

(1) c'est là une atténuation de la péremption de tout testament à l'expiration d'un délai de dix ans, qui avait été établie en l'an 418 ap. J.C.

Source : BIU Cujas

Ainsi dans le droit de Justinien on peut d'une manière ou d'une autre révoquer son testament sans faire une nouvelle disposition testamentaire.

Chapitre II

La succession ab intestat.

Ouverture de la succession ab intestat à défaut de testament. Impossibilité de conçours entre la succession ab intestat et la succession testamentaire.

Ainsi que nous l'avons déjà signalé, la succession ab intestat dès la Loi des Douze Tables ne peut s'ouvrir qu'à défaut de testament, ou d'héritier testamentaire, recueillant effectivement la succession. Sauf exceptions tardives, il ne peut y avoir concours des héritiers testamentaires et des héritiers ab intestat, et nous avons vu que du fait même qu'il a fait son testament, dans la plus grande partie du droit romain le testateur s'est vu dans l'impossibilité de revenir, en révoquant ce testament, à la succession ab intestat.

La parenté fondement de la succession ab intestat. Evolution dans le sens d'une substitution de la parenté cognatique à la parenté agnatique.

Le fondement de la succession ab intestat se trouve toujours et dans tous les droits, dans la parenté, dans les liens de parenté qui unissent le défunt aux héritiers légitimes. Mais nous avons déjà vu que la conception même de la parenté se transforme profondément au cours des siècles.

En matière successorale, l'ancien droit romain tient compte exclusivement de l'agnation, de la parenté par les mâles. Puis, au cours des siècles, les magistrats, les sénatus-consultes, les constitutions impériales attribuent une importance de plus en plus grande en matière successorale à la cognation. Enfin Justinien, changeant radicalement le principe séculaire, fonde le droit successoral sur la cognation.

Ainsi donc, avant d'étudier les successions ab intestat, il est toujours utile de relire le chapitre consacré aux liens de parenté, à l'agnation, et à la cognation pour bien se représenter à l'esprit l'évolution des droits de parenté en droit romain.

Source : BIU Cujas

§ I- Le système de l'ancien droit civil.

La Loi des XII T. Fondement de la succession sur la parenté par les mâles; A défaut de testament les sui; à leur défaut l'adgnatus proximus; et à son défaut les gentiles.

L'ancien droit civil romain fonde exclusivement les droits de succession sur la parenté par les mâles. La Loi des Douze Tables dans une disposition capitale fixe pour de longues années les bases du droit successoral.

Le texte de la loi est ainsi conçu:"Si intestato moritur cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto; "si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento".

On remarquera que cette disposition commence par les mots "si intestato moritur", s'il meurt intestat; par conséquent la loi ne dispose que pour le cas où le défunt n'a pas fait de testament; "cui suus heres nec escit", celui à qui n'existe pas d'héritier sien; ici encore la loi suppose comme quelque chose de bien connu, de pré-établi, le droit des héritiers siens, puisque pour prendre une disposition précise, pour fixer la situation précise de certaines personnes, elle suppose connue, définitivement établie depuis des siècles peut-être, l'existence, la prééminence du testament et l'existence du droit des héritiers siens;"adgantus proximus familiam habeto", que l'agnat le plus proche ait le patrimoine ;"si adgnatus nec escit", s'il n'y a pas d'agnat, ou si l'agnat ne se présente pas, "gentiles familiam habento", que les gentiles aient la familia, que les gentiles recueillent le patrimoine.

D'où on en conclut qu'à défaut de testament, la succession ab intestat est dévolue en première ligne aux héritiers siens; en seconde ligne aux agnats; et en troisième ligne aux gentiles.

Incertitude sur le sens de heredes sui.

I° - Les héritiers siens, "heredes sui".

On croyait savoir ce que voulait dire exactement "héritiers siens"; depuis les études les plus récentes on n'en sait plus rien . Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il y a correspondance entre héritiers siens et héritiers domestiques. Les héritiers siens, ce sont les personnes qui au jour du décès du testateur faisaient partie de sa domus, étaient soumises à sa puissance.

Il y a certains auteurs qui ont même soutenu que "heres suus" ne voulait rien dire du tout, que c'était tout simplement "son héritier". La Loi des Douze Tables avait dit : à supposer que son héritier

Source : BIU Cujas

ne se présente pas, étant donné que les héritiers domestiques seraient les seuls véritables héritiers, que la succession soit transmise aux agnats. Par conséquent peut-être vaudrait-il mieux tout simplement parler d'héritiers domestiques au lieu de répéter inlassablement les "héritiers siens".

Détermination des héritiers domestiques. La représentation.

Qui sont ces héritiers domestiques qui vont devenir à la fois héritiers et "sui juris" par le décès du testateur ? Ce sont ceux que nous avons déjà rencontrés en étudiant l'évolution générale de la famille romaine.

Ce sont tout d'abord les fils et les filles de famille, tous ceux qui n'ont jamais subi de "capitis deminutio" et qui au jour du décès étaient restés sous la puissance du de cujus.

C'est en second lieu la femme mariée "cum manu", la femme du pater familias" défunt. Nous savons en effet que dans le mariage "cum manu" les droits de la femme mariée sont les mêmes que ceux de ses enfants. Mais ce sont également éventuellement les petits-fils du de cujus, à supposer que leur père soit décédé. On dit qu'ils viennent à la succession de leur grand-père par voie de représentation, qu'ils tiennent la place de leur père défunt. En effet, il serait injuste que par suite du prédécès précoce de leur père, ils soient à jamais privés de tout droit dans le patrimoine familial. Mais comme ils viennent, tout au moins dans le droit connu, par voie de représentation de leur père décédé, ils n'ont à eux tous que le droit qu'aurait eu leur père. Supposons que le défunt laisse un fils et trois-petits fils nés d'un autre fils prédécédé. Le pater familias meurt en laissant d'une part un fils et d'autre part trois petits-fils nés de son second fils prédécédé. Le fils survivant recueillera la moitié de sa succession, et les trois petits-fils ne venant pas directement, mais par voie de représentation, auront à eux trois ce qu'aurait eu leur père s'il avait vécu, par conséquent l'autre moitié de la succession.

Supposons que le chef de famille meure en laissant sa femme mariée (cum manu) un de ses fils et les trois petits-fils d'un autre fils prédécédé, alors la succession sera partagée en trois parties : il y aura un tiers pour sa femme, un tiers pour le fils survivant et un tiers pour les trois petits-fils, chacun des trois petits-fils recueillera par conséquent un neuvième de la succession.

2 - L'adgnatus proximus. Absence de re-

2°- En second lieu, à défaut d'héritiers domestiques, la Loi des Douze Tables par une disposition formelle attribue le patrimoine du "de cujus" à

Source : BIU Cujas

présentation et de dévolution de degré à degré. Interprétation du terme adgnatus proximus.

l'"adgnatus proximus", à l'agnat le plus proche. Contrairement à ce qui se passe dans le droit moderne, la loi ne vise qu'une seule personne, l'agnat le plus proche, ce qui signifie qu'il n'y a pas de dévolution de degré à degré, qu'à défaut de l'agnat le plus proche on ne passe pas à un agnat plus éloigné; et qu'il n'y a pas non plus de représentation en ligne collatérale. La loi ne vise que l'agnat le plus proche; il n'y a que l'agnat le plus proche qui pourra recueillir dans le deuxième ordre la succession.

Dans les derniers siècles de la République, cette règle était strictement appliquée en ce qui concerne les soeurs germaines ou consanguines du défunt qui seules pouvaient recueillir la succession à titre d'héritières; il n'y avait aucun droit à la succession du défunt pour les nièces, les petites nièces ou arrière-petites-nièces. Les auteurs s'inspirant des Sentences de Paul y ont vu une innovation, une conséquence de la réaction antiféministe provoquée par la loi Voconia, croyant que pour les hommes, au contraire, de tout temps on avait appelé à défaut du frère du défunt son neveu, son petit-neveu ou son arrière-petit-neveu. Mais en réalité il semble que ce soit exactement le contraire de la réalité historique. En réalité on a tout simplement maintenu pour les femmes la stricte application de la Loi des Douze Tables. La Loi des Douze Tables n'appelant que l'agnat le plus proche n'appelait à la succession que les frères et les soeurs du défunt.

Mais pour les hommes on s'était départi de cette interprétation stricte et on avait admis par la suite que si le défunt ne laissait pas de frère, ce serait son neveu qui recueillerait la succession et que si le neveu lui-même était mort, ce serait le petit-neveu. A défaut d'un agnat du degré le plus proche, on admettait un agnat à un degré plus éloigné avant d'appeler les gentiles à la succession.

La succession du patron.

Il y a des personnes qui n'ont pas d'agnats, dans le sens que l'on donne ici à ce mot, dans le sens de parents par les mâles en ligne collatérale.

Ce sont tout d'abord les affranchis; mais ce sont également les émancipés. Ni l'émancipé, ni l'affranchi n'ayant d'agnats, à défaut d'héritiers domestiques, ils laissent leur succession à leur patron. Comme l'émancipé et l'affranchi n'ont ni agnats ni gentiles, s'ils ne laissent pas de descendants ou de femme mariée cum manu à leur décès, c'est leur patron, c'est celui qui les a affranchis ou émancipés qui recueille leur succession.

D'autre part la femme ne peut pas avoir d'héri-

Source : BIU Cujas

tiers siens, car la femme ne peut pas exercer la puissance paternelle. Ainsi donc, pour les femmes la question de savoir si elles ont laissé ou non des héritiers siens ne se pose pas ; leur succession normalement sera dévolue immédiatement à leur agnat le plus proche.

Et enfin comme une femme affranchie ou émancipée ne peut nécessairement avoir ni héritiers siens ni agnats , la succession ab intestat de la femme affranchie fait toujours retour à son patron, à celui qui l'a affranchie ou émancipée.

3°- Les gentiles Absence de cet oeuvre pour la succession des plébéiens.

3°- Le troisième ordre de succession prévu par la Loi des Douze tables, c'est celui des gentiles. Mais cet ordre n'existe pas nécessairement pour tous les citoyens romains, puisque pour que la succession soit recueillie par les gentiles il faut nécessairement que la personne envisagée fasse partie d'une gens. Et nous savons déjà que l'organisation gentilice est la caractéristique des patriciens par rapport aux plébéiens. Il y a bien, il est vrai, aux premiers temps de l'histoire de Rome, certaines familles plébiennes qui s'infiltrent dans le patriciat, qui se donnent une organisation gentilice, mais par la suite cela ne se présente plus. Par conséquent, en principe les plébéiens n'ayant pas de gens ne peuvent pas laisser leur succession à des gentiles.

Origine et décadence du droit héréditaire des gentiles.

Ce droit de succession est considéré comme un souvenir lointain de l'époque où la gens était à la fois un organisme politique puissant et une grande famille, et où la gens avait un véritable contrôle sur tous les biens des familles qui faisaient partie de la gens.

Ce droit est encore exercé effectivement dans les familles patriciennes à la fin de la République. Cicéron fait encore allusion à des successions qui sont revenues aux membres de telle ou telle gens . Mais l'organisation gentilice est tombée en désuétude au cours du Haut-Empire et Gaius dans ses Institutes,au milieu du II° siècle ap. J.-C., nous déclare que la gens n'existe plus de son temps. Par conséquent, dès le milieu du II° siècle ap. J.C., il n'y a plus de transmission de la succession aux gentiles.

Telle est l'organisation successorale, suivant l'interprétation stricte de la loi des XII Tables. Il vaut mieux, dans la mesure du possible, pour les textes anciens, se livrer à une interprétation stricte et littérale que de faire parler l'imagination, qui finit par déformer les textes et par constituer un régime absolument anti-historique sous prétexte de discerner une évolution historique que l'on ne trouve pas dans les textes.

Source : BIU Cujas

On a récemment soutenu que la Loi des Douze Tables dans la phrase que nous avons commentée, reflétait un régime successoral nouveau, un régime successoral qui aurait été créé de toutes pièces par la Loi des Douze Tables. D'après quelques auteurs, avant la Loi des Douze Tables il n'y aurait eu que deux ordres de successeurs : les héritiers domestiques et les gentiles. Le droit des agnats serait donc une création légale une création de la Loi des Douze Tables. Mais cette hypothèse ne nous paraît pas conforme à ce que nous connaissons de l'ancienne civilisation romaine.

L'importance de la succession fraternelle. L'ancienne copropriété familiale et son maintien après la mort du pater. Innovation introduite par la Loi des XII T. par la Création de l'action familiae erciscundae.

Tout d'abord nous savons que l'on avait donné un sens forcé au mot "agnatus proximus"; on avait vu dans l'agnatus proximus" n'importe quel agnat, quel que soit son degré de parenté, pourvu que tous les agnats plus proches soient décédés. Nous avons vu au contraire qu'il fallait interpréter le mot "agnatus proximus" littéralement, que l'agnat le plus proche c'était effectivement celui qui était le plus proche en degré du défunt, par conséquent qu'il s'agissait de ses frères et soeurs. Or, dans tous les droits archaïques et en particulier dans l'ancien droit romain, les liens de parenté entre frères et soeurs jouent un très grand rôle. La parenté fraternelle dans tous les droits archaïques est l'une de celles qui sont considérées avec le plus de faveur. La fraternité est l'une des institutions qui jouent le plus grand rôle dans toutes les civilisations archaïques. Aussi pourquoi aurait-on refusé une situation de faveur au frère du défunt?

D'autre part, ce sont les textes romains, et en particulier ce fragment de Gaius qu'on a découvert en Egypte en 1933, qui montrent que l'ancien droit romain suivait exactement les mêmes usages que la plupart des droits archaïques, et que même beaucoup de frères et soeurs vivaient dans la même maison et maintenaient après la mort du chef de famille cette copropriété familiale, cette vie en commun qui existait tant que le chef de famille avait vécu. En réalité si la Loi des Douze Tables a fait quelque chose, c'est de briser cette copropriété familiale traditionnelle, c'est de reconnaître l'individualité de chacun des cohéritiers, de favoriser le partage des biens successoraux qui auparavant ne semblent pas avoir pu être partagés judiciairement.

Avant la loi des Douze Tables, il était courant qu'au décès du chef de famille tous les frères et soeurs continuent à vivre sur le même pied, à être copropriétaires des biens familiaux. Mais la loi des

Source : BIU Cujas

Douze Tables a reconnu l'individualité de chacun des cohéritiers, a institué une action en justice permettant à chacun des cohéritiers du chef de famille de partager les biens du défunt. C'est l'action en partage des biens de famille, l'action "familiae erciscundae".

Avant la Loi des Douze Tables, puisqu'il n'était pas d'usage courant de partager les biens, puisque fréquemment frères et soeurs vivaient en état de copropriété, aucune question ne pouvait se poser; cela ne soulevait aucune difficulté. Il est tout naturel qu'à défaut d'héritiers domestiques, si l'un des frères mourait, ce soient les frères et soeurs qui deviennent propriétaires de la part du frère ou de la soeur qui mourait, puisque tous étaient copropriétaires des mêmes biens.

En matière de copropriété, survit pendant très longtemps l'idée que si l'un des copropriétaires abandonne son droit, il est recueilli automatiquement par les autres. Mais avec la Loi des Douze Tables, c'est l'individualisme qui prévaut. Frères et soeurs ne seront plus aussi normalement copropriétaires des mêmes biens et alors pouvait se poser la question de savoir si le fait que désormais c'était la propriété individuelle qui triomphait n'allait pas porter atteinte aux règles traditionnelles qui faisaient que le frère ou la soeur recueillait la part du défunt. Aussi il est tout naturel d'admettre que, sans vouloir d'innovation, la Loi des Douze Tables ait dit expressément : bien que désormais on puisse vivre chacun pour soi, bien que désormais il y ait une action en partage des biens héréditaires tenus du chef de famille, comme par le passé, au cas où il n'y a pas d'héritiers domestiques, le frère ou la soeur recueillera le patrimoine du de cujus.

Ainsi il n'y a pas du tout innovation de la Loi des Douze Tables, mais il y a simplement prévision d'un point qui aurait pu soulever des discussions par suite de l'individualisme qui se manifeste dans la Loi des Douze Tables.

La persistance de la pratique du consortium après les XII Tables.

D'ailleurs remarquons que, même après la Loi des Douze Tables, les liens étroits qui existent entre frères et soeurs au point de vue patrimonial se manifestent encore à maintes occasions. Les historiens de la fin de la République nous ont rappelé le cas de frères et soeurs qui vivaient encore en état d'indivision après la mort du chef de famille, qui ne peuvent pas se résoudre à partager le patrimoine familial, qui continuent à exploiter en commun. C'est ce que l'on appelle le "consortium"; un consortium à Ro-

Source : BIU Cujas

me n'est pas ce que l'on qualifie de ce nom de nos jours; c'est un état d'indivision et les frères qui vivent ainsi en commun sur le même bien s'appellent des "frates consortes". Et ce qui prouve bien qu'il s'agit d'usages très anciens qui se perpétuaient dans les vieilles familles romaines, c'est qu'on nous cite le cas d'une famille patricienne de lointaine origine qui continuait à s'efforcer de maintenir l'usage séculaire, la famille des Aelii (de Aelius). Sous la République les seize membres de la famille essayaient encore de vivre tant bien que mal dans une même petite maison; ils ne voulaient pas aller vivre ailleurs ; ils voulaient garder la tradition de la famille que tous les frères et soeurs vivaient ensemble, et ils possédaient en commun un petit fonds de terre qu'ils exploitaient.

Cicéron, d'autre part, nous montre que c'est l'accroissement de la population, l'impossibilité pratique, si l'on ne voulait pas trop se serrer pour vivre ensemble sous le même toit, sur la même terre, qui faisait qu'il y avait une sorte d'émigration de certains membres de la famille dans d'autres maisons, de même que quand la population d'une cité devenait trop forte, on fondait une colonie, on faisait une émigration d'une partie des citoyens dans une colonie. Mais on continue à ne pas partager la terre où sont enterrés les ancêtres et à rendre le culte des ancêtres, sans qu'il y ait jamais en principe l'une des familles qui ait l'exclusivité au détriment des autres.

Ainsi c'est donc par désir de vouloir trouver quelque chose de différent de la tradition romaine que les auteurs modernes en étaient arrivés à inventer que la Loi des Douze Tables avait complètement modifié la loi successorale et à se refuser d'interpréter les textes tels qu'ils étaient. Il a fallu qu'en l'année 1933 on découvrit ce nouveau fragment de Gaius qui confirmait la tradition romaine pour qu'une partie des auteurs reconnaisse qu'au fond c'étaient des hypothèses imaginatives qui avaient remplacé l'interprétation saine des textes. Au contraire certains auteurs ont considéré qu'il n'y avait rien à changer à leurs théories, que leurs théories étaient préférables aux textes et que par conséquent ils continueraient à enseigner comme par le passé ce qui était manifestement inexact.

La situation juridique de l'agnatus proximus comparée

La seule chose qui paraisse être très vraisemblable, le seul point sur lequel on puisse faire attention aux hypothèses modernes, c'est sur la situation juridique exacte de l'"agnatus proximus".

Source : BIU Cujas

à celle des héritiers domestiques. Différence persistante quant à l'acquisition de la succession.

Si l'on s'en tient à l'interprétation de la Loi des Douze Tables, en effet, il semble que ce soit d'une manière quelque peu inexacte que pour le très ancien droit romain on parle de trois ordres d'héritiers. Il y a trois ordres de personnes qui recueillent les biens du défunt, mais il n'y a primitivement à proprement parler, que le premier ordre qui soit vraiment constitué d'héritiers. Peut-être en effet qu"heres suus" ne désigne pas une catégorie particulière d'héritiers, mais désigne les héritiers tout court; que dans les idées anciennes étaient seuls héritiers ceux qui faisaient partie du groupe familial, qui se succédaient en quelque sorte à eux-mêmes, pour qui le décès du chef de famille confirmait un droit de copropriété qui existait déjà qui était virtuel.

En effet les jurisconsultes classiques pour les héritiers domestiques, à la différence de tous les autres, nous déclarent qu'ils n'acquièrent pas à proprement parler un droit nouveau, que vivant sur les biens de la famille, ils avaient eu, avant même la mort du chef de famille, un droit inné à lui succéder. L'omnipotence du pater familias masquait leurs droits; du jour du décès du chef de famille, ce droit se manifestait .

Ainsi donc, il n'y aurait à proprement parler comme héritiers dans le très ancien droit romain que ce que nous qualifions d'héritiers domestiques, que les membres du groupe familial au sens étroit du mot.

Au contraire, on peut remarquer que pour les agnats il n'est pas question d'être héritiers, mais simplement de recueillir le patrimoine du défunt. Le droit des agnats, dirons-nous, est fondé sur une idée patrimoniale plutôt que sur une idée de succession, en qualité d'héritiers. A défaut d'héritiers, les agnats recueilleront le patrimoine du défunt; et à défaut d'agnats les gentiles recueilleront le patrimoine du défunt.

Mais cette opposition devait s'atténuer peu à peu au cours des siècles, et à la fin de la République tous les ordres de successeurs sont considérés comme des héritiers; de même que nous avons vu pour la succession testamentaire qu'à côté des héritiers domestiques on avait reconnu des héritiers étrangers à la famille , des héritiers externes.

Mais malgré tout le souvenir des usages anciens devait toujours survivre dans les idées romaines, car seuls les héritiers domestiques recueillent de plein droit la succession du défunt; seuls les héritiers domestiques sont investis de plein droit, nécessaire-

Source : BIU Cujas

ment, de la qualité d'héritiers; ils n'ont aucun geste à faire, puisque la mort du de cujus a simplement confirmé pour eux un droit inné à la copropriété, à la propriété des biens de la famille. Au contraire, tous les autres héritiers sans exception, qu'ils soient des agnats, qu'ils soient des gentiles, qu'ils soient des personnes qui ne soient pas liées par des liens de parenté au défunt, doivent manifester expressément leur volonté de recueillir les biens du défunt; ils n'ont pas un droit inné. Il y a une succession qu'on leur offre, ils doivent manifester la volonté d'accepter cette succession, ils doivent faire un geste, ils doivent aller à la succession qui leur est dévolue.

Les bonorum possessiones organisées par le préteur et leur différence d'efficacité.

§ 2- Le système successoral prétorien.

Nous savons que le préteur a institué une véritable succession prétorienne en concours, et parfois même en conflit avec la succession civile, et qu'il l'a fait sous forme de délivrance de ce que l'on appelle "la bonorum possessio", "bonorum possessio" qui ne se rattache aux notions générales romaines que d'une manière très lointaine puisqu'il s'agit en réalité d'attribuer provisoirement à une personne tout le patrimoine du défunt.

Cette "bonorum possessio" est d'ailleurs tantôt pleine d'efficacité en ce sens que le préteur protège le "bonorum possessor" envers et contre tous, tantôt au contraire elle ne produit d'effet qu'en cas d'inactivité ou d'absence d'héritiers civils.

Ulpien qui veut nous donner un tableau complet n'hésite pas à distinguer sept catégories de "bonorum possessores", appelés les uns à défaut des autres. Mais trois catégories concernent la succession des affranchis que nous laisserons de côté pour nous borner à étudier les quatre ordres de " bonorum possessores" qui concernent la plupart des individus.

I - La B.P. unde liberi.

Le préteur appelle en premier lieu tous les descendants et c'est ce que l'on appelle la "bonorum possessio unde liberi", en qualité de descendants. Pour accorder cette "bonorum possessio unde liberi", le préteur ne tient pas compte du fait que les descendants sont ou ne sont pas sous la puissance du défunt. Par conséquent il appelle sur un pied d'égalité les personnes en puissance et les émancipés.

Cependant, s'il appelle les émancipés, il n'appelle pas à cette "bonorum possessio" les descendants qui ont été donnés en adoption et qui au jour du dé-

Source : BIU Cujas

cès du père se trouvent encore en adoption dans une autre famille.

Ainsi cette "bonorum possessio" n'est pas donnée vis-à-vis de la mère et des ascendants maternels; elle n'est donnée que vis à vis du père ou des ascendants paternels aux enfants qui sont sous la puissance ou aux enfants qui au jour de la demande ne se trouvent pas sous la puissance d'une autre personne.

Dès la fin du Ier siècle ap. J.-C. elle est revêtue d'une pleine efficacité et par conséquent dès la fin du Ier siècle ap. J.-C. le préteur reconnait les mêmes droits aux émancipés qu'aux enfants qui sont sous la puissance du chef de famille.

2 - La B.P. unde legitimi.

En deuxième ligne le préteur accorde la "bonorum possessio unde legitimi". Ici le magistrat ne fait que confirmer les dispositions du droit civil. Il accorde la possession à tous ceux qui sont héritiers en vertu des principes du droit civil.

3 - La B.P. unde cognati jusqu'au 6è degré.

En troisième ligne, le préteur appelle tous les cognats sans tenir compte de la ligne maternelle ou de la ligne paternelle, sans tenir compte du fait que les enfants soient ou non dans une autre famille au jour du décès. Il appelle ces cognats, jusqu'au sixième degré, et même éventuellement jusqu'au septième degré, lorsqu'il s'agit d'enfants de cousins issus de germains.

La "bonorum posssessio unde cognati" n'a jamais été douée de pleine efficacité et par suite les cognats ne restent définitivement en possession des biens du défunt que s'ils ne se trouvent pas en conflit avec les héritiers civils.

4 - La B.P. unde vir et uxor.

Enfin, en quatrième ligne, le préteur a institué la "bonorum possessio unde vir et uxor", en qualité de mari et femme, ce qui veut dire que si aucun parent ne se présente pour recueillir la succession, le préteur envoie en possession des biens du défunt sa veuve par exemple. Ainsi donc les droits du mari ou de la femme dans le mariage "sine manu" ne sont institués que par le magistrat et ne sont efficaces que si personne ne se présente pour recueillir la succession.

Source : BIU Cujas

§ 3 -Les réformes législatives.

Au cours de l'Empire un certain nombre de lois ont modifié les droit successoraux.

La Loi Julia et l'attribution à L'Etat les successions vacantes.

C'est ainsi en premier lieu, que si personne ne se présente pour recueillir la succession du défunt l'une des lois caducaires, la Loi Julia, sous Auguste attribue les biens vacants au Trésor public. L'Etat recueille ainsi les successions vacantes non pas en qualité d'héritier, mais de successeur légitime, et par suite il ne sera tenu de payer les dettes du défunt que jusqu'à concurrence de l'actif recueilli. Les cas où le fisc va recueillir également les "biens vacants , en raison de l'incapacité ou de l'indignité de l'héritier se multiplient au cours de l'Empire.

La loi Papia Poppaea et les droits du patron.

En second lieu la loi Papia Poppaea a augmenté les droits du patron, de la patronne, de la fille de la patronne de l'affranchi, en tenant compte du nombre des enfants du défunt ou du bénéficiaire des nouvelles règles légales.

Les S.C. Tertullien et Orfitien et la succession entre la mère et ses enfants.

En troisième lieu, ce qui est beaucoup plus important, des sénatus-consultes du II° siècle ap. J.- C.tenant compte des réformes du droit prétorien ont augmenté les droits de succession civile entre la mère et l'enfant "droits de succession civile" parce qu'il s'agit de sénatus-consultes votés au cours du II° siècle ap. J.C., époque où le Sénat exerçait le pouvoir législatif. Il s'agit du sénatus-consulte Tertullien, voté sous l'Empereur Hadrien, et du sénatus-consulte Orfitien, voté en l'an 178 ap. J.C. Dans les rapports entre la mère et l'enfant, on assimile d'ailleurs les enfants nés en légitime mariage, les enfants nés du concubinat et même les enfants nés de père inconnu. (vulgo quaesiti)

Droits successoraux de la mère; le jus liberorum.

Tout d'abord, quels sont les droits successoraux de la mère? La mère va prendre une place satisfaisante dans la rangée des héritiers. Elle recueillera la succession de ses enfants, à défaut de tout descendant de tout frère ou soeur consanguin ou du père survivant (s'il avait émancipé le défunt dont il serait le patron). La mère va donc passer avant les autres agnats pour recueillir la succession de l'enfant. Mais le sénatus-consulte Tertullien exigeait encore qu'elle ait le "jus liberorum", c'est-à-dire qu'elle ait eu trois ou quatre enfants. Cela se rattachait encore aux primes à la natalité. C'est seu

Source : BIU Cujas

lement par la suite que les empereurs ont dispensé la mère d'avoir plusieurs enfants pour recueillir la succession de son fils ou de sa fille.

Les droits successoraux de l'enfant à l'égard de la mère.

Quant aux enfants, en vertu du sénatus-consulte Orfitien , ils vont passer dans le règlement de la succession de leur mère avant tous les agnats. Par conséquent ce sont désormais les enfants qui recueillent avant tous les agnats, en première ligne, la succession de leur mère, en vertu du sénatus consulte Orfitien.

Des dispositions impériales postérieures devaient d'autre part instituer des droits successoraux entre les descendants et les autres ascendants maternels.

§ 4 - Le droit des Novelles de Justinien.

La cognatio fondement de la succession ab intestat. Les Novelles II8 et I27.

Nous avons déjà vu à maintes reprises que ce sont des Novelles de Justinien qui ont substitué la cognation à l'agnation comme fondement de la famille romaine. La conséquence c'est en matière successorale que les droits de succession allaient être fondés sur les liens de cognation, à partir de la Novelle II8 de l'année 543, et de la Novelle I27 de l'année 548.

I - L'ordre des descendants La représentation.

En premier lieu, désormais la première classe d'héritiers est constituée par les descendants, que ce soient des descendants par les mâles ou des descendants par les femmes. A égalité de degré, chaque descendant recueille une part égale dans la succession de son ascendant. Mais si des petits-fils viennent par représentation en concours avec des fils, alors on applique le partage par souches dont nous avons déjà parlé : les deux petits-fils d'un fils prédécédé recueillent la part qu'aurait eue leur père.

2- Ascendants et frères et soeurs germains.

En second lieu Justinien appelle sur un pied d'égalité deux ordres d'héritiers différents; les ascendants et les frères et soeurs germains. C'est ce que l'on appelle le privilège du double lien, puisque les frères et soeurs germains sont les frères et soeurs qui ont à la fois le même père et la même mère; ils sont privilégiés par rapport aux frères et soeurs qui n'ont de commun que le père ou la mère.

Ainsi les ascendants et les frères et soeurs germains vont se partager la succession du défunt à défaut de descendants. Mais il peut y avoir des ascendants dans les deux lignes. S'il y a le père et la grand'mère maternelle, c'est le père qui l'emportera parce qu'il est le plus proche en degré. S'il y a au contraire le grand' père paternel et la grand-mère

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Source : BIU Cujas
Y

maternelle, chacun aura une part égale, car ils sont au même degré de parenté et on partage par ligne. S'il y a le grand-père paternel, la grand-mère paternelle et le grand'père maternel, alors on partage par lignes; le grand-père paternel et la grand-mère paternelle prennent la moitié, et le grand-père maternel prend l'autre moitié, car le partage est par ligne.

Ainsi donc, il y a tout d'abord en présence de frères et soeurs germains un premier partage qui se fait sur un pied d'égalité entre ces frères et soeurs germains et les ascendants; entre ascendants le partage se fait par lignes, mais seulement à égalité de degré; l'ascendant le plus proche en degré excluant le plus éloigné.

3 - Frères et soeurs consanguins ou utérins.

La troisième classe d'héritiers est constituée par les frères et soeurs utérins ou consaguins, c'est-à-dire qui ont seulement la même mère ou qui ont seulement le même père ainsi que par leurs descendants au premier degré, neveux, nièces.

4 - Les collatéraux ordinaires.

La quatrième classe est constituée par tous les autres collatéraux, que l'auteur commun soit du côté du père ou de la mère, jusqu'au sixième degré, septième degré pour les enfants du cousin issu de germain.

5 - Le conjoint survivant..

En cinquième lieu on appelle le mari ou la femme de l'époux prédécédé. Ainsi donc c'est seulement à défaut de collatéraux que l'époux survivant est appelé à la succession, mais il y a des droits spéciaux pour le conjoint pauvre en l'absence de dot et de donation nuptiale qui s'élèvent, en général, au quart de la succession.

6 - Le fisc.

Enfin, si nous avons affaire à une personne qui ne laisse ni héritiers à un degré successible, ni époux, c'est le fisc qui recueille la succession, et l'on tend dans une certaine mesure à assimiler le fisc à un héritier.

Ainsi avec le droit de Justinien on se rapproche dans une assez large mesure des règles qui sont admises de nos jours en matière de succession.

Source : BIU Cujas

Chapitre III.

LA SUCCESSION DEFEREE A L'ENCONTRE DU TESTATEUR.

La liberté testamentaire du paterfamilias et les restrictions qu'elle a subies.

Le testateur avait primitivement une liberté presque complète de désigner qui il voulait comme héritier et de priver de tout droit de succession ses parents les plus proches. Mais encore fallait-il qu'il ait manifesté sa volonté.

D'autre part, au cours des siècles, le sentiment se fit jour que la privation de tout droit de succession heurtait parfois le sentiment de l'équité et les devoirs qu'a un chef de famille vis-à-vis de ses proches parents.

Nous étudierons très brièvement, dans un § I l'exhérédation; et dans un § 2 la "querela inofficiosi si testamenti", la plainte de testament inofficiel.

§ I-L'exhérédation .

L'évolution de l'exhérédation en droit civil au droit prétorien et dans le droit de Justinien.

Si le testateur est en principe libre de désigner comme héritier qui lui plait, il ne peut pas cependant se contenter d'omettre ses descendants; on a toujours admis qu'il y avait des personnes qu'il fallait expressément priver de leur droit de succession. Mais sur ce point il y a des règles différentes suivant le droit civil, suivant le droit prétorien, suivant le droit de Justinien.

Le droit civil exige que le chef de famille exhérède, prive expressément de sa succession tous ses descendants placés sous sa puissance et l'omission d'un héritier sien entraîne la rupture du testament. Mais on doit exhéréder individuellement les fils alors que l'on peut procéder à une exhérédation globale des autres descendants.

Le droit prétorien exige que le chef de famille exhérède tous ses descendants, qu'ils soient ou non sous sa puissance, tous les "liberi" et accorde la "bonorum possessio" contraire aux tablettes du testament "contra tabulas", aux descendants qui ont été omis. Cette bonorum possessio assure dès le Ier s. ap. J.C.

Source : BIU Cujas

le triomphe du descendant omis contre l'héritier institué.

Quant à Justinien il impose l'exhérédation personnelle de tous les descendants par les mâles, mais au contraire il permet de priver de la succession les descendants par les femmes par une simple omission. Ainsi donc dans le droit de Justinien le père ou le grand-père paternel est tenu d'exhéréder formellement tous ses descendants, tandis qu'au contraire la mère ou le grand-père maternel peut se contenter de les omettre purement et simplement, en désignant comme héritier une autre personne.

Nous n'insisterons pas sur toutes les difficultés que soulève cette théorie de l'exhérédation. (I)

Signalons également que le magistrat accorde la bonorum possessio contra tabulas au patron de l'affranchi qui a institué comme héritiers, au détriment des droits du patron, pour plus de la moitié de la succession, des personnes qui ne sont pas les descendants par le sang de l'affranchi.

§ 2 - La "querela inofficiosi testamenti".

L'officium pietatis entre proches parents et la jurisprudence du tribunal des centumvirs.

En exhérédant ses héritiers domestiques, le testateur satisfaisait bien aux exigences du droit civil, mais il heurtait les sentiments des citoyens romains et l'on considérait qu'un testament valable pouvait être contraire au devoir de piété que l'on a envers ses proches parents.

Ce fut tout d'abord le tribunal des "centumvirs" (composé en réalité de cent cinq juges), qui exprima ce sentiment public de protestation contre un testament où le pater familias avait privé de succession de proches parents qui n'avaient pas démérité.

La sanction de l'officium pietatis de querela incident de la procédure de pétition d'hérédité.

Puis plus tard, la jurisprudence du tribunal des "centumvirs" fut adoptée par les autres juges. Nous ne pouvons entrer dans tous les détails de cette "querela", cela demanderait de nombreux développements. Mais le mot même de "querela", de plainte, paraît indiquer que la protestation de la personne injustement dépouillée par le testateur se manifestait par une plainte adressée au magistrat.

En règle générale, la procédure allait se poursuivre devant le tribunal des "centumvirs", car habituellement, à la fin de la République, les procès

---

(I) Cf. en particulier pour l'exhérédation des posthumes. R. Monier, Manuel, I, pp. 630 et suiv.

Source : BIU Cujas

relatifs aux successions, l'action qui sanctionne le droit de succession, la pétition d'hérédité, étaient portés non pas devant un juge unique, mais devant le tribunal des centumvirs.

La question de l'inofficiosité du testament allait donc se poser devant le tribunal à propos de la pétition d'hérédité, à propos du conflit entre l'héritier ab intestat et l'héritier testamentaire. La plainte de testament inofficieux était donc un incident de procédure soulevé par l'héritier injustement dépouillé lorsque se posait la question de savoir si l'héritier testamentaire devait ou non être reconnu par le tribunal comme le véritable héritier du défunt.

Le rôle du tribunal des centumvirs, le color insaniae.

Les "centumvirs" examinant le testament du défunt, et la situation du plaignant, déclarèrent parfois que le contenu du testament était une oeuvre de folie. Le caractère inofficieux du testament n'était pas fondé sur la folie véritable du testateur, mais sur le caractère de dispositions privées de bons sens que présentaient les dispositions du testament. Ce n'était pas le défunt qu'on accusait de folie, c'était son testament que l'on accusait d'être dénué de tout bon sens.

Ainsi, si les "centumvirs" se laissaient convaincre par les arguments des avocats, ils déclaraient que le testament était inofficieux et ils en tiraient la conclusion que le plaignant avait parfaitement raison de se plaindre et qu'il avait droit, malgré l'existence d'un testament, a avoir sa part, à avoir la part qu'il aurait eue s'il n'y avait pas eu de testament.

Adoption par les fonctionnaires impériaux dans la procédure extraordinem des principes dégagés par la jurisprudence centumvirale.

Plus tard se développa l'usage de porter la pétition d'hérédité devant des fonctionnaires impériaux tranchant les procès par voie de procédure extraordinaire, et on adopta dans la procédure extraordinaire les mêmes principes généraux que dans la procédure devant le tribunal des centumvirs. La question de testament inofficieux continua à être liée étroitement à la question de la pétition d'hérédité.

Il nous est impossible d'entrer dans toutes les difficultés soulevées par la pluralité d'héritiers institués ou la pluralité de plaignants. En effet les situations les plus inextricables peuvent se révéler.

Supposons par exemple qu'il y ait plusieurs plaignants dont les uns échouent et dont les autres réussissent, ou que le testament soit déclaré inofficieux pour certains héritiers institués et non pas pour les autres. Il y a alors des décisions contradictoires; il y a alors des situations contra-

Source : BIU Cujas

dictoires à raison de toutes sortes de questions qui ne peuvent être étudiées ici, et l'on n'a pas appliqué ici, rigoureusement le principe que nul ne peut mourir "partim testatus partim intestatus, il y aura parfois un partage entre un héritier institué et un héritier ab intestat. Indiquons cependant quelles étaient les fins de non recevoir qui pouvaient faire repousser la "querela" du plaignant.

Les fins de non recevoir en matière de querela.

En premier lieu le plaignant sera repoussé s'il n'est pas l'un des parents que l'usage a considéré comme devant être normalement institué dans le testament du défunt. Il s'agit ici de droit coutumier qui s'est formé par la jurisprudence des tribunaux. En effet, théoriquement tous les cognats, tous les agnats appelés à la succession par le droit civil ou le droit prétorien auraient pu se plaidre de ne pas avoir leur part, la part à laquelle ils avaient droit comme héritiers ab intestat. Mais l'usage s'était introduit de ne pas écouter les parents plus éloignés et de s'en tenir aux ascendants et aux descendants en ligne paternelle aussi bien que maternelle ; ainsi qu'aux frères et soeurs du défunt, et même finalement on devait admettre que les frères et soeurs du défunt ne pouvaient se plaindre que s'ils avaient été privés de la succession au profit d'une personne peu honorable; par exemple si le défunt avait institué sa concubine au détriment de son frère ou de sa soeur, il y aurait juste cause. Constantin refuse en même temps la querela aux frères et soeurs utérins.

Défaut de qualité du demandeur. Détermination des héritiers ayant le droit d'intenter la querela.

La prescription.

En second lieu le plaignant peut se voir écarté par la prescription de cinq ans. Le mécontentement de l'héritier ab intestat doit se manifester dans un délai assez bref.

La quarte légitime.

En troisième lieu, on prit de bonne heure l'habitude de ne pas tenir compte des protestations de celui qui avait été institué par le défunt pour une part jugée suffisante, et cette part fut fixée finalement par la jurisprudence au quart de ce qu'aurait eu l'héritier s'il avait recueilli la succession ab intestat. C'est pourquoi on parle à ce propos de la quarte légitime. Celui qui est pourvu de sa quarte légitime , ne peut pas intenter la "querela".

Acceptation d'un legs par l'héritier légitimaire.

Enfin en quatrième lieu, le plaignant peut être écarté toutes les fois où il est suffisamment protégé par les règles sur l'exhérédation et toutes les fois où il avait d'abord manifesté la volonté de s'en tenir à la volonté du défunt. La personne qui a accepté un legs qui lui était donné dans le testament ne peut pas ensuite venir se plaindre que le

Source : BIU Cujas

testament est inofficieux.

En fait, il est toujours dangereux si l'on a recueilli quelque chose dans le testament, d'intenter la "querela", car celui qui échoue est considéré comme indigne et il est privé de toutes les dispositions que le testateur avait faites à son profit. C'est là une occasion pour le fisc de s'en emparer.

La querela inofficiosi testamenti au Bas-Empire. L'action en supplément

Le droit du Bas-Empire devait d'ailleurs progressivement restreindre le domaine d'application de la "querela inofficiosi testamenti", en vue de maintenir dans la mesure du possible, la majeure partie des dispositions du testament. Il arrivait fréquemment que le testateur ne savait pas exactement quel serait à son décès le montant de sa succession; d'où difficulté pour fixer d'avance au moment de la rédaction de l'acte de dernière volonté la quarte légitime des héritiers. Aussi le testateur indiquait dans son testament que la quarte légitime devrait être complétée par l'arbitrage d'un homme de bien. Une constitution impériale de l'année 361 déclara que dans ce cas on ne pourrait plus intenter la "querela", et Justinien étendant ce système déclara que toutes les fois où le défunt avait laissé quelque chose dans son testament à son héritier légitime, ce serait l'action en supplément de part qui remplacerait la "querela". Ainsi donc dans le droit de Justinien, quand bien même le testament ne prescrirait pas comme par le passé de faire le complément de la part, dès l'instant où l'héritier légitime a reçu quelque chose il ne peut plus faire anéantir le testament, il doit simplement demander le complément de sa quarte légitime.

Ainsi Justinien n'a maintenu le système antérieur de la "querela" que s'il y a eu omission complète ou exhérédation totale d'un ascendant ou d'un descendant, ou exhérédation d'un frère ou d'une soeur du défunt au profit d'une personne peu honorable.

Justinien d'ailleurs a décidé que désormais le triomphe dans la "querela" n'aboutirait plus qu'à substituer l'héritier vainqueur à l'héritier testamentaire vaincu, que les legs et affranchissements survivraient.

Les justes causes d'exhérédation dans le droit de Justinien.

Justinien a éprouvé le besoin de fixer les justes causes d'exhérédation, tous les cas dans lesquels le défunt était considéré comme ayant eu un motif légitime de priver ses proches parents de sa succession.

Cette étude très brève montre comment grâce à la jurisprudence des tribunaux et ensuite à l'intervention des empereurs, on a atténué les injustices que la liberté primitive permettait de commettre

Source : BIU Cujas

quand une personne faisait son testament au profit d'héritiers entièrement étrangers à la famille.

Ce système ne protégeait les héritiers légitimes que contre des dispositions testamentaires injustes. Or, il arrive parfois que ce soit de son vivant, par des actes entre vifs, qu'une personne ait en fait privé ses parents de tout droit, qu'il ait fait donation entre vifs ou qu'il ait constitué au profit de l'un de ses descendants une dot excessive. Si le chef de famille a fait de son vivant une donation considérable au profit d'une autre personne, s'il a constitué à sa fille une dot égale aux neuf dixièmes de ses biens, alors qu'il a encore trois ou quatre autres enfants, il a évidemment joué à ses descendants un aussi mauvais tour que s'il avait fait un testament inofficieux. C'est pourquoi au cours de l'Empire, à côté de la plainte de testament inofficieux, on a institué la plainte de donation inofficieuse, "querela inoffiosae donationis", et la "querela in officiosae dotis", la plainte de dot inofficieuse. Ce qui fait que finalement l'inofficiosité peut s'appliquer aussi bien au testament qu'à une donation entre vifs ou à une dot.

Chapitre IV.

L'ACCEPTATION ET LA REPUDIATION DE LA SUCCESSION.

a délation
le la succes-
ion. La situa-
ion des héri-
iers siens et
écessaires.

Nous passerons très rapidement sur certaines questions, ayant eu déjà l'occasion d'en parler au cours de notre étude des règles générales des successions.

Nous supposons que le de cujus est mort et qu'il y a par suite une succession ouverte au profit de ses héritiers; c'est ce que l'on appelle la délation de la succession. Nous avons déjà vu que lorsqu'il s'agit d'héritiers domestiques ou d'un esclave du défunt, la question de l'acceptation ou du refus de la succession ne se pose pas. La femme in manu et les descendants sous la puissance immédiate du défunt sont des héritiers siens et nécessaires, qui de plein droit deviennent héritiers, qu'ils le veuillent ou qu'ils ne le veuillent pas. L'esclave institué dans le testament avec octroi de la liberté est un héritier

Source : BIU Cujas

nécessaire, on ne lui demande pas son avis sur le point de savoir s'il désire ou non être héritier.

Le droit d'option des héritiers externes ou volontaires.

Ainsi la question de l'acceptation ou de la répudiation de la succession ne se pose que pour les héritiers externes, ou héritiers volontaires, tous ceux qui n'étaient pas sous la puissance du défunt, qu'il s'agisse de parents ou de personnes qui ne sont unies au défunt par aucun lien de parenté. Il faut faire attention que l'expression d'héritiers étrangers s'applique aussi bien à des agnats qui ne sont pas sous la puissance du défunt qu'à des personnes qui n'ont aucun lien de parenté avec le défunt. Pour eux, par conséquent, la question va se poser de savoir s'ils vont rester inactifs, s'ils vont répudier la succession ou s'ils vont l'accepter.

L'acceptation de la succession et des différentes formes; la cretio.

Tout d'abord, il pourra arriver, il arrivera fréquemment, si la succession n'est pas insolvable, qu'ils vont se hâter de l'accepter, car on ne sait jamais ce qui peut arriver. Il y a plusieurs manières d'accepter une succession.

Il y a tout d'abord une manière formaliste : c'est ce que l'on appelle la "cretio", la décision, c'est prendre une décision, c'est décider que l'on va être héritier. La "cretio" est accessible à tous les héritiers de droit civil et il arrive assez fréquemment que les testateurs pressés, qui ont hâte d'avoir un héritier, fixent à ceux qu'ils instituent héritiers dans leur testament un délai pour faire cette "cretio". Si l'héritier institué en première ligne ne s'est pas décidé dans les cent jours par exemple, ce sera l'héritier substitué qui sera appelé à sa place.

Gaius nous a laissé une formule de "cretio", dont voici la traduction, Puisque Publius Maevius m'a institué héritier dans son testament, je vais à la succession et je me décide à en être héritier.

Constantin a aboli pour les fils de famille l'emploi de formes solennelles et Justinien a décidé pour tout le monde que désormais on n'aura plus besoin d'employer des formules solennelles pour procéder à la "cretio".

La pro herede gestio.

Mais à côté des formules rituelles, le droit romain, de bonne heure, tient compte du fait. A côté de la "cretio", dès la fin de la République, on considère comme manifestant suffisamment la volonté d'accepter la succession, le fait de se comporter en héritier. C'est la "gestio pro herede", le fait d'accomplir des actes qui ne peuvent être accomplis que par un héritier.

C'est le cas de l'héritier institué qui poursuit des créanciers du défunt et leur demande de lui

Source : BIU Cujas

verser le montant de leurs dettes. C'est le cas de l'héritier institué qui a pris possession de certains biens de la succession et qui les a vendus à une autre personne; il ne peut pas dire qu'il n'a pas accepté la succession, ses actes parlent pour lui, impliquent l'acceptation de la succession.

Déclaration de volonté en une forme quelconque.

Mais, en troisième lieu, le droit classique, qui se départit de plus en plus du formalisme traditionnel, va se contenter, sauf si le défunt a exprimé la volonté contraire, d'une déclaration de volonté faite en termes quelconques, sans l'emploi de formes solennelles.

La demande de la B.P.

Enfin, en quatrième lieu, lorsqu'il s'agit de la succession prétorienne, il suffit d'avoir demandé la "bonorum possessio" pour que cela implique la volonté d'être héritier. La demande de la "bonorum possessio" est considérée par le préteur comme une acceptation de la succession.

§ 2 - Conditions de validité de l'acceptation.

Nécessité d'une acceptation pure et simple.

L'acceptation d'une succession est ce que l'on appelle un acte légitime, un "actus legitimus", c'est-à-dire un acte gouverné par les règles du droit civil ancien et qui ne peut comporter ni terme ni condition. On ne peut pas accepter une succession sous la condition que l'on ne découvre pas des dettes par la suite. Ou bien on ne peut pas accepter une succession pour dans dix ans. Il faut une acceptation pure et simple.

Capacité pour accepter la succession. Acceptation d'une succession dévolue à un infans.

De plus, il faut une certaine capacité. Nous avons déjà signalé que lorsqu'il s'agissait d'un "infans", c'est seulement en l'année 426 que le droit civil a admis que la succession pourrait être acceptée par le tuteur ou le chef de famille de l'infans, faute pour l'infans de pouvoir s'exprimer correctement. Jusqu'en l'année 426, il fallait attendre que l'infans soit sorti de l'infantia. A partir de l'année 426, c'est son tuteur ou son chef de famille qui accepte pour lui la succession civile.

On admet même, à défaut d'acceptation formelle, que l'infans fasse un acte de gestion de la succession avec le concours de son tuteur.

Acceptation d'une succession dévolue à un alieni juris

D'autre part, lorsqu'il s'agit d'une succession qui est ouverte à un "alieni juris" qui se trouve sous la puissance d'autrui, cet "alieni juris" ne pourra accepter la succession que sur l'invitation expresse de son chef de famille, car c'est le chef de famille qui deviendra héritier par l'intermédiaire

Source : BIU Cujas

de l'alieni juris.

Différence entre le prodigue et l'impubère quant à l'acceptation.

Enfin, à la différence du prodigue qui peut accepter seul une succession, un impubère a toujours besoin du concours de son tuteur, car une succession peut être onéreuse, peut comporter des dettes à payer, et vous savez déjà qu'un impubère ne peut pas rendre seul sa condition pire.

Au Bas-Empire, on a étendu la portée de cette règle et on exige que tous les mineurs de 25 ans aient au moment de l'acceptation de la succession le consentement de leur curateur.

§ 3 -L'hérédité jacente.

La jacence de la succession entre le moment du décès et l'acceptation. Inconvénients au point de vue de la gestion des biens héréditaires.

Cette question de l'hérédité jacente, les questions connexes d'usucapion pro herede et d'in jure cessio de l'hérédité ne peuvent se poser que lorsqu'il s'agit d'un héritier externe. La théorie de l'hérédité jacente suppose nécessairement qu'un intervalle plus ou moins long sépare la mort du de cujus de l'acceptation par les héritiers, problème qui ne peut pas se poser pour les héritiers domestiques, pour les héritiers nécessaires, puisqu'il n'y a aucun intervalle de temps entre la domination du défunt et la domination de l'héritier.

Tant qu'aucun héritier externe n'a accepté la succession, l'hérédité est jacente, elle gît, et n'importe qui peut s'en emparer, et d'autre part un héritier peut la céder à une autre personne.

En effet, pendant la période où l'hérédité est jacente on ne peut pas à proprement parler dire qu'elle est la propriété du défunt, et on ne peut pas dire non plus qu'elle est la propriété de l'héritier, puisque l'héritier ne l'a pas encore acceptée, et que l'on ne sait même pas s'il l'acceptera, et s'il sera finalement héritier. C'est bien gênant, car nous avons là une masse de biens qui est dans une certaine mesure à l'abandon. Il faut venir au secours de cette hérédité jacente et c'est pourquoi, tout en admettant que cette masse de biens n'est temporairement la propriété de personne, on admettra qu'on pourra gérer des intérêts en empruntant soit la personne du défunt, soit la personnalité de l'héritier, soit même dans une certaine conception la personnalité de la succession elle-même, considérée dans une certaine mesure comme une personne morale.

Les textes des jurisconsultes romains renferment les solutions les plus diverses, solutions bien souvent plus théoriques que pratiques, car il y a

Source : BIU Cujas

un point sur lequel au fond tout le monde est d'accord: c'est qu'en fait il faut permettre de gérer les biens de l'hérédité jacente, et il ne faut pas que des principes juridiques subtils amènent la dilapidation ou la perte des biens de l'hérédité jacente.

Tant que l'héritier externe institué dans le testament ou ab intestat n'a pas accepté la succession, l'hérédité est jacente, ce qui veut dire que temporairement on considère que les biens de l'hérédité n'appartiennent à personne.

Mais les jurisconsultes romains n'ont jamais appliqué rigoureusement cette idée et ils n'ont jamais assimilé les biens d'une hérédité jacente au gibier ou aux choses volontairement abandonnées par leur propriétaire, qui peuvent être acquises par voie d'occupation par n'importe qui. Gens pratiques, ils ont toujours considéré que l'hérédité jacente, tout en étant une chose n'appartenant à personne, n'était dans une telle situation que provisoirement, qu'elle était destinée à être acquise à un moment donné par un héritier. Par suite, le préteur et les jurisconsultes ont cherché à protéger les biens de l'hérédité jacente pendant le délai qui sépare la mort du de cujus de l'adition d'hérédité. Ils ont permis à celui qui avait fait des frais pour les funérailles du défunt de se les faire rembourser. Ils ont permis de poursuivre celui qui avait commis des dégradations aux biens héréditaires.

Les solutions pratiques du préteur et des jurisconsultes pour remédier à ces inconvénients.

Mais au contraire lorsqu'il s'agit des constructions juridiques destinées à justifier les solutions pratiques, il n'y a plus d'accord. La première idée des jurisconsultes du Haut-Empire (Cassius Gaius) avait été de dire que c'était la capacité de l'héritier qui devait être envisagée, que ceux qui traitaient pour le compte de l'héritier devaient emprunter la personnalité de l'héritier. Mais cela soulevait des difficultés du fait que l'on ne pouvait pas savoir d'avance avec exactitude qui serait héritier. Cela dépendait de la répudiation ou de l'acceptation de la succession par telle ou telle personne.

Les théories juridiques pour expliquer ces solutions pratiques; la théorie de Julien: hereditas jacens personam defuncti sustinet.

Et c'est pourquoi Julien lança l'idée nouvelle suivant laquelle c'était en réalité le défunt qui se survivait en quelque sorte à lui-même pour fournir sa capacité à sa succession; cette idée paraît avoir été adoptée et développée par Ulpien. C'est là l'idée qui devait finalement l'emporter après bien des discussions et des contestations. Les collaborateurs de Justinien, repoussant certaines idées nouvelles qui avaient surgi dans l'intervalle, adoptent l'o-

Combinaison de cette idée dans le droit de Justinien avec l'idée que

Source : BIU Cujas

l'hérédité est en quelque sorte propriétaire d'elle-même.

pinion de Julien suivant laquelle c'est au défunt que l'hérédité jacente emprunte sa personnalité et sa capacité. Mais en même temps ils justifient certaines solutions pratiques par l'idée soutenue par Paul et Hermogénien que l'hérédité jacente est dans une certaine mesure maîtresse d'elle-même, qu'elle est en quelque sorte propriétaire de ses biens et créancière de ses débiteurs.

Ainsi donc on essaie de concilier deux idées, d'une part l'emprunt de la personnalité du défunt au point de vue de la capacité d'agir, et d'autre part l'idée que l'hérédité n'est pas à proprement parler constituée de biens sans maître, étant dans une certaine mesure propriétaire d'elle-même.

L'in jure cessio hereditatis et l'usucapio pro herede.

C'est à la théorie de l'hérédité jacente que l'on peut rattacher d'une part la notion d'"in jure cessio hereditatis", abandon de la succession devant le magistrat, et d'autre part la théorie de l'usucapion pro herede, de l'usucapion en qualité d'héritier.

Date d'apparition de ces institutions, leur relation avec la conception matérialiste de l'hérédité.

Il est difficile de préciser quelle est la date d'apparition de ces deux institutions. Quant à nous, nous ne croyons pas qu'il faille en faire remonter l'origine dans la préhistoire romaine, ou même à la Loi des Douze Tables. En effet, ce sont là des institutions qui ne se concilient guère avec l'idée archaïque que l'héritier est un membre de la famille du défunt qui lui succède de plein droit. Ce sont des notions qui se rattachent plutôt à la conception matérialiste de la succession, qui s'étaient développées entre la Loi des Douze Tables et la fin de la République, puisque admettre cette "in jure cessio" ou cette usucapion revient à dire que celui qui acquiert les biens du défunt acquiert par là-même le titre d'héritier, alors que dans le droit primitif c'était plutôt parce qu'on était l'héritier du défunt que l'on acquérait sa succession. Ainsi nous croyons que ces deux institutions se placent comme date entre la Loi des Douze Tables et la fin de l'ancien droit.

Elles ont d'ailleurs beaucoup changé de caractère au cours de la République.

L'utilisation de ces procédés pour remédier aux inconvénients de la règle sur le proximus agnatus.

Tout d'abord, il semble que ce soient des institutions qui ont pour but dans le cadre même de la parenté de substituer un nouvel héritier à l'héritier désigné. En effet, seul l'agnat le plus proche, seul le frère du défunt, à défaut d'héritier domestique, pouvait recueillir ses biens; il n'y avait pas de dévolution de degré à degré. Or, il pouvait être intéressant de permettre, à défaut de l'agnat le plus proche, à un autre agnat de succéder au défunt. Dans ce but, l'agnat le plus proche abandonnait devant le

Source : BIU Cujas

magistrat l'hérédité à un autre parent, ou bien encore, s'il ne se souciait pas de la question, un autre agnat prenait possession des biens du défunt et les usucapait en qualité d'héritier. Ainsi, donc, semble-t-il ce n'était tout d'abord que des manières de parer aux inconvénients du fait que seul l'agnat le plus proche pouvait recueillir la succession du défunt. Ce montre bien que telle est la conception en particulier de l'"in jure cessio hereditatis", c'est que dans l'exemple le plus ancien que nous possédions, c'est un frère héritier testamentaire qui abandonne devant le magistrat à son frère la part de la succession qui lui revenait . C'est donc un abandon de la succession devant le magistrat au profit d'un autre agnat.

La transformation de l'in jure cessio hereditatis à la fin de la République pour devenir un moyen de tirer profit de la succession.

Puis, vers la fin de la République, époque où le nombre des héritiers reconnus se multiplie, où l'on n'interprète plus rigoureusement l'"agnatus proximus" comme étant le frère du défunt mais comme étant un agnat quelconque, où le préteur multiplie les héritiers, la conception de ces institutions change complètement. L'"in jure cessio hereditatis" est bien souvent une manière pour l'héritier de tirer profit de la succession en l'abandonnant contre argent à une autre personne. Mais dans ce but, l'"in jure cessio" cesse bientôt d'être utilisée en pratique. Au lieu de procéder à un abandon solennel de l'hérédité devant le magistrat, on se contente de vendre la succession à un acquéreur.

Les règles particulières de l'usucapio pro herede, sa transformation par les mesures qui lui ont peu à peu enlevé toute efficacité.

Quant à l'usucapion "pro herede", dès l'instant où elle n'est plus, en fait, l'acte d'un autre parent du défunt, qui au vu et au su de tous, se comporte vis-à-vis de la succession du de cujus en héritier, elle cesse d'être envisagée avec bienveillance par le droit. On y voit quelque chose de peu honnête, et on y voit quelque chose destiné à procurer un bénéfice illicite à celui qui l'accomplit. C'est un individu quelconque qui, en l'absence d'un héritier et au détriment de l'héritier éventuel prend possession des biens du défunt. Au bout d'une année de possession en qualité d'héritier, il devient l'héritier du défunt; la qualité d'héritier s'acquiert au bout d'une année. Pour les jurisconsultes du début de l'Empire, c'est là quelque chose de tout à fait étrange, de tout à fait anormal. Une succession, pour Gaius, c'est un droit, c'est une chose incorporelle; or, on n'usucape pas les droits, les choses incorporelles. D'autre part, cette usucapion n'exige qu'un délai d'un an, même si la succession comporte des immeubles. Par conséquent, tout est étrange dans cette usucapion pro herede pour des jurisconsultes vivant

Source : BIU Cujas

sous l'Empire.

C'est ce qui explique pourquoi sa conception même allait être modifiée. On allait considérer, dès le Ier siècle ap. J.-C. que ce n'était pas le titre d'héritier que l'on usucapait en réalité, mais les biens corporels constituant la succession. D'autre part, les empereurs trouvent que c'est là quelque chose d'inadmissible; on prend sous Marc-Aurèle des mesures répressives contre les individus qui s'emparent par la violence des biens d'une succession; on déclare dès le début de l'Empire qu'une telle usucapion ne sera plus opposable au fisc pendant le délai où le fisc a le droit de s'emparer des biens vacants d'une succession, puis, au temps d'Hadrien, on décide qu'elle ne sera plus non plus opposable à l'héritier légitime, quand celui-ci voudra venir à la succession.

Ainsi, suivant leur habitude, tout en reconnaissant que l'usucapion pro herede ne se justifie plus dans le droit du Haut-Empire, on ne l'abolit pas à proprement parler, mais on prend toutes les mesures pour la priver d'efficacité et pour en changer le caractère. Aussi peut-on dire qu'en tant qu'institution originale produisant des effets caractéristiques dans le droit successoral, l'usucapion pro herede n'existe plus au IIe siècle ap. J.-C.; d'après une scolie de Thalélée, elle aurait même été abolie par une constitution impériale et, par la suite, l'usucapion des biens héréditaires serait alors soumise aux règles habituelles de l'usucapion.

§ 4 - Délai imposé pour l'acceptation de la succession.

Absence de délai imparti à l'héritier civil pour prendre parti. Inconvénients.

En droit civil, nous avons vu que l'héritier avait tout le temps qu'il lui plaisait pour se prononcer, à moins qu'il n'ait été institué avec "cretio", à moins que ce soit le testateur lui-même qui lui ait imposé l'obligation de faire l'acceptation solennelle dans un délai déterminé.

Le délai de 100 jours institué par le préteur pour demander la B.P. La dévolution d'ordre a ordre et de degré à degré.

Mais le préteur estime qu'il y a de graves inconvénients à laisser les choses traîner en longueur. Il n'admet pas qu'un héritier puisse attendre indéfiniment avant de se prononcer, car il lèse aussi bien les héritiers appelés à défaut de lui que les créanciers héréditaires.

Tout d'abord en matière de "bonorum possessio" il y a pour chaque catégorie de "bonorum possessor"

Source : BIU Cujas

un délai d'acceptation, un délai au bout duquel c'est une autre classe de successeurs qui est appelée. C'est ainsi que les "liberi", les descendants, ont un an pour demander la "bonorum possessio", et si au bout de l'année, ils ne se sont pas prononcés, on appelle l'ordre suivant, les "legitimi". Ceux-ci ont cent jours pour demander la "bonorum possessio", et s'ils ne bougent pas, on appelle alors les cognats, qui à leur tour ont cent jours, et au bout de ces cent jours, ce sera le mari ou la femme qui aura le droit à la "bonorum possessio".

Ainsi le préteur admet la dévolution d'ordre à ordre; à défaut d'une catégorie de successeurs dans un délai déterminé, il appelle la classe suivante. Et dans chaque ordre, d'ailleurs, il admet la dévolution de degré à degré; à défaut du parent plus proche, il appelle le parent plus éloigné.

La protection des créanciers contre le silence de l'héritier. Le spatium deliberandi.

Mais ce n'est pas tout. Le préteur est également venu au secours des créanciers héréditaires qui se morfondaient dans l'attente d'un héritier contre qui ils auraient pu faire valoir leurs droits. Le créancier héréditaire a la possibilité de citer en justice l'héritier civil; il lui pose la question; est-il ou non héritier? En général, l'héritier civil demande un délai pour délibérer. Il déclare; je ne peux pas vous répondre à brûle pourpoint, il faut que je réfléchisse. Et le préteur donne un délai de cent jours à l'héritier pour prendre une décision. C'est ce que l'on appelle le "spatium deliberandi", l'espace en vue de délibérer. Au bout de de ces cent jours, le silence de l'héritier est interprété comme une renonciation à la succession, et le préteur, au bout de ce délai de cent jours, va permettre, à défaut d'héritier, aux créanciers de la succession de faire vendre à leur profit les biens du défunt.

Justinien a admis l'interprétation contraire du silence de l'héritier, et il a décidé que si dans le délai de neuf mois ou d'un an l'héritier n'avait pas répondu aux créanciers ou n'avait pas demandé le bénéfice d'inventaire, il serait présumé avoir accepté la succession . Ceci montre combien les présomptions juridiques sont contestables, puisque le préteur interprète le silence de l'héritier comme une renonciation définitive, tandis que Justinien, au contraire, l'interprète comme une acceptation définitive de la succession. L'un disait : qui ne dit rien refuse; Justinien déclare: qui ne dit rien consent.

Source : BIU Cujas

§ 5 - Les effets de la répudiation et de l'acceptation.

La répudiation de la succession par l'un des héritiers n'exige pas de longues explications. Du moment où un héritier répudie la succession, il est considéré comme n'ayant jamais été héritier; la succession s'ouvre au profit de l'héritier suivant, soit au profit du substitué, soit au profit du "bonorum possessor" de l'ordre suivant, soit au profit de l'agnat, soit au profit des gentiles, dans l'ancien droit, si l'agnat le plus proche ne s'était pas présenté. S'il y avait plusieurs héritiers, dont un seul refuse, les héritiers qui acceptent la succession bénéficient de la part du renonçant, en vertu du droit d'accroissement dont les règles ont d'ailleurs été modifiées, pendant une longue période, par les lois caducaires.

Au contraire, l'acceptation présente des effets importants. Elle entraîne au profit de l'héritier l'acquisition de la succession du défunt; elle entraîne d'autre part la confusion des patrimoines.

I) Acquisition de la succession, biens, créances et dettes.

I - En premier lieu, l'héritier succède au défunt; il prend sa place à la tête de son patrimoine. Ceci produit des conséquences extrêmement importantes, puisque non seulement l'héritier va recueillir les biens corporels de la succession, mais il va devenir le créancier des créanciers du défunt et il va être tenu des dettes du défunt .

Succession aux sacra.

D'autre part, l'héritier est tenu des "sacra privata", il est tenu du culte du défunt. C'était là une conséquence de l'unité familiale dans le très ancien droit romain. C'est là une conséquence, pour les héritiers étrangers à la famille, des mesures prises par les pontifes au cours de la République, qui ont voulu que dans tous les cas, celui qui recueille la succession du défunt soit tenu de son culte familial.

De plus, l'héritier bénéficiera généralement du droit des sépulcres, c'est lui qui aura le soin de veiller sur les tombeaux de la famille et qui pourra, le cas échéant, y enterrer des morts, s'il reste de la place, ou s'il veut y être enterré lui-même après son décès.

Exceptions à la transmission

Cependant il y a des limites à cette idée de succession de l'héritier, car il y a toujours eu et

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions écrites et orales
Reproduction Interdite
Source : BIU Cujas
Y

à l'héritier ; droits viagers, possession.

il y aura toujours des droits qui sont strictement personnels, des droits qui sont étroitement attachés à la personne d'un individu déterminé, qui par leur nature même doivent disparaître à son décès.

Tout d'abord, à toute époque, des droits comme l'usufruit , l'usage ou l'habitation, étant nécessairement viagers, s'éteignent nécessairement à la mort du de cujus et par conséquent ne se transmettent pas à ses héritiers.

Il en est de même d'ailleurs pour la possession, car la possession est un pouvoir de fait. Tant que l'héritier n'a pas pris matériellement possession des biens du défunt, on ne peut pas dire qu'il continue la possession de celui-ci.

La transmission des créances et des dettes et leur division de plein droit à l'époque des XII Tables.

Mais, d'autre part, on peut se demander dans quelle mesure les créances ou les dettes à un moment donné ou dans une mesure plus ou moins large n'ont pas été transmissibles aux héritiers. C'est là un point sur lequel de très graves études ont été écrites depuis quelques années pour démontrer que les jurisconsultes romains n'y entendaient rien et que les affirmations sur l'ancien droit romain renfermées dans leurs oeuvres ou dans les constitutions impériales étaient contraires à la réalité. Un certain nombre de travaux ont soutenu que dans le très ancien droit romain, seuls les biens corporels se transmettaient à l'héritier, que les créances et les dettes étaient attachées à la personne du défunt et disparaissaient avec elle. Mais en réalité les arguments théoriques qui ont été invoqués pour justifier une telle manière de voir ne sont pas très forts. Il est bien exact de dire que dans l'ancien droit romain les créances et les dettes présentent un caractère personnel, mais il est non moins exact de dire qu'il y a unité familiale, qu'il n'y a qu'un seul patrimoine de la famille, qu'il y a une sorte de communauté entre le chef de famille et tous ses héritiers.

Ainsi donc, si théoriquement on peut invoquer le caractère personnel du lien d'obligation pour justifier son extinction, on peut avec non moins de vraisemblance invoquer la solidarité familiale archaïque pour justifier la transmission des créances et des dettes aux héritiers. Ainsi, sur le terrain théorique, les arguments s'entre-détruisent, et pour résoudre la question on est donc bien obligé d'en revenir aux textes.

Or, que nous disent les textes? C'est que, dès la Loi des Douze Tables, les créances et les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers.

Source : BIU Cujas

Pour que les créances et les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers, il faut nécessairement qu'elles se transmettent à eux, qu'elles ne s'éteignent pas par la mort du de cujus.

Certains auteurs ont prétendu que ce n'était pas vrai, que c'était en réalité le préteur qui avait rendu les créances et les dettes transmissibles. Mais alors c'est supposer que les jurisconsultes romains ignoraient complètement leur droit, puisque même à l'époque classique, droit prétorien et droit civil n'étaient pas encore complètement fusionnés.

Voilà où peut conduire ce qu'on appelle l'hypercritique. Les auteurs entraînés, fascinés, par leurs hypothèses, finissent par déformer complètement les textes et les faits pour essayer de les adapter.

Ici encore il vaut mieux s'en tenir à ce que nous disent les jurisconsultes romains que de bâtir un édifice purement imaginaire. Nous admettrons qu'en règle générale, dès l'ancien droit romain, les créances et les dettes se transmettent aux héritiers.

II- La confusion entre le patrimoine du défunt et celui de l'héritier. Obligation de l'héritier aux dettes ultra vires.

II - Examinons à présent les conséquences, les dangers de la confusion des patrimoines et les remèdes qui y ont été apportés par les jurisconsultes et par le droit de Justinien.

Normalement, l'acceptation de la succession par l'héritier externe va amener la confusion des patrimoines. De même que si c'était un héritier domestique ou nécessaire qui avait acquis de plein droit le patrimoine du défunt, il n'y avait pas lieu de le distinguer du patrimoine que cet héritier pouvait constituer par la suite par ses travaux, par son activité. Il n'y a plus, en droit civil, qu'un patrimoine unique, un actif unique, un passif unique. On dit que l'héritier est tenu de payer les dettes du défunt "ultra vires successionis", expression latine qui est couramment encore employée dans les ouvrages de droit civil moderne; on parle encore couramment dans les cours de droit civil de l'obligation aux dettes "ultra vires successionis". Ceci veut dire que l'héritier est tenu de payer les dettes successorales quand bien même elles dépasseraient l'actif de la succession. Il est par conséquent tenu de les payer sur son propre patrimoine, à supposer qu'il en ait un au moment du décès du de cujus. Et si par la suite il acquiert d'autres biens, ces biens seront aussi le gage des créanciers du défunt, et ceux-ci pourront se faire payer sur les biens acquis postérieurement à la mort du de cujus.

Les dangers de cette confu-

Cette obligation est liée étroitement à la qualité d'héritier, et elle remonte, croyons-nous, au

Source : BIU Cujas

sion pour l'héritier et pour les créanciers héréditaires.

très ancien droit romain. Mais ce peut-être désavantageux pour un grand nombre de personnes. Tout d'abord pour l'héritier, qui se voit chargé d'une succession dont le passif est très supérieur à l'actif. La confusion des patrimoines peut être également très gênante pour les créanciers du défunt, si, au contraire, c'est un défunt qui laisse une riche succession à un héritier pourri de dettes.

La confusion des patrimoines, le cas échéant, peut être également très fâcheuse pour les créanciers de l'héritier, si l'héritier était une personne industrieuse ayant peu de créanciers et qu'il accepte une succession très désavantageuse.

Le droit civil ne s'en préoccupait pas. En droit civil, peu importaient les conséquences du principe. Ce principe était fondamental; l'obligation de payer les dettes à l'infini était liée à la notion même de l'héritier. Et nous en avons la preuve en matière de "capitis deminutio". Nous avons vu, en effet, que normalement la "capitis deminutio" éteignait les dettes de l'adrogeant, et que l'adrogeant n'en était pas tenu. Or, si avant l'adrogation, l'adrogé avait recueilli une succession, on considérait que par l'intermédiaire de l'adrogé, l'adrogeant devenait héritier de cette succession et que par suite il était tenu des dettes de cette succession, à l'infini.

Nous avons ainsi la preuve que contrairement à certaines théories modernes, l'obligation aux dettes à l'infini remonte au très ancien droit romain, avant même la formation définitive de la théorie de la "capitis deminutio" et qu'il est nécessaire que l'héritier, en droit civil, paye les dettes du défunt, puisque l'adrogeant devenant l'héritier par l'intermédiaire de l'adrogé est, contrairement à la règle normale en matière de "capitis deminutio", tenu de payer à l'infini les dettes qui grevaient cette succession.

III- Remèdes la confusion des patrimoines.

III-Remèdes apportés à la confusion des patrimoines.

Examinons à présent les remèdes qui y ont été apportés d'une part par le préteur et d'autre part par Justinien.

Réformes du préteur au profit de l'esclave héritier nécessaire; la separatio bonorum.

I°- Tout d'abord le magistrat prend dans une certaine mesure en considération le cas de cet esclave, héritier nécessaire institué dans le testament du défunt. Ce n'est pas que le préteur va lui éviter l'infamie, car c'est en quelque sorte la contre-partie de la liberté que lui octroie le testateur; c'est bien sous le nom de l'esclave libéré, mais héritier nécessaire, que seront vendus les biens du défunt insolvable; mais le magistrat lui accorde le bénéfice

Source : BIU Cujas

de la séparation de biens, ce qui signifie que si, par la suite, notre esclave devenu un homme libre fait preuve d'une activité industrieuse et recueille de nouveaux biens, les créanciers du défunt ne pourront pas, chaque fois qu'il aura acquis un bien, une maison, un troupeau, un esclave, s'en emparer et le dépouiller à nouveau. Ainsi donc notre esclave libéré va bien voir vendre sous son nom tous les biens du défunt, il aura bien encouru l'infamie, mais il sera tranquille par la suite.

La protection par le préteur des héritiers domestiques nécessaires; la jus abstinendi, possibilité pour l'héritier de changer d'avis.

2°- Le magistrat a pris également en pitié les héritiers domestiques nécessaires qui ne pouvaient pas refuser la succession du défunt, qui étaient héritiers de plein droit, qu'il s'agisse de descendants en puissance, de sa femme "in manu" ou même des personnes "in mancipio". Le magistrat va leur accorder le droit d'abstention, le "jus abstinendi". Le magistrat déclare que tant que l'héritier domestique et nécessaire se gardera de toucher aux biens du défunt, le magistrat le laissera tranquille, le magistrat le protègera contre toute poursuite intempestive des créanciers du défunt. Reste tranquille, dit-il à l'héritier sien et nécessaire et tu auras toi aussi la tranquillité. Et même ici il est mieux traité que l'esclave héritier nécessaire, car s'il ne s'immisce pas dans les biens du défunt, ceux-ci seront vendus par les créanciers successoraux au nom du défunt. C'est le défunt qui encourra l'infamie pour les dettes qu'il avait contractées. Comme il s'agissait d'une pure abstention, le magistrat admettait qu'à un moment quelconque l'héritier sien et nécessaire puisse changer d'avis et déclarer qu'après tout il acceptait de succéder au défunt. Justinien a d'ailleurs limité à trois ans le délai dans lequel pouvait s'accomplir ce revirement.

La protection par Justinien de l'héritier externe contre l'obligation aux dettes ultra vires, le bénéfice d'inventaire.

3°- Au contraire, le magistrat avait estimé qu'il était inutile de protéger l'héritier externe, l'héritier qui devait pour devenir définitivement héritier faire une adition d'hérédité. En effet, s'il était tenu à l'infini des dettes du défunt, c'est qu'il l'avait voulu; personne ne l'obligeait à accepter la succession, il avait volontairement endossé la responsabilité des dettes.

Justinien s'est montré à son égard plus bienveillant. Justinien semble n'admettre qu'à contre-coeur qu'un héritier soit tenu de payer de ses propres deniers les dettes du défunt et c'est pourquoi il institue un bénéfice d'inventaire qui a toutes ses faveurs. Pour profiter de ce qu'on appelle le bénéfice d'inventaire, l'héritier n'a pas besoin de faire

Source : BIU Cujas

une déclaration spéciale, mais il doit prendre la précaution de faire dans un certain délai un inventaire consciencieux des biens du défunt, et pour rédiger cet inventaire, il fait appel comme le tuteur, avons-nous vu pour l'inventaire des biens du pupille, à un greffier officiel, à un "tabularius". Dès l'instant où l'héritier a fait inventaire, il n'est plus tenu de payer les dettes du défunt que dans les limites de l'actif qui a été indiqué dans cet inventaire.

Ainsi, grâce au bénéfice d'inventaire, qui existe encore dans notre droit civil moderne, l'héritier sous Justinien a pu échapper à l'obligation de payer les dettes ultra vires successionis, obligation qui subsiste à la charge de celui qui au lieu de faire inventaire a demandé un délai de réflexion et n'a pas refusé la succession dans le délai fixé pour délibérer.

La protection des créanciers héréditaires contre l'insolvabilité de l'héritier. La separatio bonorum.

4)- Enfin le préteur a voulu protéger les créanciers du défunt contre le danger d'insolvabilité de l'héritier. Ici, il s'agit d'une sorte de conflit entre les créanciers du défunt et les créanciers de l'héritier. On estime que les créanciers du défunt méritent plus de considération que ceux de l'héritier. En effet, pour traiter avec le de cujus, ils avaient pris en considération sa solvabilité; ils ne doivent pas être victimes de l'insolvabilité de l'héritier. Au contraire, les créanciers de l'héritier devaient s'attendre à tout de la part de cet individu, même au fait qu'il se rende encore plus insolvable en acceptant une succession onéreuse. S'ils avaient eu confiance dans l'héritier, tant pis pour eux.

Après d'autres mesures, le magistrat a définitivement institué au profit des héritiers du défunt la séparation de biens, qui est accordée par un décret du préteur ou du gouverneur de province. Il autorise les créanciers du défunt, tout en vendant les biens sous le nom de l'héritier, à se réserver le bénéfice de cette vente. Par conséquent, contrairement au principe civil de la confusion des patrimoines, le préteur ou le gouverneur de province considère que l'héritier a en quelque sorte simultanément deux patrimoines autonomes, l'un constitué par le patrimoine du défunt, l'autre constitué par son propre patrimoine. Les créanciers du défunt, tout en faisant vendre le patrimoine successoral sous le nom de l'héritier, se réservent le bénéfice de cette vente à l'encontre des créanciers de l'héritier.

Nous n'entrerons pas dans les controverses entre jurisconsultes classiques sur les conséquences de cette "separatio bonorum"; l'intérêt, c'est de cons-

Source : BIU Cujas

tater que, grâce à cette séparation des patrimoines les créanciers héréditaires pourront se réserver le bénéfice d'être intégralement payés sur les biens laissés par le défunt.

IV -L'indivision entre cohéritiers des biens héréditaires corporels. L'actio familiae erciscundae.

IV - L'indivision et le partage entre cohéritiers.

Ayant ainsi examiné l'acquisition des biens par l'héritier, les effets de la confusion des patrimoines et les remèdes qui y ont été apportés, disons quelques mots du cas où il y a plusieurs héritiers et où par suite il y aura temporairement indivision.

Nous avons vu en étudiant la succession ab intestat et la succession testamentaire qu'il y avait fréquemment plusieurs héritiers institués sur la même ligne, ou plusieurs héritiers ab intestat qui allaient acquérir simultanément la succession du défunt. Dans ces cas, la Loi des Douze Tables proclame que les créances et les dettes se divisent de plein droit entre les cohéritiers. Chacun des cohéritiers sera tenu pour partie des dettes, pourra poursuivre pour partie les créanciers du défunt. Nous avons déjà signalé que malgré toutes les études auxquelles on s'était livré, il n'y a aucune raison décisive de croire que La Loi des Douze Tables n'ait pas effectivement renfermé cetcete disposition.

Si les obligations se divisent ainsi de plein droit entre les cohéritiers, il n'en est pas de même des biens corporels du défunt, de sa maison, de ses troupeaux, de ses esclaves, de l'argent qu'il possédait à son décès. Tous ces biens sont recueillis simultanément par les cohéritiers, qui vont se trouver temporairement en état d'indivision. C'est le "consortium" entre cohéritiers, état qui, primitivement, à l'époque où la solidarité familiale était très forte, pouvait être durable, mais qui dès la Loi des Douze Tables, ne sera plus normalement que temporaire.

En effet, la Loi des Douze Tables a institué une action en justice qui permet à l'un des cohéritiers de sortir quand il le désire et quelle que soit la volonté de ses cohéritiers, de cet état d'indivision. C'est l'action en partage des biens successoraux, l'actio familiae erciscundae, action qui a pour but de mettre en mouvement le partage des biens de la succession. Grâce à l'exercice de cette action au lieu d'une quote-part dans l'ensemble des biens du défunt, chacun des cohéritiers aura désormais la propriété individuelle et exclusive de la part qui lui aura été attribuée dans le partage.

Source : BIU Cujas

Le rapport entre cohéritiers.

Examinons enfin, pour terminer ce paragraphe, le "rapport" entre cohéritiers. C'est ce qu'on appelle la "collatio". Ici encore, comme pour la plupart des remèdes apportés aux usages traditionnels, il s'agit d'une institution entièrement inconnue du droit civil et qui ne s'est développée que grâce au droit prétorien et aux constitutions impériales.

Nous examinerons tout d'abord la "collatio emancipati", le rapport de l'émancipé.

L'inégalité entre les liberi par suite de l'admission des enfants émancipés à la bonorum possessio unde liberi en concours avec les enfant restés en puissance. La collatio bonorum.

Le rapport exigé de l'émancipé ne pouvait même pas se concevoir dans le droit successoral civil, puisque l'émancipé, en droit civil, n'avait aucune vocation à la succession du défunt. Mais le prêteur a appelé l'émancipé à la succession du défunt, à la "bonorum possessio unde liberi", sur un pied de rigoureuse égalité avec les héritiers domestiques. Cette égalité instituée par le prêteur risquait par suite du fonctionnement général des règles de la famille romaine d'aboutir finalement à une inégalité. En effet l'enfant émancipé depuis peut-être de nombreuses années avait travaillé dans son propre intérêt; peut-être, lors de son émancipation, son chef de famille lui avait-il abandonné la pleine propriété de son pécule; par la suite, par son activité, il avait acquis des biens personnels. Au contraire, les autres descendants restés dans la famille avaient acquis pour le compte du pater familias, puisque, pendant très longtemps, les alieni juris n'ont pu avoir de patrimoine propre et acquièrent pour le chef de famille. Ainsi donc, il y avait une inégalité tenant au fait que l'émancipé avait acquis pour son propre compte, tandis qu'au contraire tout ce qui avait été acquis par les personnes en puissance faisait partie de ce patrimoine du pater familias qu'il s'agissait de partager.

C'est ce qui explique pourquoi, dès le Ier siècle ap. J.-C. le prêteur a voulu rétablir l'égalité entre tous les descendants; il exige que l'émancipé fasse rapport à la masse à partager de tout ce qu'il avait gagné depuis son émancipation. Ainsi donc on le met sur le même pied que s'il avait travaillé pour le compte du chef de famille.

Cette institution du rapport de l'émancipé étant liée à la "bonorum possessio unde liberi", ne s'applique pas au cas où c'est le défunt lui-même qui avait manifesté la volonté d'appeler l'émancipé à sa succession en l'instituant héritier. Ainsi donc

Source : BIU Cujas

elle fonctionne en cas de "bonorum possessio unde liberi", mais non si l'émancipé est héritier testamentaire.

Extension de l'institution du rapport à la dot.

Ce principe du rapport devait être ensuite appliqué au cas de la dot. En effet, si l'émancipé pouvait être injustement favorisé du fait qu'il avait travaillé pour son compte personnel, la femme mariée sine manu pouvait être injustement favorisée du fait que son mari avait reçu de la part du chef de famille une dot importante qui n'entrerait pas en ligne de compte lorsqu'elle viendrait dans sa famille d'origine à la succession en concours avec ses frères. C'est pourquoi, dès le II° siècle ap. J.C. la fille qui vient en concours à la succession de son paterfamilias avec d'autres héritiers domestiques, est tenue de faire rapport de sa dot, on tient compte dans la masse à partager de la dot qu'elle avait reçue.

La décadence de la collatio emancipati au Bas-Empire La collatio descendentium de Justinien.

Au cours du Bas -Empire, le rapport de l'émancipé devait présenter une importance de moins en moins grande, et ceci s'explique aisément étant donné l'évolution générale de la famille. On voit le lien entre l'évolution du droit successoral et l'évolution générale de la famille. Si le rapport de l'émancipé était indispensable au début de l'Empire, c'était parce que les alieni juris ne possédaient aucun bien personnel . Or, au cours de l'Empire, les cas où les personnes en puissance auront des biens propres se multiplient. Les fils de famille militaires auront un pécule castrense, les fils de famille fonctionnaires auront un pécule quasi-castrense; au moment du décès les fils et les filles de famille auront droit à leurs biens adventices au Bas-Empire.

Aussi, parallèlement, admettait-on que tous les biens qui rentreraient dans le pécule castrense, le pécule quasi-castrense ou les biens adventices appartenant à l'émancipé seraient exclus du rapport , ce qui fait que peu à peu le rapport de l'émancipé présentait de moins en moins d'importance.

Aussi Justinien lui a-t-il purement et simplement substitué le rapport général des descendants, sans tenir compte du cas de l'émancipation ou de la non émancipation; ce rapport est toujours dû par les descendants dans la succession de leurs ascendants.

Etendue de la collatio descendentium, son fondement.

Le rapport de l'émancipé ayant disparu est remplacé au cours du Bas-Empire par le rapport des descendants qui a un champ d'application plus étendu en ce qui concerne les personnes qui y sont soumises. En effet, il s'applique indifféremment aux personnes en puissance et aux émancipés qui viennent à la succession d'un ascendant. Il s'applique aussi bien aux hé-

ritiers institués dans le testament qu'aux héritiers ab intestat.

Il est en effet fondé, comme le rapport de notre droit successoral moderne, sur une présomption d'affection égale de l'ascendant pour tous ses descendants. On présume que si, de son vivant, il a avantagé certains d'entre eux, ce n'est qu'à titre temporaire et avec la pensée que, à sa mort, l'égalité serait rétablie. On présume que, en faisant certaines libéralités, de son vivant, il a simplement voulu faire une avance sur sa succession future. Le rapport ne s'applique d'ailleurs pas à la donation pure et simple qui a été inspirée uniquement par une idée de libéralité au profit de l'un des descendants. Il s'applique à la constitution de dot, ainsi qu'à la donation "propter nuptias", concédée lors du mariage d'un fils de famille. Enfin, on l'applique également aux donations qui sont faites en vue de l'achat d'un office à la Cour Impériale par un fils de famille.

Donc, ce rapport s'applique à des libéralités faites dans un but précis (mariage , achat d'un office à la Cour) et non pas aux donations pures et simples.

Chapitre V.

LES MOYENS DE PROTECTION ET D'ATTAQUE MIS A LA DISPOSITION DE L'HERITIER.

Nous serons extrêmement brefs car cette question dépend essentiellement de la procédure et d'autre part, si nous n'étions pas très brefs, nous devrions consacrer à cette étude un long développement.

Existence, au profit de l'héritier, à côté des actions qui lui appartiennent, du chef du défunt d'une action réelle

I°- L'héritier civil.

Dès l'instant où l'héritier civil a acquis, de plein droit, la succession ou bien a fait valablement adition d'hérédité, il se trouve dans la situation juridique du défunt. Par suite, il peut revendiquer isolément chaque bien corporel du défunt, intenter les actions qu'avait celui-ci contre ses débiteurs, être poursuivi, comme l'aurait été le défunt, par les créanciers de celui-ci.

Mais, à côté de ces actions qui ne sont que la

Source : BIU Cujas

générale, la petitio hereditatis fondée sur son titre d'héritier.

continuation des actions qui appartenaient au de cujus, l'héritier a une action indépendante, une action qui n'appartenait pas à celui auquel il succède, la "petitio hereditatis", l'action en réclamation de succession, action qui est fondée sur la qualité d'héritier.

Cette action peut être intentée en droit classique contre quiconque possède, soit en se prétendant héritier, soit sans invoquer un titre de possession spécial, des biens héréditaires. Et même, on a fini par admettre qu'on pourrait l'intenter contre un débiteur de la succession, mais seulement au cas où ce débiteur de la succession se prétendrait lui-même héritier, dirait : "je ne veux pas vous payer la dette car, en réalité, c'est moi qui suis l'héritier".

Ainsi, la pétition d'hérédité, dans des cas assez fréquents, n'aura pour conséquence que la restitution d'un bien de la succession, ou le paiement d'une dette par un individu qui avait contesté la qualité d'héritier de la personne envisagée ou qui avait défendu à la pétition d'hérédité.

Mais, d'autre part, cette action peut avoir un beaucoup plus grand domaine que l'action en revendication habituelle qui ne permet de réclamer qu'une chose déterminée. Il arrivera que la pétition d'hérédité sera intentée contre une personne qui possède l'ensemble des biens de la succession ou tout au moins une grande partie d'entre eux. Alors, l'héritier aura beaucoup plus d'avantages à intenter la pétition d'hérédité où il invoque son titre d'héritier pour obtenir la restitution de la succession que d'intenter une infinité d'actions particulières pour récupérer soit les créances, soit certains biens matériels. C'est ce qui explique pourquoi Justinien déclarait que, tandis que l'action en revendication est une action réelle, spéciale, qui ne permet d'obtenir qu'un bien déterminé, la pétition d'hérédité est une action réelle, générale, ou une action réelle portant sur l'universitas, par laquelle on peut éventuellement obtenir l'ensemble de la succession laissée par le défunt.

Les effets de la pétition d'hérédité. Le S.C. Juventien. Caractère limité de sa portée primitive et son extension ultérieure.

Nous n'étudierons pas ici la procédure de cette action et nous dirons simplement quelques mots des effets du triomphe du demandeur à la pétition d'hérédité.

Sur ce point, on trouve la contradiction la plus complète dans les manuels.

La question a été, en effet, complètement renouvelée par des études toutes récentes, ce qui fait qu'une partie des auteurs a gardé l'opinion traditionnelle, qu'une autre partie, au contraire s'est ralliée

Source : BIU Cujas

aux systèmes les plus récents. Mais toutes les difficultés ne sont pas encore résolues. Il y a encore doute sur la question, car, quand il y a des idées nouvelles qui sont en conflit avec les idées traditionnelles, il faut un certain temps de réflexion avant qu'un nouvel examen des textes permette de savoir qui a raison. C'est là une raison pour être très bref et pour n'indiquer que l'essentiel.

Jusqu'à ces dernières années, on attribuait un rôle capital dans le droit de la pétition d'hérédité au sénatus-consulte Juventien qui, comme son nom l'indique, fut voté à l'instigation d'un jurisconsulte éminent, Juventius Celsus, en l'année 129 après J.C. . Les auteurs disaient qu'avant ce sénatus-consulte on traitait de la même manière le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi, c'est-à-dire indifféremment celui qui possédait les biens de la succession, croyant être héritier et celui qui les possédait malhonnêtement sachant très bien qu'il aurait à les restituer un jour à l'héritier, à moins de les avoir acquis, dans l'intervalle, par usucapio pro herede. On disait que ce sénatus-consulte Juventien avait été appliqué immédiatement à toutes les successions et l'on aurait fait dans tous les cas la distinction fondamentale entre les possesseurs de bonne foi et les possesseurs de mauvaise foi. On aurait décidé que désormais le possesseur de mauvaise foi continuerait à être intégralement responsable vis à vis de l'héritier, tandis qu'au contraire le possesseur de bonne foi serait simplement tenu, dans les limites de son enrichissement, et n'aurait pas à rendre compte des biens perdus ou gaspillés. Les études les plus récentes ont montré qu'en réalité ce sénatus-consulte Juventien n'avait, à l'origine, qu'une portée très minime, qu'il ne s'appliquait qu'aux rapports entre le fisc et le possesseur de la succession, qu'il n'avait été édicté que pour le cas où c'était le trésor public qui revendiquait les biens vacants d'une succession à défaut d'héritier. Par conséquent, c'était en vue de favoriser le possesseur de bonne foi à qui le fisc réclamait une succession vacante que le S.C. avait été rendu. On a alors essayé de déterminer quelle était la date à laquelle le sénatus-consulte Juventien avait été généralisé et peu à peu, en reculant toujours cette date, on en est arrivé à admettre que c'était seulement Justinien qui avait opéré la généralisation

Nous ne nous attarderons donc pas à l'étude détaillée du sénatus-consulte Juventien et des transformations de la pétition d'hérédité, puisqu'il s'agit

Source : BIU Cujas

là d'une matière dont la nouvelle présentation par les auteurs modernes est encore toute récente et soulève encore des discussions.

La distinction dans le droit de Justinien entre le possesseur de bonne foi de l'hérédité et le possesseur de mauvaise foi.

Le seul point qui est établi, c'est que, dans le droit de Justinien on fait une distinction fondamentale entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. Le possesseur de mauvaise foi savait qu'il possédait malhonnêtement les biens de la succession, il est responsable de tous les malheurs qui leur arrivent. Le possesseur de bonne foi, au contraire, croyait que c'était lui l'héritier, par conséquent, il est excusable d'avoir agi vis-à-vis des biens de la succession comme si ç'avait été ses propres biens, de les avoir vendus un peu à la légère, de les avoir quelque peu gaspillés et par suite on ne tiendra compte, dans les condamnations prononcées contre lui, que du bénéfice qu'il a tiré des biens successoraux, de l'enrichissement que ceux-ci lui avaient procuré.

2°- L'héritier prétorien.

L'interdit quorum bonorum et les actions fictices du bonorum possessor.

Le bonorum possessor, en droit prétorien, avait pour se faire mettre en possession des biens corporels de la succession un interdit : l'interdit quorum bonorum, interdit qu'on range parmi les interdits qui sont destinés à faire acquérir la possession; cet interdit est délivré contre celui qui possède à titre d'héritier, ou, sans titre spécial, (pro possessore). D'autre part, le préteur délivre au successeur prétorien des actions qui sont calquées sur les actions accordées à l'héritier civil. C'est ce que l'on appelle des actions fictices, puisque ce ne sont pas des actions véritables mais des actions calquées sur elles par le préteur qui y introduit la fiction que le successeur prétorien est un véritable héritier.

Attribution au bonorum possessor dans le droit de Justinien d'une petitio hereditatis possessoria.

Dans le droit de Justinien, on a d'ailleurs rapproché le successeur prétorien de l'héritier civil en lui accordant, à lui aussi, une action générale ressemblant singulièrement à la pétition d'hérédité. C'est ce que l'on appelle la pétition d'hérédité possessoire, la possessoria hereditatis petitio qui, en fait, aboutit au même résultat pratique que la pétition d'hérédité ordinaire .

De même , Justinien accorde à celui qui a acheté une succession, une pétition d'hérédité à titre utile.

Ainsi donc, dans le droit de Justinien, le successeur prétorien et l'acheteur d'une succession sont protégés, en fait, de la même manière que l'héritier civil.

Source : BIU Cujas

Titre II.

LA SUCCESSION A TITRE PARTICULIER: LEGS, FIDEICOMMIS, DONATION POUR CAUSE DE MORT.

Nous avons répété, à maintes reprises, que tout testament devait nécessairement comporter une institution d'héritier et que la validité des dispositions à titre particulier était subordonnée à la validité de l'institution d'héritier. Mais, ceci ne nous empêche pas d'étudier ces dispositions à titre particulier et de voir également dans quelle mesure on s'est départi du principe primitif; on a admis des dispositions à titre particulier sans qu'il y ait institution d'héritier.

Legs et fidéicommis.

On rencontre tout d'abord une institution importante appelée le legs, legatum, disposition à titre particulier qui remonte à l'ancien droit romain et doit, en principe, être renfermée dans un testament valable; puis, depuis le règne d'Auguste, on a reconnu la valeur juridique de certaines dispositions non formaliste appelées les fidéicommis (fideicommissa) qui à la différence des legs, peuvent être mises à la charge non seulement d'un héritier institué, mais de quiconque recueille une libéralité dans la succession du de cujus.

Legs partiaire et fidéicommis d'hérédité.

De plus, on a admis, en droit romain, le legs partiaire et le fidéicommis d'hérédité qui aboutit pratiquement à un résultat voisin de celui de l'institution d'héritier.

Donation à cause de mort.

Enfin, pour être complet, nous dirons quelques mots, en terminant des donations mortis causa, des donations pour cause de mort.

Source : BIU Cujas

Section I.

Conditions d'existence des legs et des fidéicommis.

§ I - Le legs.

Pour qu'un legs produise un effet juridique convenable, il doit avoir été fait valablement et n'avoir pas été atteint ultérieurement d'une cause de nullité.

I°- La validité initiale du legs.

Insertion du legs dans un testament valable et plus tard dans un codicille confirmé.

On exige, d'une part, des conditions de pure forme qui ont été, peu à peu, en s'atténuant et, d'autre part, des conditions de fond.

Tout d'abord, le legs remontant à l'ancien droit romain est régi, pendant des siècles, par un rigoureux formalisme. Le legs primitivement ne pouvait être contenu que dans un testament valable où il devait prendre place à la suite de l'institution d'héritier. C'est seulement au cours de l'Empire que l'on se départit de cette rigueur et que l'on admit le legs fait dans un codicille, c'est-à-dire dans un acte indépendant du testament, pourvu que ce codicille soit confirmé dans un testament antérieur ou ultérieur.

A) Le formalisme du legs et sa décadence.

De plus, à peine de nullité, le legs devait être fait en termes sacramentels. Et les auteurs ont insisté, depuis longtemps, sur la lutte qui se manifeste ici, comme dans tout le droit romain, entre le formalisme et la volonté, le formalisme régnant dans l'ancien droit romain et la volonté du testateur l'emportant, peu à peu, avec la décadence du formalisme.

Les jurisconsultes distinguaient suivant la formule employée, 4 types de legs:

Les 4 types de legs.

I- L. per vindicationem.

Le premier, c'est le legs per vindicationem, le legs par revendication qui est désigné de cette manière du fait que le droit au legs est sanctionné par une action en revendication. Par un tel legs, le testateur confère directement la propriété d'une chose qui lui appartient ou un droit réel d'usufruit ou de servitude.

2- L. per damnationem.

Le second type de legs, c'est le legs per damnationem qui tient son nom du fait que la formule prononcée par le testateur renferme les mots "damnas esto". Ce legs s'adresse directement à l'héritier, impose une obligation à l'héritier, ce n'est plus le légataire qui devient directement propriétaire ou ti-

Source : BIU Cujas

tulaire d'un droit réel, c'est l'héritier qui, par cette formule, est soumis à l'obligation d'exécuter une prestation au profit du légataire. Ainsi donc, pour l'exécution du legs, on passe nécessairement par l'intermédiaire de l'héritier, et c'est pourquoi ce legs est sanctionné par une action personnelle, sanctionnant un droit de créance contre l'héritier.

3. L per sinendi modo.

Le troisième type de legs admis par la suite est le legs sinendi modo. Cela signifie legs consistant simplement à laisser faire. Ici, on n'impose plus à proprement parler une obligation positive à l'héritier, on lui dit simplement de laisser le légataire prendre un bien dans la succession ou dans le propre patrimoine de l'héritier. Par suite, l'héritier n'est pas tenu d'accomplir une prestation positive, mais il ne doit pas s'opposer à l'exercice du droit du légataire.

4. L per praeceptionem d'abord au profit d'un des cohéritiers puis d'un légataire quelconque.

Enfin, le quatrième type est le legs per praeceptionem, c'est-à-dire par choix antérieur au partage. Pour employer l'expression moderne, c'était un legs par préciput et hors part. Primitivement, en effet, ce legs se rencontrait quand le testateur avait voulu réserver une chose de la succession à l'un de ses héritiers. Par exemple, il y avait dans la succession une esclave pour laquelle le testateur avait une particulière affection, il se disait qu'elle serait beaucoup mieux traitée par l'un des héritiers que par les autres, tout en instituant, sur un pied d'égalité d'une manière générale, ses héritiers, il voulait réserver l'esclave en question à Titius. Il lui donnait par suite, dans son testament, le choix antérieur au partage de prendre hors part l'esclave en question. Un tel legs, par conséquent, ne se conçoit que s'il y a plusieurs héritiers, un tel legs serait sans valeur s'il n'y avait qu'un seul héritier puisque, du fait que l'esclave en question n'aurait pas été légué à un autre légataire, elle serait revenue automatiquement à l'héritier unique. Mais, par la suite, les Proculiens ont fait admettre, à l'encontre de l' opinion des Sabiniens, qu'un legs per praeceptionem pourrait être fait au profit d'un légataire quelconque, qui aurait une action réelle comme sanction du legs. Ainsi donc, les Sabiniens, conformément à la tradition, limitaient ce legs au cas où il est fait au profit d'un héritier et où il y a plusieurs héritiers, tandis que les Proculiens déclarent que cela n'a pas d'importance si le testateur s'étant mal exprimé l'a fait au profit d'un légataire. Ainsi, avec les legs, nous retrouvons de multiples controverses entre Sabiniens et Proculiens.

Source : BIU Cujas

B- Conditions de fond. Capacité du testateur et du légataire. Choses pouvant être léguées; nécessité d'employer la forme appropriée à l'objet du legs.

Il ne suffit pas que l'on ait fait un legs en termes sacramentels. Le legs suppose en second lieu, pour sa validité, un certain nombre de conditions de fond.

Il faut que le testateur ait eu la testamenti factio avec le légataire; il faut donc qu'il y ait une capacité en la personne du testateur aussi bien qu'en la personne du légataire. Il faut, d'autre part, que le legs ait été mis à la charge d'un héritier et, par suite le droit du légataire dépend toujours de la situation de l'héritier qui en est grevé. Le legs pouvait bien avoir un objet quelconque, on pouvait léguer non seulement ce qui appartenait au testateur mais ce qui appartenait à l'héritier ou même ce qui appartenaît à une autre personne. Les testateurs ne se gênaient pas, semble-t-il, pour imposer à leurs héritiers des obligations quelquefois difficiles à remplir. Mais il fallait tout au moins, tant que régna le formalisme, que la forme du legs employé fut adaptée à l'objet du legs. C'est ainsi que, si on avait voulu faire acquérir immédiatement la propriété au légataire, il fallait employer le legs per vindicationem et réciproquement, si l'on avait employé le legs per vindicationem, celui-ci n'était valable qu'au cas où la chose était dans le patrimoine du testateur aussi bien au moment de la rédaction du testament qu'au moment du décès du testateur. Au contraire, si on avait employé la formule du legs per damnationem qui imposait une obligation à l'héritier, on était beaucoup plus large, on pouvait léguer, per damnationem, la chose d'autrui, un animal qui se trouvait en Afrique, tant pis pour l'héritier, c'était à lui de se débrouiller pour se procurer la chose ainsi léguée et s'il n'y arrivait pas on prononçait contre lui une condamnation pecuniaire.

Dans ce domaine du formalisme, il y a des principes qui ont une origine quelque peu obscure et d'autres principes destinés à atténuer la rigueur des premiers, dont la portée originaire est également quelque peu obscure et sur lesquels nous ne pouvons pas insister.

La règle catonienne, son caractère étroitement formaliste.

Dans les derniers siècles de la République, une règle avait été édictée dans un esprit formaliste étroit : c'est la regula catoniana, la règle catonienne.

Formulée par l'un des Catons, cette règle paraît se rattacher à de vieilles idées en vertu desquelles les dispositions pour cause de mort seraient destinées à produire leur effet immédiatement; la rédaction du testament et la mort du testateur devaient, pour ainsi dire, coïncider ou du moins, le legs conférait un droit immédiat au légataire et c'est au moment où l'on

Source : BIU Cujas « Les Cours de Droit » 3, Place de la Sorbonne, 3 Répétitions écrites et orales Reproduction interdite

faisait son testament que l'on devait rechercher toutes les conditions de validité des dispositions testamentaires. En effet, on décide que, du moment où un legs pur et simple n'aurait pas produit effet immédiatement, si le testateur était mort sur le champ, il ne pourrait pas produire d'effet ultérieurement à supposer même que ce soit un simple obstacle de fait qui ait empêché la réalisation du legs, quel que soit le moment du décès du testateur. C'est donc une règle imprégnée du plus étroit formalisme et qu'on s'efforce d'écarter quand il s'agit de legs conditionnels.

Le S.C. Néronien et l'atténuation du formalisme.

Par la suite, un sénatus-consulte Néronien vint atténuer le formalisme et adoucir les conséquences de cette régueur. Mais on ne sait pas exactement comment s'était exprimé le sénatus-consulte. Il semble que le but qu'il poursuivait, au milieu du Ier siècle après J.C., c'était de permettre au préteur de venir au secours du légataire quand le testateur avait utilisé une formule qui ne convenait pas à l'objet du legs. Il avait utilisé le legs per vindicationem pour une chose qui ne lui appartenait pas lors de la rédaction du testament, et, par suite, c'était sans valeur; s'il avait utilisé le legs per damnationem, le legs aurait été valable. Le sénatus-consulte disait au préteur de venir au secours du légataire et de lui donner une action comme si le testateur avait employé la formule adaptée au but poursuivi.

La disparition des formules rituelles au Bas-Empire.

Plus tard, au Bas-Empire, où l'on ne tient plus compte du formalisme, on considéra que, dans tous les cas, le legs aurait pleine valeur en droit civil, et qu'en droit civil celui que l'on avait ainsi gratifié en se trompant de formule serait traité exactement comme si on avait utilisé la formule correcte. D'ailleurs, il faut remarquer que, dès l'année 339 après J.C., une constitution impériale proclamait qu'il était désormais inutile de recourir à des formules rituelles en matière testamentaire, que l'on pourrait s'exprimer en termes quelconques, sans avoir besoin d'utiliser les formules traditionnelles.

2°- Les causes ultérieures de nullité ou de réduction du legs.

Causes d'invalidité pouvant atteindre un legs primitivement valable.

Il peut arriver qu'un legs qui répond, lors de la confection du testatement, à toutes les conditions de forme et de fond requises, se trouve, par la suite, invalidé.

Ceci peut tenir à de multiples causes. Ceci peut tenir à l'incapacité survenant après coup soit du testateur ou du légataire soit même de l'héritier institué, puisque le sort du légataire dépend non seulement de la persistance de la capacité du testateur,

Source : BIU Cujas

mais également de la capacité de l'héritier institué. Cela peut tenir également à la perte de la chose léguée, l'esclave légué est mort avant le testateur, le legs nécessairement tombe par là même. D'autre part, le legs peut-être simplement frappé de nullité partielle, s'il entame la part de la succession qui avait été réservée à l'héritier institué. :

La liberté absolue du testateur de léguer tous ses biens au détriment de l'héritier institué.

Primitivement, on ne s'était pas préoccupé de protéger l'héritier institué contre les dispositions à titre particulier abusives. Dans l'ancien droit romain, le testateur pouvait, tout en instituant Titius héritier, disposer de tous ses biens au profit de légataires ou affranchir tous ses esclaves. On disait alors qu'on n'avait laissé à l'héritier qu'un simple nom. Il avait le nom d'héritier, il était par suite tenu du culte des ancêtres, quand bien même on ne lui laissait que le nom d'héritier en le privant de tous les biens de la succession, celà ne l'empêchait pas d'être tenu de toutes les obligations qui reviennent à l'héritier. Mais, s'il s'agissait d'un héritier externe, il est facile de comprendre qu'il ne se souciait guère de devoir se contenter du nom d'héritier et qu'il jouait au testateur le mauvais tour de refuser la succession, purement et simplement. Comme toutes les dispositions à titre particulier dépendaient de l'acceptation de la succession, tout le testament s'effondrait d'un seul coup. C'était la succession ab intestat qui s'ouvrait et les héritiers ab intestat n'étaient, en aucune manière, tenus d'exécuter les legs. C'est sans doute le fait que fréquemment on vit ainsi des héritiers institués refuser la succession au préjudice des légataires qui explique qu'une série de lois fut votée à la fin de la République.

Limitations apportées à la fin de la République à la liberté de léguer. Loi Furia.

Mais le législateur romain ne fut pas toujours très heureux, il tâtonna et s'y reprit à trois reprises avant de trouver une solution satisfaisante.

Tout d'abord, on essaya de porter remède à cet abus par la loi Furia testamentaria: on l'appelle ainsi parce qu'il y a d'autres lois Furia portant sur d'autres sujets. On ignore sa date exacte, on peut simplement la fixer approximativement à l'an 200 avant J.C. Cette loi défendait de faire des libéralités pour cause de mort et plus particulièrement des legs, supérieurs à I.000 as. On se disait : "Comme cela, si la succession est importante, l'héritier aura toujours de quoi être satisfait". Mais, les praticiens et les testateurs ont tout de suite trouvé le moyen de tourner la loi, c'était de faire une infinité de petits legs qui finalement allaient encore couvrir la quasi-totalité de la succession.

Source : BIU Cujas

La loi Voconia.

On vota alors la loi Voconia, loi surtout connue pour les dispositions qu'elle contient sur l'incapacité pour les citoyens les plus riches d'instituer des femmes héritières, en l'an 169 avant J.C. Mais, cette loi renfermait également des dispositions limitant l'importance des legs, déclarant qu'on ne pourrait faire des legs supérieurs à la part que recueillerait l'héritier institué. Ici encore, il était tout à fait aisé de tourner la loi en donnant à l'héritier institué un part d'un millième de la succession, par exemple, et en faisant une infinité de legs portant chacun sur un millième de la succession. Cependant, pendant plus d'un siècle on se contenta de la loi Voconia.

La loi Falcidia et la quarte falcidienne.

C'est seulement en l'année 40 av. J.C. que l'on trouva enfin le système vraiment satisfaisant qui dura jusqu'à la fin du droit romain; c'est la loi Falcidia qui a institué, au profit de l'héritier institué, vis-à-vis des légataires, la quarte falcidienne. Désormais, c'est-vis-à-vis de tous les légataires et non pas vis-à-vis de chaque légataire pris individuellement , que l'héritier institué a droit à une quote-part de la succession. Désormais, quelle que soit l'importance des legs, l'héritier peut toujours conserver à son profit un quart de l'actif net de la succession. Si l'ensemble des dispositions à titre particulier empiète sur ce quart, il réduira proportionnellement les legs lorsqu'il devra les exécuter. Ainsi, désormais, on ne peut plus tourner les dispositions légales, on est toujours certain que l'héritier institué aura le quart de l'actif net de la succession et, par conséquent, aura intérêt à l'accepter et à exécuter les legs.

§ 2 - Les fidéicommis.

Le fidéicommis réaction contre le formalisme des legs, les incapacités de recevoir. Absence de valeur juridique du fidéicommis à la fin de la République.

Indiquons, dès maintenant, - car c'est une terminologie que l'on ne rencontre pas dans la vie courante - que l'on appelle fiduciaire (fiduciarius) celui qui est grevé d'un fidéicommis et que l'on appelle fidéicommissaire (fideicommissarius) celui qui bénéficie d'un fidéicommis. Le fidéicommis est, par ses origines, tout l'opposé du legs. C'est même une réaction contre le formalisme du legs et contre les incapacités de recueillir une disposition pour cause de mort. Ces fidéicommis d'ailleurs, primitivement, étaient dénués de toute valeur juridique. Fidei committere, c'est s'en remettre à la fois d'une personne, c'est une question de confiance, ce n'est pas, à proprement parler, une

Source : BIU Cujas

question de droit. Aussi, les fidéicommis, au lieu d'être conçus en termes solennels, étaient conçus sous forme de prière (precativis verbis); on priait une personne qui recueillait un bien quelconque de la succession, à quelque titre que ce soit, de transmettre le bénéfice d'une disposition à une autre personne. Sous la République, par conséquent, l'exécution d'un fidéicommis dépendait uniquement de l'honnêteté du fiduciaire. Cependant, on a fait remarquer qu'il était parfois dangereux de trahir la confiance du défunt, car il y a toujours les censeurs qui sont là pour noter d'infamie, pour infliger un blâme à ceux qui manquent aux usages des honnêtes gens, qui se conduisent d'une manière malhonnête.

La reconnaissance de la validité des fidéicommis et leur réglementation à partir d'Auguste.

C'est avec Auguste que les fideicommis, allaient entrer dans la sphère du droit. Mais en même temps, ils allaient cesser de revêtir le caractère libre qu'ils avaient auparavant. Le fidéicommis pouvait être fait au profit de n'importe qui, même d'incapables. Les fidéicommis étaient une institution extra-juridique, qui remédiait, d'une manière parfaite, à la rigueur du droit. Au contraire, au cours du Haut-Empire, sans être soumis au formalisme du legs, le fidéicommis sera étroitement réglementé : il y aura des incapacités en matière de fidéicommis, comme en matière de legs.

Ainsi , c'est l'empereur Auguste qui, au début du Haut-Empire, a décidé que désormais celui qui avait bénéficié d'un fidéicommis pourrait se présenter devant le magistrat et exiger son exécution. Par la suite, des sénatus-consultes, des dispositions impériales, allaient réglementer les fidéicommis en décidant en particulier, que désormais les pérégrins seraient incapables de recueillir des fidéicommis. On étendait beaucoup d'incapacités du légataire aux fidéicommissaires. Cependant, les Latins Juniens échappèrent à ces incapacités, les Latins-Juniens ne peuvent pas recueillir un legs, ils peuvent recueillir un fidéicommis.

La protection de l'héritier contre les fidéicommis, la quarte pégasienne.

Du moment que l'on permettait ainsi aux fidéicommissaires d'exiger l'exécution du fidéicommis, il était tout naturel de protéger l'héritier contre l'abus des fidéicommis, comme on l'avait protégé contre l'abus des legs. C'est pourquoi le sénatus-consulte Pegasien décida que vis-à-vis du fidéicommis, on pourrait également retenir le quart de l'actif net de la succession. Comme ce quart a été institué par le sénatus-consulte Pégasien, on l'appelle la quarte pégasienne.

Conditions de forme du fidéi-

Au cours du Bas-Empire, les fidéicommis, dans un but de publicité, furent soumis à certaines exigen-

Source : BIU Cujas

commis au Bas-Empire.

ces : on requit désormais, pour la validité du fidéicommis, qu'il ait été fait en présence de cinq témoins. Désormais, il n'y avait plus, en réalité, de grandes différences, entre le legs et le fidéicommis. Dans la matière du legs, le formalisme s'était progressivement atténué, dans la matière du fidéicommis, une réglementation progressive avait rapproché les conditions de fond du fidéicommis de celle du legs.

Fusion des legs et des fidéicommis par Justinien.

C'est ce qui explique pourquoi Justinien devait opérer officiellement la fusion de la matière du legs et de celle du fidéicommis. Dans le droit de Justinien, tout ce qui est dit dit du legs s'applique au fidéicommis, tout ce qui est dit du fidéicommis s'applique au legs. On emprunte à chaque matière les règles qui paraissent les plus équitables, les plus conformes à l'intérêt du bénéficiaire. Désormais, que l'on ait parlé de legs ou de fidéicommis, la disposition pour cause de mort peut être mise aussi bien à la charge d'un héritier ab intestat que d'un héritier institué, et même un légataire peut être grevé à son tour d'un fidéicommis. Mais, de toute manière, il faut que le legs ou le fidéicommis soit fait, soit dans le testament, soit dans un codicille, c'est-à-dire dans un acte indépendant du testament, fait oralement ou par écrit devant 5 témoins.

Ainsi donc, dans le droit de Justinien, toute disposition pour cause de mort à titre particulier est valable pourvu qu'elle ait été faite oralement ou par écrit, devant 5 témoins.

Section II.

Les effets du legs et du fidéicommis.

La distinction du dies cedens et du dies veniens. Son intérêt au point de vue de la transmissibilité du legs aux héritiers du légataire.

On distingue pour l'acquisition des dispositions pour cause de mort à titre particulier deux moments bien distincts, deux moments séparés par un intervalle de temps plus ou moins long, le dies cedens et le dies veniens.

Ceci peut paraître étrange, mais se justifie par l'intérêt du légataire. C'est pour protéger le légataire contre certains dangers que l'on a imaginé, en matière de legs, à côté du dies veniens, le dies cedens.

Le dies cedens, c'est le jour qui approche. Le légataire voit approcher le jour où il va pouvoir bénéficier du legs, et, comme il a l'espoir d'avoir ce legs, on va le protéger pour que son espoir ne

Source : BIU Cujas

soit pas déçu, par certaines circonstances.

Le dies veniens, c'est, au contraire, le jour qui arrive, le jour où le légataire va voir son espoir se réaliser et va pouvoir, s'il le désire, entrer en possession du legs. Si l'on a inventé la théorie du dies cedens, c'est parce que le droit du légataire, jusqu'à l'acquisition définitive de la succession par l'héritier, était extrêmement fragile, n'importe quel évènement pouvait le détruire complètement. On a voulu, en particulier, empêcher la caducité du legs qui serait tombé, du fait que le légataire était mort avant l'adition d'hérédité.

Voici l'hypothèse : l'héritier sait que le légataire n'est pas en très bonne santé, il se dit qu'il va peut-être mourir dans l'année: "Nous avons tout le temps, nous sommes encore jeunes, nous allons tranquillement attendre que le légataire soit mort avant d'accepter la succession. Le legs tombera et nous recueillerons alors la succession, sans avoir besoin d'exécuter le legs". C'est pourquoi, on a décidé qu'il y aurait désormais un jour où, bien que le legs ne soit pas encore acquis au légataire, on tiendrait compte de l'espoir qu'il a de le recueillir et on déciderait qu'il serait transmissible à l'héritier du légataire. C'est donc du jour du dies cedens que le legs est transmissible à l'héritier du légataire, si le légataire meurt dans l'intervalle.

Le moment du dies cedens varie suivant les cas. Normalement, s'il s'agit d'un legs pur et simple, il se confond avec le jour du décès du testateur ou, tant que furent appliquées les lois caducaires du début de l'Empire, il se place au jour de l'ouverture du testament, c'est-à-dire au jour où l'on se présente devant le personnage qui tient le bureau du cens pour l'ouverture du testament; c'est à partir de ce jour que le legs sera transmissible aux héritiers du légataire.

Mais, il y a, au contraire, des cas où la question est dépourvue d'intérêt, c'est le cas du legs conditionnel ; ce legs conditionnel n'a aucune existence avant l'arrivée de la condition. On ne conçoit pas que l'on puisse transmettre à ses héritiers un droit qui n'existe pas encore. Le legs lui-même n'existera que si la condition vient à se réaliser. Par suite, pour les legs faits sous condition suspensive, le dies cedens se place au jour de l'accomplissement de la condition.

Enfin, il y a une catégorie de legs pour lesquels la question de transmissibilité aux héritiers du légataire ne se pose même pas, ce sont les legs d'usufruit, puisque l'usufruit est un droit viager qui s'é-

Source : BIU Cujas

teint nécessairement à la mort du bénéficiaire. Pour le legs d'usufruit, le dies cedens se confondra avec le dies veniens.

Acquisition du legs, au dies veniens.

Le dies veniens, c'est le jour qui est arrivé: le jour est arrivé où le légataire a acquis définitivement le droit au legs. C'est généralement le jour de l'acceptation de la succession par l'héritier institué, qu'il s'agisse d'un héritier ab intestat ou d'un héritier testamentaire. Mais ce peut être également, s'il s'agit d'un legs conditionnel ou à terme, le jour ultérieur de la réalisation de la condition ou de l'arrivée du terme. Désormais, le legs est acquis au légataire s'il en exprime le désir. Cela ne dépend plus que de lui et il n'a même plus besoin, à la différence de l'héritier externe, de manifester sa volonté, de faire un acte formel d'acceptation. Au contraire, il est toujours libre de répudier le legs s'il ne veut pas en bénéficier , et du jour de la répudiation, son droit au legs s'éteint définitivement.

Les actions en exécution des legs ou fidéicommis.

Ainsi donc, le légataire ou le fidéicommissaire, du jour où le droit à cette disposition lui est définitivement acquis, peut, sans acceptation préalable , agir en justice pour obtenir l'exécution de la disposition en question. Mais ici, il devra prendre garde d'utiliser le moyen d'action qui correspond à la disposition dont il bénéficie. S'il s'agit d'un legs per vindicationem ,il devra après le dies veniens intenter une action réelle contre l'héritier; le legs per vindicationem lui a conféré un droit réel opposable à tous et par suite il peut même, si la chose est passée entre d'autres mains que celles de l'héritier, intenter son action contre le possesseur actuel de l'objet légué. S'il s'agit au contraire d'un legs per damnationem qui ne lui confère qu'un droit de créance à l'égard de l'héritier,il devra se contenter d'une action personnelle qui ne pourra être exercée que contre l'héritier, c'est ce que l'on appelle l'actio ex testamento,l'action fondée sur le testament. C'est une action d'un type un peu particulier ; quand il s'agit d'un legs ayant un objet déterminé et si l'héritier conteste la légitimité de l'action, cet héritier se voit condamné au double de la valeur du legs, tandis qu'au contraire, si l'héritier , tout en ne délivrant pas le legs, reconnaît la légitimité de la prétention du légataire, il est simplement condamné au simple. C'est ce que l'on appelle en droit romain une "action qui croît au double adversus infitiantem" contre celui qui conteste la légitimité de l'action du demandeur.

Source : BIU Cujas

Il peut également s'agir d'un legs sinendi modo qui consiste, nous le savons, à laisser faire. C'est l'héritier qui doit laisser faire, et par suite, c'est également une action personnelle contre l'héritier qui sera délivrée.

Enfin, il peut s'agir d'un legs per praeceptionem, et nous retrouvons à ce propos la controverse entre Sabiniens et Proculiens, les premiers estimant que le legs per praeceptionem est destiné à avantager un héritier, estiment que c'est au moment du partage que l'héritier réclamera son legs à l'aide de l'actio familiae erciscundae. Les Proculiens au contraire, y voyant un legs qui peut être fait en faveur de n'importe qui, le sanctionnant par l'action réelle contre tout possesseur, Quant au fidéi-commissaire, il ne peut être question , en aucun cas, en droit classique, de lui conférer un droit réel, Dans tous les cas, il n'a à sa disposition qu'une action contre le fiduciaire, contre la personne qui a été grevée du legs. C'est ce que l'on appelle l'action en exécution du fidéicommis, qui doit être intentée selon les règles de la procédure extraordinaire.

La fusion des règles relatives aux legs et aux fidéicommis dans le droit de Justinien. Les différentes actions données au gratifié .

Nous en arrivons ainsi au droit de Justinien, Dans ce droit, on s'est efforcé de fusionner le plus possible toutes les règles des différents legs, et en outre, les règles du legs et celles du fidéicommis.

Aussi, tout d'abord, dans tous les cas, le bénéficiaire de la disposition pour cause de mort aura le droit d'exercer une action personnelle. Mais en outre, au cas où la chose serait dans le patrimoine de l'héritier, il pourra toujours exercer une action réelle. Donc, normalement, il aura le choix entre une action personnelle contre l'héritier et une action réelle contre tout détenteur de l'objet dont il bénéficie. Enfin Justinien lui accorde, pour garantir son droit au legs ou au fidéicommis, une hypothèque sur les biens de la succession. Le légataire ou le fidéicommissaire est très bien protégé dans le droit de Justinien.

"Les Cours de Droit"
3, Place de la Sorbonne, 3
Y
Répétitions Ecrites et Orales
Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Section III.

Le legs partiaire et le fidéicommis d'hérédité.

Libéralité portant sur la totalité ou une quote-part de la succession. Maintien sur la tête de l'héritier de la qualité de continuateur du défunt.

Il s'agit du cas où la disposition pour cause de mort, au lieu d'avoir pour objet une chose déterminée, un esclave, un troupeau, a au contraire pour objet une fraction de la succession, et même, éventuellement, s'il s'agit d'un fidéicommis, la succession tout entière. Ainsi, en fait, le légataire partiaire ou le fidéicommissaire va bénéficier d'une fraction de la succession ou même de la succession tout entière, et cependant les juristes déclareront formellement qu'il est simplement le bénéficiaire d'une disposition à titre particulier, car seul l'héritier est le successeur et le continuateur du défunt.

Inconvénients de cette solution. Les rapports entre l'héritier et le fidéicommissaire : les stipulations emptae et venditae hereditatis.

Le résultat, et en même temps le danger, de cette conception, c'est que le légataire ou le fiduciaire malgré l'importance de fait de sa situation, se trouve à la discrétion de l'héritier, puisque c'est ce dernier qui succède au défunt et qui doit lui délivrer son legs ou son fidéicommis. L'héritier peut, par sa volonté, à l'époque ancienne, faire tomber la disposition pour cause de mort. Il peut même, s'il est insolvable, par le concours de ses créanciers, empêcher en fait le fidéicommissaire, le légataire, d'en bénéficier.

C'est, d'autre part, un système extrêmement compliqué, car il faut régler les rapports entre ce fiduciaire et ce fidéicommissaire, bénéficiant d'un fidéicommis portant sur une quote-part, ou sur la totalité de la succession, et l'on fait intervenir, entre eux, des stipulations où les intéressés jouent le rôle d'acheteur et de vendeur. On place le fidéicommissaire dans la situation de celui qui aurait acheté tout ou partie d'une succession.

Tandis que le droit classique ne se préoccupait pas du légataire partiaire, il allait au contraire se préoccuper d'améliorer la situation du fidéicommissaire. Mais les sénatus-consultes qui devaient réglementer la question modifièrent la situation du fiduciaire à plusieurs reprises et établirent un régime d'une très grande complexité.

Le S.C. Trébel-

Le premier sénatus-consulte qui fut rendu sur

Source : BIU Cujas

lien. La convention de restitution entre l'héritier et le fidéicommissaire plaçant celui-ci dans la situation d'un héritier prétorien.

le fidéicommis d'hérédité est le sénatus consulte Trébellien, voté en l'an 56, sous Néron. Ce sénatus -consulte a pour but de mettre le fidéicommissaire à l'abri de l'insolvabilité du fiduciaire, en en faisant, en droit prétorien, une sorte d'héritier. C'est que nous sommes en l'an 56 après J.C., à une époque où le Sénat ne se préoccupe guère de faire du droit civil et se contente de charger le préteur d'appliquer ses dispositions. Le sénatus-consulte Trébellien décide que désormais on attribuera valeur juridique, en droit prétorien, à la simple convention de restitution du fidéicommis intervenue entre le fiduciaire et le fidéicommissaire.

Ainsi donc, sans formes, l'héritier et le fidéicommissaire conviennent que l'héritier abandonne le fidéicommis d'hérédité au fiduciaire. Cette convention a pour résultat immédiat, en droit prétorien, de mettre le fidéicommissaire dans la situation d'un héritier et par suite le préteur , grâce à son habileté procédurale, permet à tous points de vue au fidéicommissaire d'agir comme s'il était un héritier par une pétition d'hérédité fidéicommissaria de poursuivre les débiteurs de la succession, d'être poursuivi par les créanciers de la succession et de se mettre en possession de tous les biens de la succession.

Refus de la succession par l'héritier. Le S.C. Pégasien et la quarte pégasienne. Complication du système.

Mais le sénatus-consulte Trébellien n'avait pas tout prévu. Il prévoyait le cas d'insolvabilité de l'héritier et protégeait le fidéicommissaire contre cette insolvabilité, mais il ne prévoyait pas le cas où la personne grevée du fidéicommis refusait la succession. Or, par cette simple renonciation, il fait s'évanouir définitivement le droit du fidéicommissaire.

C'est à ce cas-là que s'attache plus particulièrement le sénatus-consulte Pégasien , qui fut voté sous Vespasien, par conséquent entre l'année 69 et 79 ap. J.C. Ce sénatus-consulte complique, semble-t-il, tout au moins pour nous autres modernes, la question. Tout d'abord, en vue d'ôter à l'héritier institué tout motif de répudier la succession, il institue à son profit la quarte pégasienne, une nouvelle quarte à ajouter à toutes celles dont nous avons déjà parlé. La quarte pégasienne va jouer, vis-à-vis des fidéicommis, le même rôle que la quarte falcidienne vis-à-vis du legs. Ainsi donc, l'héritier va pouvoir garder le quart de la succession à son profit et le bénéfice de cette quarte sera ensuite étendu à l'héritier ab intestat. On revient en arrière: en présence d'un fidéicommis universel d'hérédité, sur lequel l'héritier a prélevé sa quarte, c'est l'héritier qui

Source : BIU Cujas

va régler la succession vis-à-vis des tiers, qui va supporter lui-même toutes les charges héréditaires, et le fidéicommissaire en revient à la situation d'un légataire. Vis-à-vis d'un fidéicommis d'hérédité, sur lequel l'héritier a prélevé la quarte pégasienne, le fidéicommissaire est dans la situation d'un légataire, Par suite, il intervient entre l'héritier et lui des stipulations par lesquelles ils conviennent de mettre en commun, l'un pour les 3/4, l'autre pour le I/4, les bénéfices et les pertes résultant de la succession.

Ainsi donc, l'héritier est en quelque sorte l'agent d'affaire du fidéicommissaire. Il règle tout, mais pour les 3/4, le fidéicommissaire s'engage à participer aux frais moyennant la participation aux bénéfices de l'opération.

Il peut arriver d'autre part que les fidéicommis à titre universel portaient sur moins des 3/4 de la succession. L'héritier avait reçu dans le testament plus d'I/4 de la succession, les fidéicommis ne grevaient que moins des 3/4 de cette succession. En ce cas, on conserve purement et simplement le régime du sénatus-consulte Trébellien.

En troisième lieu, il peut arriver que l'héritier ne veuille pas se prévaloir de la quarte pégasienne, et tout en ayant accepté la succession, restitue purement et simplement l'ensemble de la succession au fidéicommissaire universel. En ce cas, on revient au régime antérieur au sénatus-consulte Trébellien et l'on fait intervenir, entre le fidéicommissaire et le fiduciaire, des stipulations analogues à celles utilisées en cas d'achat et de vente de la succession. Le fidéicommissaire est censé avoir acheté pour un sesterce l'ensemble de la succession à l'héritier.

Enfin, en quatrième lieu, il peut arriver que l'héritier se méfie de la succession et qu'il déclare qu'elle lui paraît suspecte et désavantageuse. Il ne veut pas s'y risquer. En ce cas, le fidéicommissaire peut aller trouver le magistrat et lui dire : je bénéficie d'un fidéicommis à titre universel et l'héritier ne veut pas entendre parler d'accepter la succession. En ce cas, le sénatus-consulte déclare que le prêteur peut imposer à l'héritier, au profit du fidéicommissaire, l'acceptation de la succession et sa restitution au véritable bénéficiaire; dans ce cas, on appliquera encore le régime du sénatus-consulte Trebéllien. Tout se passera comme si c'était le fidéicommissaire qui était héritier, en droit prétorien.

C'est là un régime assez compliqué. Dans la pre-

Source : BIU Cujas

mière hypothèse, le fidéicommissaire joue le rôle du légataire; dans la troisième, il joue le rôle d'acheteur, dans la seconde et dans la quatrième enfin, il joue le rôle d'héritier, mais seulement en droit prétorien et non pas en droit civil.

Simplification réalisée par Justinien. Maintien de la quarte pégasienne sous le nom de trébellienne. Assimilation du fidéicommissaire à un héritier.

C'était à Justinien qu'allait revenir l'honneur de simplifier la question et d'unifier le régime des fidéicommis universels ou à titre universel. Désormais Justinien déclare que dans tous les cas, l'héritier a droit à la quarte vis-à-vis du fidéicommissaire, mais on ne sait pas pourquoi Justinien éprouve le besoin d'appeler désormais la quarte pégasienne quarte trébellienne; nous avions une quarte pégasienne : on la maintient, mais on la baptise désormais quarte trébellienne.

D'autre part, il déclare que désormais il n'y a plus besoin de faire intervenir de convention spéciale entre le fiduciaire et le fidéicommissaire, que dans tous les cas, sans convention, le fidéicommissaire sera traité comme un héritier, sera dans la situation d'un héritier.

Ainsi donc, désormais, l'héritier a toujours droit au I/4 de la succession à moins qu'il ne veuille pas faire adition d'hérédité et le fidéicommissaire est de plein droit traité comme un héritier du défunt pour les 3/4 de la succession ou pour une fraction inférieure. Désormais, le fidéicommissaire universel a pratiquement tous les droits d'un héritier; il bénéficie d'une pétition d'hérédité, peut poursuivre, dans la limite de son droit, les débiteurs de la succession.

La seule différence sérieuse avec un héritier, c'est que le fidéicommissaire peut être institué dans un codicille, dans une disposition distincte du testament, tandis que l'héritier continue à ne pouvoir être institué que dans un testament.

Section IV.

Les donations pour cause de mort.

Ressemblance avec le legs et le fidéicommis.

On peut rapprocher du legs et du fidéicommis les donations mortis causa. En effet, après avoir été longtemps soumises aux règles des dispositions entre vifs (sauf à la loi Cincia) elles ont fini, dans le droit de Justinien, par être régies en principe par les mêmes règles de fond que le legs et le fidéicommis. C'est qu'en effet, la donation pour cau-

Source : BIU Cujas

se de mort, de même que le legs ou le fidéicommis, est une libéralité qui est destinée à produire des effets définitifs uniquement en cas de décès du donateur. L'histoire de la donation mortis causa est d'ailleurs assez complexe. Il s'agissait toujours d'une personne qui, comme celui qui faisait la mancipatio familiae, sentait que la mort était proche, qu'elle soit sur son lit de mort (croyant être dans sa dernière maladie), soit et cela arrivait bien souvent dans la Rome des derniers siècles de la République, qu'elle soit prête à partir en campagne et craigne de périr dans l'expédition militaire qu'on allait faire.

Réalisation de la donation mortis causa par une mancipatio avec pacte de fiducie.

D'autre part, de même que la mancipatio familiae, cette donation pour cause de mort se réalisait pratiquement par un acte entre vifs, par une mancipation. On utilisait la mancipation fiduciaire. Par voie de mancipation, le donateur transférait immédiatement au donataire le bénéfice de la libéralité, mais par un pacte de fiducie, il était convenu que le donataire retransférerait la propriété de la chose si le donateur guérissait ou s'il revenait indemne de l'expédition militaire.

Ainsi donc, la première forme de la donation pour cause de mort, c'est la forme des actes entre vifs dans lesquels l'effet de la donation est immédiat, quitte à revenir ultérieurement sur cet effet.

Sa réalisation au début de l'Empire par une donation sous condition suspensive.

Mais, au début de l'Empire, il arrive fréquemment que l'on adapte d'une manière plus correcte la forme utilisée au but poursuivi, et que l'on fasse une donation pour cause de mort sous condition suspensive. En ce cas, la donation ne produit effet au profit du donataire que si la condition se réalise, que si le donateur vient à mourir. C'est donc la mort du donateur qui valide définitivement la donation. Cependant, comme par le passé, il arrive encore que le donateur ait utilisé un procédé produisant un effet immédiat et en ce cas, la donation sera, comme par le passé, révoquée en cas de survie du donateur à l'évènement qu'il craint.

Le droit de révocation du donateur et sa sanction.

Les Sabiniens estiment que l'on doit protéger ce donateur au cas où le donataire manque à sa parole et ne restitue pas la chose. Ils lui accordent une action personnelle en restitution. Nous avons déjà signalé qu'en matière de donation le droit de Justinien admet le transfert temporaire de la propriété et la sanction par une action réelle du droit de révoquer une donation. C'est ce qui explique pourquoi, dans le droit de Justinien, même si la donation avait produit effet immédiat au profit du donataire, le donateur peut la révoquer et intenter une action réelle

Source : BIU Cujas

pour obtenir la restitution de la chose. A cette époque, c'est la tradition qui a remplacé la mancipation fiduciaire et qui, par suite, sert à réaliser la donation pour cause de mort. Désormais, il s'agit d'un contrat innomé, dont l'étude se rattache au programme de la deuxième année.

Conclusions sur le droit des successions.

Nous avons ainsi achevé l'étude de la troisième partie de notre cours consacrée aux successions pour cause de mort. C'est une matière très complexe et pleine d'embûches puisque le droit prétorien est venu instituer le système de la bonorum possessio qui trouble en quelque sorte le système du droit civil et entre parfois en conflit avec lui : puisque le régime des fidéicommis est venu encore compliquer le système du droit civil et le système du droit prétorien.

Nous avons vu toutefois que Justinien avait fait de louables efforts pour rétablir l'unité en cette matière et que dans l'ensemble, il avait réussi à rétablir un système unitaire des successions ab intestat. Mais le passé était si fort que parfois encore il s'exprime comme si, à côté des héritiers, il y avait des gens qui n'étaient pas vraiment héritiers, comme si la bonorum possessio, sur certains points, avait subsisté.

Nous remarquerons, d'autre part, qu'en matière de successions, le droit français moderne est encore bien éloigné du droit romain. En droit romain, c'était normalement le testament qui instituait l'héritier du paterfamilias, en droit français moderne au contraire, seule la loi peut instituer des héritiers. Il n'y a que des héritiers légitimes, des héritiers appartenant à la famille du défunt. Il n'y a plus d'autre part de fidéicommis et le testament ne peut renfermer que des dispositions portant le nom de legs. Ceci cependant est une différence peut-être plus apparente que réelle puisque, dans notre droit moderne, les légataires universels ou à titre universel sont tenus des dettes ultra vires au-delà de l'actif de la succession, comme l'était l'héritier en droit romain, ce qui fait que les légataires universels ou à titre universel de notre droit moderne ressemblent singulièrement aux héritiers testamentaires du droit romain.

Source : BIU Cujas

IV° Partie.

LA PROCEDURE.

La procédure au sens large et au sens étroit.

La quatrième partie du cours, qui sera la dernière, sera consacrée à la procédure.

On entend par procédure, au sens étroit du mot, l'ensemble des règles que le titulaire d'un droit doit suivre pour le faire valoir en justice.

S'il s'agit du titulaire d'un droit réel, il s'adressera à l'autorité judiciaire pour en obtenir le respect.

S'il s'agit du titulaire d'un droit de créance, il s'agira, pour réclamer l'exécution de son obligation et même anciennement il se fondera sur l'inexécution de l'obligation pour menacer la personne même de son débiteur, puisque les obligations ont d'abord été exécutées sur la personne du débiteur avant de l'être sur leurs biens.

Dans un sens large, au contraire, on englobe dans la procédure, l'étude de l'organisation judiciaire, mais cette question a été traitée déjà dans l'introduction du cours, nous ne reprendrons donc pas la question tout entière, nous réservant seulement de compléter sur certains points les explications données par M. Collinet.

On appelle parfois la procédure, au sens étroit du mot, le droit des actions, le jus actionum, et ceci parce que normalement, c'est l'action qui est la sanction du droit. L'action est le procédé normal, pour un plaideur, de faire valoir son droit en justice, et c'est seulement à l'époque où le préteur dirige librement la procédure qu'à côté de l'action, on voit apparaître d'autres moyens de protection, tels que les interdits.

L'action, les différents sens du mot au cours de l'histoire du droit romain.

Mais le mot action lui-même n'a pas un sens permanent en droit romain, et suivant le système de procédure en usage, on voit changer la signification même du mot action. Primitivement , l'action, c'est vraiment l'action au sens que l'on donne à ce mot dans le langage courant quand on parle d'un homme d'action.

Source : BIU Cujas

L'action, c'est l'activité juridique d'une personne; la legis actio , la procédure archaïque des Romains, c'est l'activité juridique dirigée par la loi, conforme à la loi, et c'est ce qui explique pourquoi, sous le système des actions de la loi, l'actio n'est pas le cours tout entier de la procédure, mais cet ensemble de gestes solennels, de paroles rituelles, que les plaideurs sont tenus de faire devant le magistrat avant que leur procès soit jugé par un juge qui arbitrera leur litige.

Si, au contraire, nous nous plaçons en droit romain classique à l'époque du système de procédure formulaire, l'actio, c'est le moyen de procédure qui correspond exactement au droit invoqué par le demandeur. Il y a autant d'actions qu'il y a de moyens de procédure mis à la disposition des plaideurs, qu'il y a de formules d'action proposées par l'édit du préteur ou délivrées par le magistrat à la demande des parties. C'est ainsi que l'on dit qu'une personne a une action en revendication lorsqu'elle a une formule lui permettant de faire sanctionner un droit de propriété.

Il y a donc, en droit romain classique, un très grand nombre d'actions.

Si nous en arrivons au droit de Justinien, nous commençons à entrevoir l'idée moderne, l'idée que l'action, c'est simplement la faculté, d'une manière générale, de faire valoir son droit en justice, que l'action n'est autre chose que le droit mis en mouvement. C'est pourquoi, de nos jours, on peut se contenter d'étudier la procédure civile en troisième année; il suffit d'étudier les droits civils pour savoir les cas dans lesquels on pourra agir en justice. Il y a l'étude du droit et il y a d'autre part l'étude de la procédure qui sanctionne le droit.

Les Institutes de Justinien commencent déjà à avoir une idée de ce genre, à déclarer que l'action permet de poursuivre en justice la réalisation du droit. Mais malgré tout, ce n'est pas encore exactement l'idée moderne, car de nos jours, le domaine du droit, peut-on dire, est illimité. Non seulement on a un droit toutes les fois où l'on se trouve dans une situation juridique réglementée par la loi, mais un droit inconnu jusque-là peut naître de la volonté licite exprimée par deux individus. De nos jours, un juge ne peut pas se refuser à connaître de la prétention d'un plaideur sous prétexte qu'il n'y a pas un article du Code civil qui corresponde exactement à la situation invoquée. Au contraire, à Rome, même sous Justinien, le domaine du droit est toujours limité. On ne peut pas invoquer devant les tribunaux

La liaison intime du droit et de la procédure à Rome.

Source : BIU Cujas

des droits qui ne seraient pas reconnus. Il n'y a d'action en justice que dans le mesure où l'on se trou en présence de situations qui sont sanctionnées par les organes créateurs du droit. Ainsi la procédure, le droit des actions, est lié beaucoup plus intimement qu'en droit moderne à l'étude individuelle des différents droits. Mais ce n'est pas là le seul intérêt de l'étude de la procédure.

Importance de la procédure dans la transformation du D.R.

Il ne faut jamais oublier le rôle essentiel joué dans les transformations du droit romain par les magistrats et il ne faut jamais oublier non plus que le magistrat romain n'avait pas le pouvoir de créer du droit nouveau. Il n'avait que le pouvoir de créer des moyens de procédure nouveaux. Ce qui fait que pendant toute une période du droit romain, on peut dire que la sanction précède le droit, que l'on crée des moyens de procédure nouveaux et que ce n'est que par la suite que l'on déduit de l'existence de ces sanctions nouvelles à l'existence de droits nouveaux. Du moment où l'action précède le droit, on comprend l'intérêt et l'importance de la connaissance de la procédure, même pour comprendre la formation du droit romain lui-même. C'est ainsi, pour prendre un exemple dans notre cours de cette année, que nous avons parlé de l'action publicienne. Le préteur n'avait jamais dit dans son édit : Je considère désormais celui qui a reçu tradition d'une res mancipi comme un propriétaire prétorien, le préteur avait simplement dit dans son édit : Si quelqu'un a reçu tradition d'une chose en vertu d'une juste cause, je lui délivrerai une action en justice comme si les délais requis pour l'usucapion étaient achevés. Le préteur, par conséquent, avait créé une action nouvelle, une action fictice, l'action publicienne, et c'est seulement après avoir médité sur ce fait que les jurisconsultes en ont conclu qu'au fond il y avait des personnes qui, tout en n'étant pas propriétaires, étaient dans une situation identique et les auteurs modernes déclarent qu'en réalité cette personne protégée par l'action publicienne est un propriétaire prétorien, un véritable propriétaire.

L'intérêt de la procédure est donc plus grand, peut-on dire, en droit romain qu'en droit moderne, et d'autre part, l'étude de la procédure romaine est liée intimement à l'étude même du droit.

L'histoire de la procédure civile à Rome est généralement divisée en trois périodes, en trois phases : les actions de la loi, la procédure formulaire et la procédure extraordinaire. Mais ce serait mal connaître les Romains que de croire qu'ils aient é-

Source : BIU Cujas

tabli une ligne de séparation complète entre ces trois systèmes, que ces trois systèmes aient successivement apparu au moment où le précédent disparaissait. Il y a eu certains moments où les trois systèmes de procédure ont été simultanément en vigueur et d'autre part, il ne faut jamais négliger le fait que les deux premiers systèmes de procédure sont régis par opposition au troisième , par un ensemble de règles qui sont fondamentalement les mêmes.

Aussi nous étudierons, dans un titre premier, la procédure ordinaire, réservant pour un titre deuxième , la procédure extraordinaire, qui a ceci de particulier qu'elle n'est pas soumise aux règles qui régissent la procédure ordinaire.

Titre I.

LA PROCEDURE ORDINAIRE.

Chapitre I

LE FONCTIONNEMENT DE LA JUSTICE ET L'ORGANISATION JUDICIAIRE.

L'ordo judiciorum privatorum.

L'ensemble des règles qui gouvernent la procédure sous les actions de la loi et la procédure formulaire porte le nom d'ordo judiciorum privatorum. ordre selon lequel se déroulent les instances de droit privé. (La langue française nécessite un développement plus long que la langue latine).

On oppose cet ordo d'une part à la cognitio extraordinem dans laquelle le fonctionnaire impérial examine le litige sans se soucier des règles ordinaires , et d'autre part, si l'on fait du droit criminel, à l'ordo judiciorum publicorum, à la manière dont se déroulent les procès de droit public, c'est-à-dire les procès criminels.

La caractéristique de l'ordo. Division de l'instance

Ce qui caractérise avant tout l'ordre traditionnel, c'est la division de l'ordo en deux phases : le jus, ou procédure devant le magistrat, et le judicium, ou procédure apud judicem, devant le juge. La date exacte de cette distinction est discutée et ceci n'est

Source : BIU Cujas

en 2 phases, jus et judicium.

pas pour nous surprendre; dès que nous arrivons à l'époque où les textes se font rares, immédiatement les hypothèses des auteurs modernes se multiplient. Selon certains auteurs, cette distinction existait déjà à l'époque royale, n'était que la survivance de l'époque primitive où la justice était encore privée, où les conflits étaient tranchés par des arbitres. L'autorité royale serait intervenue dans le règlement des procès et aurait exigé de contrôler les prétentions des plaideurs avant que l'affaire fût renvoyée à un juge, simple particulier examinant la question de fait. Au contraire, un grand nombre d'auteurs manifestent leur préférence pour le pouvoir tout-puissant du roi et déclarent qu'à l'époque royale, tout au moins sous les rois étrusques, c'était le roi lui-même qui tranchait les litiges.

Telle qu'elle nous apparaît, la division de l'instance en deux phases ne daterait donc que de la République; on y voit une réaction démocratique contre l'autorité du roi, plus exactement devrait-on dire, une réaction aristocratique, et on y voit, dans une certaine mesure parfois, un retour partiel à une tradition très ancienne, qui se serait perdue dans l'intervalle remontant à l'époque de la justice arbitrale.

Nous ne sommes pas du tout convaincu par ces différentes hypothèses, car elles supposent démontrer que toutes les actions de la loi ont la même origine, le même fondement juridique et historique. Or nous verrons, en étudiant les divers modes d'agir en justice, qu'ils sont séparés par des idées très différentes : la procédure par le sacramentum est fondée sur une idée religieuse et par suite, il n'y a aucune difficulté à admettre que ce soient, non pas des particuliers, mais les chefs de la religion qui aient primitivement tranché le litige.

Au contraire, la judicis postulatio, la demande d'un juge ou d'un arbitre, par sa définition même, par sa nature même, suppose la division de l'instance en deux phases, suppose l'arbitrage d'un individu investi de sa mission par le magistrat, aussi ne voyons-nous pas pourquoi la judicis postulatio, à un moment quelconque, aurait été directement tranchée par le magistrat ou le roi.

Quoiqu'il en soit, il est certain que sous la République, quelle que soit l'action de la loi utilisée, le magistrat renvoyait toujours le particulier se faire juger par un juge, simple particulier.

Source : BIU Cujas

a) Les magistrats.

Le roi et les pontifes.

Primitivement, ce fut le roi qui, avec le concours des pontifes, rendit la justice. Puis, avec l'institution de la République, le pouvoir de présider à la justice passa vraisemblablement à des personnages qui sont appelés d'abord praetores ou consules.

Les consuls - les praetores.

Mais à la suite d'une réforme fondamentale de l'année 367, l'organisation des procès fut confiée en règle générale au collègue mineur des magistrats suprêmes, au préteur urbain qui seul conserva le nom de préteur, tandis que les anciens préteurs étaient définitivement appelés consuls. Les consuls d'ailleurs gardèrent la juridiction gracieuse et c'est pourquoi il est difficile de se rallier à l'opinion de M. Pais, l'éminent historien italien qui prétend que ce sont les pontifes qui auraient rendu la justice dans l'intervalle entre l'avènement de la République et l'institution du préteur urbain, en 367 av. J.C. Si les consuls ont conservé la juridiction gracieuse, c'est donc qu'ils ont bien à un moment eu une juridiction.

Les Ediles curules- les praefecti jure dicundo.

A la même époque, les édiles curules se voyaient reconnaître une juridiction limitée aux affaires concernant les marchés. Le préteur urbain, par suite du développement territorial, se vit amené à se faire aider par des personnes qu'il préposait, dans certaines villes d'Italie, à la mission de dire le droit : praefecti jure dicundo, préposés à dire le droit.

Le préteur pérégrin.

Puis, au milieu du IIIème siècle av. J.C. par suite du développement de l'Empire Romain et de l'accroissement considérable du nombre des pérégrins, allait être faite une double réforme. D'une part, dans l'année 512 de la fondation traditionnelle de Rome (242 av. J.C.) fut institué le praetor peregrinus, qui est chargé de dire le droit entre les citoyens romains et les pérégrins. D'autre part, avec la création des provinces, on voit, dans de vastes circonscriptions territoriales, situées en dehors de l'Italie, le gouverneur acquérir la juridiction.

Les gouverneurs de province.

L'organisation judiciaire sous le Haut-Empire.

Si nous nous plaçons sous le Haut-Empire, nous constatons qu'avec l'extension du droit de cité à toute l'Italie, ont disparu les préfets chargés de dire le droit, les praefecti jure dicundo, mais que par contre, pour les affaires les moins importantes, les magistrats municipaux ont compétence.

Toutefois, ce fait de réserver toutes les affaires graves au préteur urbain le surchargeait et c'est pourquoi Marc-Aurèle et Lucius Verus furent amenés à rétablir en fait les anciens praefecti sous un nom nouveau, en instituant, dans les divers circonscriptions d'Italie, des juridici, des personnes

Source : BIU Cujas

chargées de dire le droit.

En ce qui concerne les provinces, dans les provinces sénatoriales, ce n'est pas le proconsul qui rend lui-même la justice, c'est son légat, qui la rend en son nom; le proconsul doit déléguer l'exercice de la juridiction à son légat. D'autre part, le questeur a une juridiction analogue à celle des édiles curules.

Dans les provinces impériales, tout dépend de l'Empereur. L'Empereur peut déléguer sa juridiction à des légats, dits juridici, à des légats chargés de la justice, ou bien confier le soin de rendre la justice au gouverneur, qui rend alors la justice pro praetore, en qualité de préteur. Ainsi donc, l'Empereur peut, ou bien charger directement de la justice des délégués spéciaux, ou bien confier les attributions judiciaires aux gouverneurs de la province impériale.

De plus, comme les provinces sont vastes, sous le Haut-Empire, on accorde une certaine compétence au magistrats municipaux, aux magistrats des différentes cités de la province qui portent normalement le nom de duumviri, car ils sont au nombre de deux à la tête de l'administration de la cité.

Tous ces magistrats vont donc exercer, dans une certaine mesure, la juridiction. Mais en réalité, seuls les magistrats supérieurs du peuple romain ont la plénitude du pouvoir de commandement et bien souvent les magistrats municipaux n'ont le pouvoir de rendre la justice ou de régler certaines questions que dans la mesure où les lois leur ont donné ce pouvoir ou bien dans la mesure où les magistrats supérieurs leur déléguent leur juridiction. Parmi les pouvoirs des magistrats supérieurs, on distingue couramment l'imperium, ou pouvoir de commandement, la jurisdictio contentieuse, ou pouvoir d'organiser les procès civils, et enfin la jurisdictio voluntaria ou juridiction gracieuse.

I°- L'imperium, c'est le pouvoir du commandement, c'est le pouvoir de donner des ordres exécutoires par voie de contrainte, qui appartient à tous les magistrats supérieurs.

Rôle de l'imperium en matre judiciaire.

Quels que soient les rapports entre le pouvoir de commandement et la juridiction du magistrat, il est incontestable qu'à partir d'une époque que l'on ne peut déterminer avec précision (début du 2ème s. av. J.C. au plus tard) le magistrat a usé de son autorité pour améliorer le cours de la justice et pour protéger des personnes qui n'avaient pas de droits conformément aux règles traditionnelles. Et c'est ainsi que nous verrons que toutes une série de moyens de procédure, tels que les interdits, sont fondés sur

Source : BIU Cujas

l'"imperium", sur le pouvoir de commandement du magistrat.

2°- La juridiction contentieuse. C'est l'autorité judiciaire par excellence ; la "jurisdictio", c'est littéralement le fait, et par voie de conséquence, le pouvoir de dire le droit. Le magistrat préside à l'organisation des procès civils et prononce les paroles rituelles exigées.

Les trois expressions typiques dans l'exercice de la jurisdictio; do, dico, addico.

On distingue trois expressions typiques dans la "jurisdictio" : "do, dico, addico". "Do judicem", je donne un juge, c'est le mot que prononce le magistrat lorsque, après avoir assisté à l'énoncé des prétentions du demandeur et de la défense du défendeur, il désigne un juge chargé de trancher le litige.

"Dico", je dis, c'est le mot que doit prononcer le magistrat lorsque dans la procédure de la revendication il attribue temporairement à l'un des plaideurs la possession intérimaire de la chose litigieuse (dicere vindicias).

Enfin "addico", j'attribue, c'est le mot que prononce le magistrat lorsqu'un des plaideurs ne s'étant pas convenablement défendu, il attribue la personne du plaideur ou la chose litigieuse au demandeur.

"Do, dico, addico," tels sont les mots rituels qui constituent à proprement parler la "jurisdictio" du magistrat.

Conditions de temps et de lieu pour exercer la jurisdictio.

Mais le magistrat ne peut pas se permettre de prononcer ces mots n'importe où, n'importe comment. Il y a tout d'abord des conditions de temps. Le magistrat doit tenir compte du calendrier qui lui indique les jours où l'on peut prononcer des paroles rituelles, et les jours où au contraire on est prié de s'en abstenir. Les jours qui sont par excellence consacrés à l'administration de la justice , ce sont les jours fastes, qui sont marqués d'un "F" sur le calendrier. Mais il n'y en avait qu'une quarantaine, et cela était très gênant pour les gens de la campagne; aussi l'on permit par la suite de plaider en justice les jours de marché où les gens de la campagne venaient vendre leurs produits agricoles au marché de Rome, et les jours de comices, quand l'assemblée populaire avait été tenue. Puis, peu à peu, on augmenta le nombre des jours consacrés à l'administration de la justice et sous Marc-Aurèle ils étaient arrivés au nombre de 240. On ne peut d'ailleurs plaider la nuit, les séances de justice ne peuvent se tenir qu'en plein jour.

Il faut d'autre part que le magistrat soit assis sur un siège spécial et contemple la foule du haut d'une estrade semi-circulaire (siège curule et tribunal). Primitivement, le magistrat siégeait en plein

Source : BIU Cujas

air, au comitium, ou au forum. Mais cela était fort gênant les jours de pluie, et c'est pourquoi il se mit à l'abri et alla s'installer dans les basiliques.

Détermination du tribunal compétent.

Quel est le tribunal compétent pour juger une affaire déterminée ? En principe, c'est le tribunal du lieu où se trouve le domicile du défendeur. C'est l'adage bien connu, que l'on dit encore parfois en latin de nos jours : "Actor sequitur forum rei", le demandeur suit le lieu du tribunal du défendeur. Mais il y a une exception à cette règle quand il s'agit d'obligations dans lesquelles on avait fixé un lieu pour le paiement : s'il avait été convenu que la dette était exigible à Athènes, c'est en principe dans la province d'Athènes que devait être jugé le litige, à défaut de paiement.

De plus, quand il s'agit de magistrats municipaux qui n'ont qu'une compétence limitée, les affaires les plus graves en principe sont renvoyées à Rome, mais les plaideurs ont toujours la faculté d'accepter de plaider devant le magistrat local. C'est ce que l'on appelle la prorogation de compétence.

La juridiction gracieuse, son exercice sous forme de legis actio.

3°- La juridiction gracieuse. Les magistrats supérieurs ont la juridiction gracieuse, qui, au contraire, n'appartient pas en principe aux magistrats municipaux. Nous avons même vu que les consuls avaient conservé la juridiction gracieuse alors qu'ils perdaient la juridiction contentieuse. Cette juridiction appartient à tous ceux qui ont le pouvoir de présider à une legis actio, et elle n'est pas soumise aux conditions de temps et de lieu de la juridiction contentieuse. Le magistrat peut participer à un acte de juridiction gracieuse en allant se promener ou en se rendant au bain, nous déclarent les textes romains, et il n'est pas tenu de rendre la juridiction gracieuse un jour faste.

On remarquera que cette juridiction gracieuse s'exerce sous forme de "legis actio", il y a toujours emploi de l'action de la loi, même lorsque pour les procès a triomphé la procédure formulaire. Les auteurs parlent généralement en cette matière de procès fictif, mais en réalité il n'y a ni procès, ni fiction, il y a simplement concours du magistrat en vue de donner sa validité à un acte juridique, à une époque où règne le formalisme et où la volonté des personnes intéressées est impuissante à elle seule à créer la situation juridique nouvelle. Nous avons vu l'application de ces principes en matière d'affranchissement par la vindicta et d'in jure cessio. Quand le magistrat participe à l'affranchissement d'un esclave ou à l'acquisition de la propriété par un indi-

Source : BIU Cujas

vidu sous forme d'in jure cessio, il concourt à un acte de juridiction gracieuce.

§2 - Les magistrats, les juges, le judicium.

Le renvoi de l'affaire au juge.

Lorsque l'affaire a été organisée par le magistrat, elle est renvoyée devant un juge. Ceci ne s'applique évidemment qu'en matière de juridiction contentieuse, puisqu'en matière de juridiction gracieuse, il n'y a pas de procès, tout se passe devant le magistrat.

Le judex unus. Sa désignation par le choix des parties.

Sous les deux premiers systèmes de procédure, les juges ne sont pas des fonctionnaires; ce sont de simples particuliers, comme les membres de nos modernes jurys criminels; ce sont, dit-on parfois, des jurés. Normalement, le procès est renvoyé devant le juge unique, le "judex unus", simple particulier chargé de trancher le litige. Ce juge est désigné d'un commun accord par les deux plaideurs, si spontanément ils ont choisi une personne en qui ils avaient confiance pour trancher leur litige. A défaut d'accord préalable, le juge, au contraire, doit être pris sur une liste fixée d'avance. Le demandeur proposera un nom, le défendeur le rejetant ou l'acceptant; et le fait pour le défendeur d'avoir rejeté tous les noms d'une colonne de la liste était considéré comme un refus de se défendre convenablement.

L'album judicum, sa composition et ses transformations sous la République et au début de l'Empire.

Primitivement, cette liste des juges, cet "album judicum", n'était autre que la liste des sénateurs; seuls les sénateurs en dehors de l'accord des parties avaient le droit de juger, mais au temps des Gracques on estima que ce monopole des sénateurs ne pouvait pas être maintenu. Il y a d'ailleurs certaines difficultés, puisque les théories admises jusqu'ici ont été modifiées depuis quelques années par M. Carcopino. M. Carcopino a exposé comme suit la réforme accomplie. Suivant lui, c'est la loi Sempronia judiciaire qui, au temps des Gracques, en l'année I23, a changé la liste des juges, y inscrivant 300 sénateurs et 600 chevaliers. Ainsi donc désormais au lieu d'avoir un monopole des sénateurs, il y avait à la fois 300 sénateurs et 600 chevaliers. Une certaine difficulté d'ailleurs, c'est que la réforme ne nous est indiquée formellement que pour les jurys criminels et que l'on peut discuter si elle s'est ou non appliquée également aux procès civils. M. Carcopino l'admet.

Mais quelques années plus tard, en l'année I08

Source : BIU Cujas

av. J.C. une loi Servilia Glaucia réforma à nouveau les jurys criminels, de manière à faire planer une menace sur les magistrats coupables de concussion. Ces magistrats appartenaient généralement, étaient liés étroitement, à l'ordre sénatorial; on allait priver l'ordre sénatorial du droit de les juger, et ainsi on allait les placer sous la coupe des chevaliers. Cette loi Glaucia fixe en effet, pour les jurys criminels, un rôle de juges de 450 citoyens qui seront recrutés par le préteur pérégrin et où ne pourront figurer ni les sénateurs ni les fils de sénateurs. Ils seront pris exclusivement parmi les chevaliers de 30 à 60 ans, mais seulement parmi les chevaliers qui n'ont pas d'intérêts au-delà des mers, c'est-à-dire les chevaliers qui ne trafiquent pas dans les provinces, dans les sociétés de publicains en particulier. Il est vraisemblable que la loi s'est appliquée également aux listes des jurés civils, qui seraient les mêmes que celles des jurés criminels. Cette loi ne fut pas longtemps en vigueur, car dès l'année 70 av. J.C. on en arriva à un système de transaction faisant place sur la liste des juges aux sénateurs, aux chevaliers et enfin à des notables exerçant des fonctions en matière financière, les tribuns du trésor, "tribuni aerarii".

Si nous nous plaçons sous l'Empire, nous constatons que le nombre des citoyens aptes à être juges s'est multiplié dans des proportions considérables. Il y a quatre, puis cinq décuries de juges, c'est-à-dire 4 ou 5.000 personnes susceptibles d'être choisies comme juges, inscrites sur les listes des jurés.

Conditions pour être juré.

Pour pouvoir être juré, il fallait en principe être âgé à cette époque-là de 25 ans. Mais l'empereur Claude proposa d'abaisser l'âge à 24 ans, à l'exception cependant des récupérateurs chargés en particulier des affaires de liberté; Claude déclare que son scrupule vient de ce que jusqu'à l'âge de 25 ans les mineurs ne sont pas capables de se rendre compte de la portée exacte des actes qu'ils accomplissent, que par suite il est dangereux de leur permettre de faire partie de jurys, de récupérateurs qui tranchent la question de la liberté ou de l'esclavage des individus. Mais pour les autres procès, il ne voit pas d'inconvénients à ce qu'on les recrute à partir de 24 ans.

Les jurys de récupérateurs.

Ainsi, c'est sur ces listes de juges qu'était recruté le juge type du droit romain, le "judex unus". Mais à partir d'une certaine époque, à côté du "judex unus", on voit apparaître des jurés de récupérateurs, qui au lieu de juger seuls se mettent à trois ou à cinq comme nos juges modernes, pour juger les affaires. Il semble tout au moins - le nom l'indique et la tradition

Source : BIU Cujas

également - que ces récupérateurs ont leur origine dans le droit international, que c'étaient primitivement des jurys destinés à régler des conflits entre citoyens romains et pérégrins, à une époque très ancienne où les cités voisines de Rome n'étaient pas encore soumises à l'autorité romaine. A cette époque, il y avait des guerres; pendant les guerres, on faisait des razzias, et lors de la conclusion de la paix, on faisait restituer parfois les biens qui avaient été pris au cours des hostilités. C'étaient ces jurys de récupérateurs qui assuraient le recouvrement des biens pris injustement au cours des hostilités. Ceci nous fait un peu songer à ces commissions qui après la guerre de 1914-1918 allaient récupérer en Allemagne les biens qui avaient été volés par les troupes allemandes ou réquisitionnés par elles dans les pays occupés. Plus tard, le monde romain s'étendant territorialement, les villes et les peuples voisins étant soumis à l'autorité romaine, ces jurys de récupérateurs furent chargés de régler à l'intérieur même de l'Empire romain les litiges entre pérégrins et citoyens, et parfois même, dans la mesure où les magistrats et le législateur l'admettaient, les litiges entre citoyens. Ainsi ces jurys de récupérateurs se trouvent plus directement contrôlés ou réglementés par la loi et par les magistrats que le juge unique de l'ancien droit romain, et leur compétence est toujours limitée à des cas précisés par la loi ou par le magistrat.

Les tribunaux permanents. Triumviri capitales.

Nous voyons ensuite apparaître, à côté du juge unique et des jurys de récupérateurs, des tribunaux permanents qui, à la différence des jurés et des récupérateurs, auront compétence pour toute une série d'affaires d'un type déterminé.

Nous rencontrons tout d'abord les "triumvirs capitaux" dont les fonctions sont très mal connues; ils interviennent en matière de "sacramentum", de "manus injectio".

Decemviri stlitibus judicandis.

Nous rencontrons ensuite les "decemviri stilitibus judicandis", les décemvirs chargés de juger les procès, par opposition aux decemviri "legibus scribundis", qui ont rédigé la Loi des Douze Tables. D'après la dernière étude de M. Nicolau ces décemvirs seraient d'origine plébéienne. Ce tribunal aurait été institué au milieu du V° siècle à la demande de la plèbe pour protéger les plébéiens contre la partialité des juges patriciens qui dans les procès en liberté n'hésitaient pas parfois à donner gain de cause à une demande injuste relative à un plébéien que l'on voulait faire tomber en servitude au profit d'un patricien, ce qui paraît indiquer que cette théorie est vraisem-

Source : BIU Cujas

blable - ce qui ne signifie pas démontrée - c'est que ces décemvirs paraissent spécialisés dans les procès en liberté, et plus spécialement dans les procès où un citoyen romain revendique comme esclave une personne qui jouissait en fait de la liberté. S'il s'agissait d'un patricien, il n'y avait rien à craindre, toute la gens se soulevait et protestait contre une telle affirmation; s'il s'agissait d'un plébéien, qui jouissait d'une solidarité familiale moins grande, qui pouvait craindre la partialité du juge patricien, il y avait danger, et c'est pourquoi on aurait institué ce tribunal des décemvirs. Ces décemvirs semblent d'ailleurs avoir été parfois menacés en raison de l'impartialité dont ils devaient faire preuve, puisqu'on déclarait que celui qui avait porté atteinte à un décemvir était consacré à Jupiter; il était donc en quelque sorte soustrait aux lois de la cité, il était voué à Jupiter.

Le tribunal des centumvirs. Le praetor hastarius.

Quant au tribunal des centumvirs, ainsi que je vous l'ai déjà dit, il était en réalité composé de 105 personnes, à raison de trois par tribu. Ceci indique immédiatement qu'il ne faut pas déclarer que l'origine de ce tribunal se perd dans la nuit des temps, car c'est seulement à une date relativement tardive qu'il y a eu 35 tribus à Rome; c'est le dernier stade du développement territorial de la ville de Rome. Par conséquent, il n'a pu y avoir un tribunal des centumvirs qu'après la date définitive de la formation du territoire romain en 35 tribus. D'autre part, c'est seulement en l'année 137 av. J.C. qu'on le voit fonctionner avec certitude pour la première fois.

Le nombre des centumvirs d'ailleurs s'est accru par la suite, ces centumvirs étaient 105 pour commencer, ils sont 180 à l'époque de Trajan. Le tribunal des décemvirs sous l'Empire s'est fusionné dans le tribunal des centumvirs, et les décemvirs sont devenus les chefs de section du tribunal des centumvirs.

A la tête de ce tribunal des centumvirs il y avait d'ailleurs un magistrat spécial, le préteur à la lance, le "praetor hastarius". Gaius nous explique que ceci tient au symbolisme du tribunal des centumvirs lorsque siégeaient les centumvirs devant l'endroit où siégeait le tribunal, on fichait en terre une lance, et cette lance était, nous dit Gaius, le symbole de la propriété quiritaire. Ceci semble indiquer, tout au moins c'est Gaius qui nous le dit que pour les Romains primitifs, la propriété quiritaire par excellence, la propriété la plus légitime serait celle qui aurait été prise sur l'ennemi, qui aurait été acquise par la force. Ainsi dans les usages en vigueur devant le tribu

Source : BIU Cujas

nal des centumvirs se réflèteraient les conceptions juridiques très archaïques de l'époque où c'était la force et non le droit qui avait la plus profonde influence sur la civilisation romaine.

La compétence des centumvirs et la procédure devant le tribunal.

Les auteurs modernes ne sont pas d'accord sur la compétence exacte du tribunal des centumvirs. Les uns lui attribuent en certaines affaires une compétence très large et concurrente avec le juge unique; les autres lui attribuent au contraire une compétence restreinte à certains procès, mais exclusive. (Cf. comme dernier ouvrage sur la matière ; une thèse très importante de Melle Bozza, en italien).

Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'on constate qu'en fait, c'était surtout dans les procès en liberté et dans les procès relatifs aux successions qu'intervenait le tribunal des centumvirs. Sa compétence est essentiellement relative aux procès concernant la liberté des individus et les droits successoraux, la pétition d'hérédité. C'est pourquoi nous avons vu que c'était à la jurisprudence du tribunal des centumvirs qu'était due la querela inofficiosi testamenti, la plainte en testament inofficieux.

Ce qui est également très original, très curieux en ce qui concerne les centumvirs, c'est qu'ils n'ont jamais utilisé la procédure formulaire. Jusqu'à leur disparition, à la fin du III° siècle après J.C., ils ont continué à utiliser la vieille procédure des actions de la loi.

Source : BIU Cujas

Chapitre II.

LA PROCEDURE DES ACTIONS DE LA LOI.

L'influence religieuse et de l'arbitrage dans la procédure antérieure à celle des Actions de la loi.

La procédure des actions de la loi a ses précédents dans les traditions coutumières des Romains. En effet, bien avant la loi des XII Tables, il y a à Rome une procédure en usage pour régler les conflits. Ce qu'il y a d'ailleurs de plus difficile, c'est de préciser en quoi elle consistait.

Beaucoup d'auteurs ont soutenu que les actions de la loi n'étaient en quelque sorte que la stylisation de la justice privée primitive. A un moment donné, il était d'usage de répéter au cours de droit romain, après le philosophe Hobbes, que l'homme est un loup pour l'homme, "homo homini lupus", et de dire que primitivement tout se réglait entre hommes par les coups. Or, même en se plaçant dans le très ancien droit romain, les auteurs n'auraient pas, semble-t-il, eu raison, car si l'on règle les questions "entre hommes", ce n'est pas à l'intérieur du même groupe social, c'est entre groupes différents. Les risques de conflit sont évidemment d'autant plus nombreux que les groupes sociaux sont plus petits, que l'on a affaire à des gentes isolées, à des tribus et qu'il y a toutes les occasions de se battre entre groupes voisins. Mais il est faux de dire qu'à l'intérieur d'un groupe social on ait, même à une époque très ancienne, réglé les litiges par la violence. De tout temps, le chef du groupe, s'est efforcé de faire régner l'ordre et la tranquillité à l'intérieur du groupe social, famille, gens, tribu qu'il dirigeait.

D'autre part, à côté de la justice privée, il faut faire une place importante dans les civilisations anciennes aux idées religieuses. Les plus anciennes procédures en usage à Rome gardent la trace bien plus des conceptions religieuses, de l'intervention des dieux, dans les conflits entre particuliers, que des coups échangés entre ceux qui voulaient régler leurs litiges.

Enfin de tout temps on s'est adressé à des arbitres que l'on chargeait de mettre fin au conflit; bien souvent on s'adressait soit à un chef, soit à un vieillard respecté.

Source : BIU Cujas

Par conséquent, les cérémonies des actions de la loi peuvent s'expliquer non seulement à la rigueur par un certain symbolisme de la justice privée, mais surtout par l'idée de l'intervention de la religion et des arbitres dans les conflits entre particuliers.

Ceci dit, examinons les actions de la loi telles qu'elles nous sont connues par la Loi des XII Tables et les lois postérieures.

§ I - Les caractères généraux des actions de la loi.

Il est très facile d'exposer les caractères généraux des actions de la loi, car Gaius dans ses Institutes a retracé l'historique de la procédure et nous expose quels étaient ces caractères généraux des actions de la loi.

Les 5 legis actiones, leurs caractères généraux.

Il nous indique qu'il y avait cinq modes d'agir en justice conformément à la loi, cinq "modi agendi"; il y avait, donc cinq principaux procédés utilisés pour faire valoir son droit en justice conformément à la loi: On pouvait agir par le "sacramentum", c'est-à-dire par la consécration d'une somme, "per sacramentum"; on pouvait agir par la "judicis postulatio", par la demande d'un juge; on pouvait également, mais plus tard, procéder par voie de "condictio", par voie de sommation; on pouvait procéder à une "manus injectio", à une mainmise; on pouvait même utiliser la "pignoris capio", la prise de gage.

Mais il y avait un certain nombre de traits caractéristiques qui se rencontraient dans toutes ces procédures, tout au moins dans la majorité d'entre elles.

1°Caractère légal, nulla actio sine lege.

Le premier caractère est le caractère légal. Gaius nous dit que l'une des raisons d'appeler cette procédure des actions de la loi, c'est qu'elle puise son existence et son autorité dans la loi. C'est là une différence avec les procédures archaïques qui doivent leur existence aux magistrats. En principe, on ne peut agir que si la loi a expressément prévu le mode d'action et les cas d'utilisation de l'action. On ne peut agir en justice que si la loi vous permet expressément d'agir.

Quatre de ces actions de la loi étaient réglementées par la loi des XII Tables, la cinquième est d'origine plus récente, puisque la condictio fut créée plusieurs siècles plus tard par les lois Silia et Calpurnia; on a des chances de ne pas se tromper si on

Source : BIU Cujas

place approximativement ces lois entre l'année 250 et l'année 150 av. J.C..

2- Caractère formaliste. Les formulaires rédigés par les Pontifes. Caractère rigoureux du formalisme.

Le second caractère, c'est le caractère formaliste, et ici encore c'est Gaius qui nous dit qu'une autre raison de les appeler "actions de la loi", c'est que leur procédure était rigoureusement calquée sur les termes de la loi. Ce n'était pas la loi des XII Tables qui renfermait les formules de procédure, ce sont les pontifes qui ont rédigé les formules de procédure adaptées aux termes de la loi; on sait que les pontifes avaient gardé secrètes les formules de procédure adaptées au texte de la loi des XII Tables, alors que la loi des XII Tables était connue de tous les citoyens, plébéiens comme patriciens. Ils avaient ainsi réussi à garder une sorte de monopole du droit et de la justice. Les plébéiens connaissaient bien théoriquement le droit renfermé dans la Loi des XII Tables, mais ne savaient pas comment on devait s'y prendre pour plaider en justice, ils devaient avoir recours aux pontifes ou aux magistrats patriciens lorsqu'ils s'agissait d'intenter un procès.

Ces formules devaient être suivies rigoureusement, à la lettre , et l'inobservation des formules juridiques , des formules de procédure, entraînait non seulement la perte du procès en cours, mais la perte définitive du droit d'ester en justice. On pouvait même perdre son procès pour une erreur d'un mot, et on raconte partout cet exemple du plaideur qui intentait l'action donnée contre celui qui avait coupé des arbres appartenant à autrui; il avait cru utile, comme on lui avait coupé des pieds de vigne, de préciser que c'étaient des vignes , des "vites", qu'on lui avait coupés, alors que la loi parlait des "arbores", des arbres coupés; pour avoir dit dans sa demande "vites" au lieu d'"arbores", il avait perdu son procès, tel le plaideur qui au temps de la Loi salique parlait du taureau là où il aurait dû parler du "chef du troupeau".

La règle bis de eadem re ne sit actio.

Ce qui faisait le danger de ce formalisme , c'était que l'on ne pouvait pas en règle générale recommencer une procédure qui avait été viciée par une erreur. C'est la fameuse règle "Bis de eadem re ne sit actio", qu'il n'y ait pas deux fois une action relative à la même affaire. Vous ne pouviez pas recommencer votre procédure si vous l'aviez accomplie une première fois. On admet cependant en règle générale que cette règle ne s'appliquait qu'en matière de droits de créance, et non pas en matière de droits réels. Mais c'est là encore l'une de ces affirmations qu'il serait peut-être prudent de reviser.

Ce qui est intéressant au point de vue de la

Source : BIU Cujas

technique juridique, c'est de remarquer combien nous sommes loin de l'autorité moderne de la chose jugée. De nos jours, si l'on ne peut pas recommencer le procès, c'est parce qu'il a été jugé, parce qu'on ne peut pas admettre que l'on renouvelle éternellement des procès, alors qu'un juge a définitivement tranché la question. Au contraire, sous les actions de la loi, il n'est nullement nécessaire que le juge se soit prononcé. Il suffit que l'on ait accompli une fois les formalités de l'action de la loi pour qu'on ne puisse pas renouveler son procès, quand bien même c'est une erreur de forme qui la première fois aurait empêché de conduire la procédure jusqu'au bout.

Tels sont les deux caractères qui se retrouvent dans toutes les actions de la loi : caractère légal et caractère formaliste.

3- Caractère judiciaire (sauf pour la pignoris capio.)

Le troisième caractère, le caractère judiciaire, se rencontre dans quatre des actions de la loi, mais ne se trouve pas dans la pignoris capio", La saisie de gage peut avoir lieu en dehors de la présence du magistrat, tandis que les 4 autres actions de la loi sont des procédures judiciaires qui exigent la présence du magistrat.

Présence effective des parties; pas de procédure par défaut.

Ces procédures judiciaires requièrent la présence effective des deux plaideurs. Ce sont les plaideurs eux-mêmes qui doivent prononcer les paroles rituelles. Mais il y a tout lieu de supposer, en raison de l'ignorance où les plaideurs doivent se trouver normalement des formules de procédure, que comme dans notre très ancien droit français, les plaideurs avaient à côté d'eux un homme de loi qui leur soufflait mot à mot les formules à prononcer; comme cela on évitait de commettre des erreurs et de perdre son procès.

L'exigence de la comparution des deux plaideurs devant le magistrat entraîne l'absence de procédure par défaut et l'absence de représentation judiciaire.

Tout d'abord, l'absence de procédure par défaut. On dit que la procédure par défaut est admise, lorsque le juge peut trancher le litige en l'absence de l'un des plaideurs, ceci est admis normalement de nos jours, si l'un des plaideurs ne se présente pas devant le tribunal, cela n'empêche pas le juge de prononcer sa sentence. Au contraire, sous les actions de la loi, on ne peut pas juger le procès en l'absence de l'un des plaideurs.

L'in jus vocatio.

Ceci explique pourquoi il fallait permettre au demandeur d'amener bon gré mal gré le défendeur devant le magistrat; tant que le défendeur se terrait chez lui, c'était extrêmement difficile, en raison de l'inviola-

Source : BIU Cujas

bilité du domicile, mais s'il avait le malheur de s'aventurer dans les rues de Rome, alors le demandeur accompagné de ses amis se ruait sur lui et procédait à ce que l'on appelle l'"in jus vocatio", l'appel devant le magistrat. Le demandeur prononçait l'injonction solennelle: "In jus te voco", je te cite devant le magistrat,et il fallait en principe que le défendeur obéisse séance tenante, se déclare prêt à suivre immédiatement le demandeur chez le magistrat. S'il faisait de la résistance, on permettait de lui "tordre le cou", et on l'amenait de force devant le magistrat. Lorsqu'il s'agissait d'un plaideur âgé ou légèrement malade, on exigeait que le demandeur le fasse monter sur un chariot pour le conduire devant le tribunal du magistrat.

De plus on avait admis de très bonne heure qu'un ami du défendeur puisse s'interposer et se porter "vindex", garantir que le défendeur comparaîtrait ultérieurement au jour fixé.

Le vadimonium de comparution ou cas où l'affaire n'est pas en état.

Supposons que le demandeur et le défendeur se soient présentés devant le magistrat et que l'affaire n'ait pas pu être mise en état le jour même; le demandeur ne tenait pas à laisser échapper le défendeur. Et alors il y avait lieu à ce qu'on appelle le "vadimonium"; c'est un engagement de cautions de procédure. Les "vades" sont des parents ou des amis du défendeur qui s'engagent à assurer la comparution du défendeur au jour fixé, ou à payer une somme d'argent. Ainsi donc, ils garantissent la comparution du défendeur, mais si elle n'a pas lieu, ils devront verser un certain nombre de lingots d'airain ou de sesterces.

Que se passerait-il s'il s'agissait de l'un de ces plébéiens qui ne rencontraient personne pour leur fournir une garantie ? En attendant la prochaine séance du tribunal, le demandeur l'emmenait dans sa prison privée, et ainsi il était sûr de pouvoir le ramener au jour fixé.

Absence de représentation - nemo alieno nomine agere potest. Les atténuations au principe.

Il n'y a pas non plus de représentation judiciaire. Ceci veut dire que l'un des plaideurs ne peut pas se faire remplacer par une autre personne. C'est la règle exactement inverse de la règle admise de nos jours en matière de procédure civile, car de nos jours, devant les tribunaux civils,les plaideurs doivent nécessairement être représentés par un avoué. Au contraire,dans l'ancien droit romain,on ne peut pas faire exposer la prévention ou la défense par une autre personne. Ceci se dit encore par un adage romain bien connu : "Nemo alieno nomine agere potest"; personne ne peut procéder aux cérémonies de l'action de la loi au nom d'une autre personne.

Ce principe était d'ailleurs trop rigoureux et

Source : BIU Cujas

dès l'ancien droit romain, on avait dû admettre quelquels exceptions bien limitées. Nous en connaissons déjà une : c'est le cas des procès en liberté, où étant donné qu'on ne sait pas s'il s'agit d'un citoyen ou d'un esclave, on ne peut pas permettre à l'intéressé de plaider en personne devant le tribunal; le prétendu esclave ou le prétendu homme libre est défendu par un adsertor libertatis, quelqu'un qui plaidait à sa place et qui venait affirmer que l'individu en question était un homme libre.

D'autre part, en matière de tutelle, on ne pouvait pas admettre que des enfants en bas-âge viennent procéder aux formalités des actions de la loi, ils ne le pouvaient même pas puisqu'ils n'étaient pas encore capables de parler et qu'il faut nécessairement pour procéder aux actions de la loi prononcer des paroles solennelles, c'est pourquoi le tuteur peut plaider à la place de son pupille.

Il y a également des actions populaires. Il y a des cas exceptionnels où c'est l'intérêt du peuple romain qui est en jeu, et à une époque où la notion de personnalité morale n'existe pas encore, où par suite on n'a pas admis encore qu'un magistrat du peuple romain le représente dans le procès, on permet à n'importe quel citoyen , à n'importe quelle personne du peuple romain de venir plaider au nom du peuple romain.

Enfin il y a le cas où pendant qu'il est absent, tandis qu'il était par exemple captif de l'ennemi, un citoyen a été victime d'un vol. Mais ce qui prouve qu'il s'agit de cas bien exceptionnels, c'est qu'il a fallu une loi spéciale pour permettre à un citoyen romain de venir défendre les intérêts de l'absent, se plaindre du vol dont il avait été victime.

Les procédures sans procès. la manus injectio et la pignoris capio. Le renvoi devant le juge dans les autres procédures.

Enfin, en quatrième lieu, il existe un trait caractéristique qui oppose trois des actions de la loi aux deux autres ; la manus injectio et la pignoris capio sont ce que l'on appelle des procédures sans procès, c'est-à-dire que ce sont des actions de la loi qui n'aboutissent pas normalement à une sentence rendue par le juge. Ce sont plutôt des voies d'exécution, des procédés de contrainte à l'égard d'un débiteur. Au contraire, les trois autres , "sacramentum", "judicis postulatio","condictio", sont normalement destinées à faire trancher le litige par un juge. C'est pourquoi c'est dans ces trois actions-là que l'on rencontre la distinction de l'instance en deux phases, le "jus" et le "judicium". Le magistrat renvoie les parties devant le juge, "apud judicem". C'est le surlendemain de sa nomination que le juge investi de sa mission par le magistrat doit se rendre au forum ou au

Source : BIU Cujas

comitium, plus spécialement , pour juger l'affaire. D'ailleurs les plaideurs auraient pu se mettre d'accord pour lui fixer un autre endroit.

Le rôle du juge et quand il peut l'exercer.

Le juge attend l'arrivée des plaideurs, et si au coucher du soleil l'un des plaideurs ne s'est pas présenté, il attribue gain de cause au plaideur présent. Par conséquent, il n'y a pas à proprement parler de procédure par défaut, le défaut de l'un des plaideurs devant le juge entraîne nécessairement pour lui la perte du procès. Ici encore il y a analogie frappante avec la procédure archaïque en usage dans le nord de la France au moyen âge, où également au coucher du soleil, on considérait que celui qui ne s'était pas présenté avait perdu son procès.

Les juges ne sont pas soumis en ce qui concerne le temps du procès aux mêmes règles que les magistrats. Les juges en effet peuvent juger des jours où les magistrats ne peuvent pas siéger, mais ils doivent s'abstenir de juger pendant la période des récoltes ou des vendanges. Ici encore c'est la même chose au moyen âge. Quand on est aux champs en train de faire la récolte, on n'a pas le temps d'aller devant le juge, à Rome. Et d'autre part on ne juge pas non plus quand ce sont les jours consacrés aux jeux du peuple romain.

Absence de formalisme devant le juge. La liberté des preuves.

L'examen des affaires par les juges n'avait pas été réglementé par la loi, et c'est pourquoi, à l'opposé de la procédure devant le magistrat, la procédure devant le juge est absolument exempte, à l'époque historique, de tout formalisme. En fait, les plaideurs, ou plutôt leurs avocats, puisque l'usage d'avocats paraît être très ancien, exposaient brièvement l'affaire, afin de mettre le juge au courant de leurs débats. Puis on procédait à l'examen des preuves, et sur ce point le droit romain s'oppose à tous les droits archaïques en ce qu'il paraît admettre la liberté absolue en matière de preuves et faire peser exclusivement la charge de la preuve sur le défendeur.

A l'époque historique et, sous réserve des usages de l'époque royale, on n'a pas à faire une preuve légale, formaliste, déterminée, mais on peut prouver en particulier les faits par témoins, c'est la preuve par témoins qui est la preuve normale dans l'ancien droit romain.

La sentence. Absence de force exécutoire. Nécessité pour le demandeur d'en assurer l'exécution.

Le juge, après s'être fait une opinion, va prononcer sa sentence. Mais dans la procédure ordinaire, les sentences ne sont pas par elles-mêmes exécutoires par la force publique. Ce n'est pas comme de nos jours où la sentence du juge est exécutoire et où l'on peut demander à la force publique son concours pour obtenir satisfaction. C'est au demandeur, si la sentence ne

Source : BIU Cujas

lui donne pas par elle-même satisfaction, à assurer l'exécution de la décision du juge.

§ 2 - Les différentes actions de la loi.

Le caractère d'actio generalis de la L.A. per sacramentum. Son emploi en matière réelle et personnelle.

I- L'action de la loi par le "sacramentum". C'est, nous disent les Institutes de Gaius, l'action de la loi "generalis", c'est-à-dire l'action de la loi de droit commun. Quand le législateur n'a pas indiqué spécialement l'action qui serait intentée par celui auquel la loi reconnaît un droit, c'est à l'action de la loi par le "sacramentum" que l'on doit avoir recours, et ce système s'explique peut-être par le fait que cette action est plus ancienne que les autres actions de la loi destinées à trancher des procès qui seraient des innovations à domaine limité par rapport à l'action de la loi par le "sacramentum".

D'autre part, il faut remarquer que cette action peut être intentée aussi bien sur une chose que sur une personne, ce qui est l'origine lointaine de la distinction des droits réels et des droits de créance; tantôt on intente l'action à l'encontre d'une chose litigieuse dont les deux plaideurs se disputent la propriété, tantôt au contraire l'action est directement dirigée contre une personne déterminée à laquelle on réclame une prestation qui ne serait due par aucune autre personne. C'est ce qui explique pourquoi il y a le "sacramentum in rem" et le"sacramentum in personam".

Le sacramentum in rem.

A.- Examinons tout d'abord la procédure du "sacramentum in rem". Cette procédure est la sanction de la propriété. Nous n'avons pas étudié l'action en revendication à propos de la propriété et des droits réels sur la chose d'autrui, mais ceci n'était pas une lacune très grave puisque nous retrouvons l'action en revendication à propos de l'étude de la procédure.

En effet, le "sacramentum in rem" est la plus ancienne sanction de la propriété, de la pétition d'hérédité et des servitudes, c'est l'action que l'on intente sous les actions de la loi lorsque l'on se prétend propriétaire quiritaire d'une chose, lorsqu'on prétend avoir une servitude prédiale sur une chose, ou lorsqu'on affirme être l'héritier d'une personne décédée.

Caractère double de cette procédure;

Par rapport aux systèmes postérieurs de sanction de la propriété, cette action se caractérise par le fait qu'il n'y a pas un demandeur et un défendeur

Source : BIU Cujas

chaque partie y est à la fois demandeur et défendeur.

et que par suite il n'y a pas à se poser la question de savoir contre qui on peut intenter l'action en revendication, si c'est contre un possesseur ou même contre un simple détenteur. La question ne se pose pas car chacune des parties joue le même rôle, chacune des parties doit revendiquer la chose, ce qui fait que les deux plaideurs se prétendent à l'envi propriétaires quiritaires de la chose litigieuse. Tandis que dans les systèmes postérieurs il y en a un qui se prétend propriétaire et doit faire la preuve de sa propriété, tandis que l'autre, au contraire, reste simplement sur la défensive et reste en possession de la chose si le demandeur ne prouve pas sa propriété.

Présence des parties et de la chose.

Pour que l'action soit possible, il faut d'ailleurs que la procédure se déroule non seulement en présence des deux plaideurs mais en présence de la chose litigieuse. C'est littéralement un "sacramentum in rem" puisque les formalités sont accomplies sur la chose. Ceci ne soulève pas de graves difficultés s'il s'agit d'un esclave, d'un animal, d'une chose mobilière facile à déplacer. Mais le problème est beaucoup plus délicat lorsqu'il s'agit d'un champ ou d'une maison. D'après le système qui triompha, car il y a toute une évolution en matière de "sacramentum" que nous ne pouvons étudier ici, on en vint à la représentation symbolique de la chose. Les formalités se dérouleront devant le magistrat sur une motte de terre représentant le champ ou sur une tuile représentant la maison, et même le cas échéant, pour ne pas avoir à amener devant le magistrat tout un troupeau de moutons, on se bornait à tirer un poil de mouton et la cérémonie se déroulait sur ce poil.

Description de la procédure. La symétrie des paroles et des gestes des deux adversaires. L'intervention du magistrat.

Les jurisconsultes romains prennent comme exemple la revendication d'un esclave, et ils nous montrent à ce propos le cérémonial compliqué qui va se dérouler. Tout d'abord on procède à la "vindicatio" et à la "contra-vindicatio"; celui qui prend l'initiative du procès tenant une baguette à la main déclare que la chose est à lui en vertu du droit des quirites et que de cette manière il a accompli la revendication. En effet, depuis quelques semaines on ne traduit plus le mot "vindicta" de la même manière, avant, on disait que celui qui prend l'initiative du procès disait qu'il avait imposé la baguette, maintenant on estime qu'il dit qu'il avait accompli la revendication. En plaçant la baguette sur l'esclave revendiqué, on manifeste le lien qui unit celui qui revendique l'esclave et l'objet revendiqué. L'adversaire accomplit alors exactement les mêmes gestes en prononçant les mêmes paroles; puis le magistrat représentant l'autorité publique

Source : BIU Cujas

intervient et dit "lâchez tous deux cet homme"; alors le premier plaideur demande à l'autre pourquoi il a revendiqué, l'autre répond:" j'ai créé le droit en faisant la revendication".

La provocatio au sacramentum (consécration).

C'est alors que se place la cérémonie caractéristique et fondamentale de notre procédure, la provocation au "sacramentum". Celui qui le premier avait pris la parole déclare :"puisque tu as revendiqué sans droit, je te provoque au sacramentum de 50 (ou de 500 as)". Et l'adversaire répond :"et moi, je te provoque également". Quelle est la signification exacte de ce rite ? Pendant longtemps on a dit qu'à l'origine il y avait un serment, que chacun invoquait les dieux et que le juge avait à décider quel était celui des deux plaideurs qui était parjure. Mais, en réalité, sacramentum ne signifie pas originairement serment, et d'autre part il semble qu'il eût été bien dangereux pour des croyants d'utiliser une telle procédure, car ç'eût été provoquer les gens à des faux serments, puisqu'il y aurait toujours eu au moins l'une des parties qui aurait été parjure et par suite menacée de la colère des dieux et parfois même les deux plaideurs. Il semble plutôt que ce soit tout simplement un procès religieux où, au lieu de prêter vraiment le serment, qui fait encourir la colère des dieux, on engage simplement une certaine valeur qui sera perdue par celui qui perdra le procès. Sacramentum signifie donc originairement: somme consacrée, c'est la procédure par la consécration, et à une époque où la monnaie telle que nous la concevons de nos jours n'existait pas encore, les deux parties déposaient chez les pontifes un certain nombre de boeufs ou de moutons. Après que le procès avait été jugé on, rendait au gagnant ses moutons ou ses boeufs, tandis qu'au contraire les moutons ou les boeufs du perdant étaient consacrés à un sacrifice public; ainsi on apaisait tout de suite les dieux du fait qu'il y avait une des parties qui avait engagé à tort la procédure.

Laïcisation et complications de la procédure. Les praedes sacramenti . Attribution du sacramentum à l'Etat.

Il est facile de comprendre qu'à cette époque lointaine, c'étaient les pontifes ou le roi, chef de la religion, qui tranchaient le litige. Mais par la suite, cette procédure allait se laïciser et en même temps se compliquer. A partir d'une époque qu'on ne peut fixer avec précision, le sacramentum cessa d'être versé immédiatement par les deux plaideurs. C'est qu'en effet la procédure jusque là était inaccessible aux prolétaires, à ceux qui n'avaient pas les moyens de verser comptant le montant de la somme à engager, tandis qu'avec le nouveau système, quelqu'un qui est sûr de son bon droit pourra entamer la procédure. Mais

Source : BIU Cujas

il faudra alors fournir des garants, qui s'engageront à assurer le versement du sacramentum par le perdant. C'est ce que l'on appelle les "praedes sacramenti", les garants du sacramentum. Les "praedes" sont d'anciennes cautions qui ici s'engagent envers le magistrat à assurer le versement de la somme engagée.

Une seconde innovation, c'est que les têtes de bétail ont été remplacées par les lingots d'airain, puis par des pièces de monnaie, et que le sacramentum consiste, suivant les cas, en 500 as ou 50 as. Mais on voit immédiatement la somme considérable que l'on risque dans le procès. Si l'objet litigieux a une valeur supérieure à 1.000 as, on est tenu d'engager une somme de 500 as, que l'on risque de perdre, si l'objet du litige est inférieur à 1.000 as, on se contentait d'engager une somme de 50 as. Enfin dans les procès en liberté, quelle que soit la valeur de la personne dont la condition juridique est discutée, la somme engagée est toujours de 50 as.

De plus, comme la procédure s'est laïcisée, on ne va plus perdre en un sacrifice inutile envers les dieux le montant du sacramentum, la somme perdue tombera dans la caisse de l'Etat. Ainsi donc, c'est l'Etat romain qui a dépouillé les dieux de l'enjeu de la procédure par le sacramentum.

Ainsi, s'est complètement transformée au cours des siècles, sur un très long espace de temps d'ailleurs, cette procédure de l'action de la loi par le "sacramentum". A l'origine, il s'agit de têtes de bétail qui seront consacrées à un sacrifice public, pour racheter la faute du perdant qui a ainsi affirmé à tort qu'il était propriétaire de la chose, tandis qu'au contraire à l'époque historique, dans les premiers siècles de la République, il ne s'agit plus que d'une promesse par les deux parties d'une certaine somme d'argent qui ne sera versée que par le perdant et qui tombera dans les caisses de l'Etat.

Telle est du moins l'évolution historique du sacramentum telle qu'on la conçoit actuellement, entièrement différente de celle que l'on enseignait il y a un certain nombre d'années.

Le renvoi de l'affaire au juge. Attribution de la possession intérimaire de la chose à l'une des parties

Mais du moment où le roi ou le pontife ne tranchait plus séance tenante le litige et où on le renvoyait à un juge qui jugerait l'affaire un certain temps plus tard, il fallait se préoccuper du sort de la chose litigieuse. Et ceci fut d'autant plus indispensable qu'une certaine loi Pinaria vint renvoyer à trente jours plus tard la nomination du juge. Il y a quelque chose qui nous échappe dans cette procédure du sacramentum, c'est qu'on l'allonge et qu'on la

Source : BIU Cujas

complique indéfiniment. Il semble que très anciennement on réglait l'affaire tout de suite et sans complications, et que peu à peu on y ajoute des rouages nouveaux et qu'on prolonge la durée du procès.

On ne pouvait pas , par exemple, laisser les moutons, les boeufs ou les esclaves au pied du tribunal du magistrat pendant plus d'un mois; il fallait régler le sort de la possession intérimaire de la chose pendant la durée du procès. D'où complications nouvelles extrêmement importantes dans le sacramentum. Le magistrat va confier la chose litigieuse à l'un des plaideurs. Mais ceci est très dangereux, car il faut être bien sûr que s'il perd le procès, il la rendra, et par suite on exige de lui qu'il fournisse des garanties, qu'il fournisse des garants, des parents, des amis, qui s'engageront à assurer la restitution de la chose s'il vient à perdre le procès. C'est ce que l'on appelle les "praedes litis et vindiciarum". Gaius nous dit que cela veut dire : le garant de la restitution de la chose litigieuse et des fruits produits par la chose au cours du procès, ce qui n'est peut être pas le sens primitif.

Ainsi, après que l'on a pris toutes les garanties désirables, on va renvoyer l'affaire devant un juge. (Le roi ou le pontife n'intervient plus sous la République), la procédure s'est laïcisée, c'est un simple particulier qui sera chargé de se prononcer; ce juge ne va être désigné que trente jours plus tard, à partir de la loi Pinaria.

Le rôle du juge, la sentence sur la justice du sacramentum de chaque plaideur. Les 3 hypothèses possibles.

Le surlendemain de sa désignation, les plaideurs reviennent devant le juge pour obtenir sa décision. Ils lui expliquent l'affaire chacun à sa manière, font entendre des témoins, font parfois intervenir celui qui avait vendu la chose à l'un des plaideurs, qui vient attester qu'il en a été propriétaire lui-même qui vient assister l'un des plaideurs contre l'autre. Le juge, quand il s'est fait une opinion sur la question, va rendre sa sentence.

En raison vraisemblablement de l'origine religieuse de cette procédure, le juge ne se prononce pas directement sur la question, il ne la tranche qu'indirectement. Le juge ne va pas dire :"C'est un Tel qui est propriétaire" ou "c'est un Tel qui ne l'est pas". Il va se prononcer sur la question de savoir si le sacramentum de chacun des plaideurs est justum ou injustum. C'était là la question religieuse qui primitivement avait amené le chef de la religion à intervenir dans le litige entre deux particuliers. Bien que le caractère religieux ait disparu, on n'a jamais tranché la question de propriété directement; on s'en

Source : BIU Cujas
Reproduction interdite

tient toujours à la question de savoir si oui ou non les deux plaideurs avaient une raison justifiée d'engager ce sacramentum, si leur provocation au sacramentum était conforme au droit ou contraire au droit. Et il n'est pas du tout nécessaire pour le juge de déclarer que le "sacramentum" de l'une des parties est "justum", tandis que le "sacramentum" de l'autre est "injustum". Le juge peut ne pas avoir été convaincu par les arguments des parties et déclarer que tous les deux ont tort, que ni l'un ni l'autre n'a démontré qu'il était propriétaire, que les deux "sacramenta" sont "injusta", que c'est sans droit qu'ils ont affirmé tous les deux leur propriété de la chose.

Ainsi trois hypothèses peuvent se présenter. La première, qui est toute simple, c'est celle où le "sacramentum" du possesseur intérimaire est déclaré "justum"; la question est réglée par la sentence du juge, il reste définitivement en possession de la chose litigieuse, l'Etat fait rentrer dans sa caisse le "sacramentum", le montant du sacramentum de l'autre partie.

La seconde hypothèse, c'est le cas où le juge n'a été nullement convaincu par les arguments des plaideurs; il déclare que les deux sacramenta sont injusta; le trésor public fait rentrer les sommes engagées par les deux plaideurs dans ses caisses, tous deux devront verser à l'Etat la somme de 50 as ou de 500 as qu'ils avaient garantie. Mais comme ni l'un ni l'autre n'a raison, celui qui avait été mis temporairement en possession continuera provisoirement à conserver la chose, il n'y a aucune raison de la lui retirer au profit de l'autre plaideur, réserve faite d'ailleurs de la possibilité pour le véritable propriétaire d'intervenir dans la suite et d'agir contre le possesseur de cette chose.

Enfin, le troisième cas, le plus difficile à régler : c'était celui où le sacramentum déclaré justum est celui de la personne qui n'avait pas été mise en possession provisoire. L'Etat va bien faire rentrer dans sa caisse la somme promise par le possesseur provisoire, mais il va falloir d'autre part assurer la restitution de la chose litigieuse.

Comment est assurée indirectement par les praedes litis la restitution de la chose au plaideur non possesseur dont le sacramentum

D'après l'opinion qui triomphe de nos jours, il semble qu'il n'y a pas de procédés de contrainte directe contre le possesseur intérimaire, mais que le vainqueur du procès va procéder à des moyens de contrainte indirecte contre les garants, contre les "praedes litis et vindiciarum"; il va leur dire : vous avez garanti la restitution de la chose et des fruits, le possesseur intérimaire a perdu le procès et il ne paraît rien vouloir connaître de l'affaire, vous allez

Source : BIU Cujas

est justum.

faire pression sur lui, vous allez le contraindre à me restituer la chose,ou sans cela, gare à vous, n'oubliez pas que vous êtes des "praedes" et que les "praedes" sont passibles des voies d'exécution sur la personne. Les "praedes" se précipitent chez le possesseur intérimaire et lui disent : restitue la chose ou sans cela nous allons être emmenés en prison et on ne sait pas ce qui peut nous arriver. Il est alors facile de comprendre que de cette manière indirecte on assurera la restitution de la chose et des fruits intérimaires. Ainsi donc,c'est par voie de contrainte , par voie de menace à l'égard des garants que l'on assurait l'exécution de la sentence du juge.

B- Ayant ainsi examiné sommairement comment se déroule la procédure du sacramentum in rem , nous allons dire quelques mots de la procédure du sacramentum in personam.

La procédure du sacramentum in personam, L'affirmation du demandeur, la négation du défendeur.

Ici nous serons beaucoup plus bref, car il y a une lacune dans le manuscrit des Institutes de Gaius, de Vérone,et il y a une lacune presqueidentique dans le fragment de Gaius qui a été découvert en I933.

On sait que la procédure du sacramentum in personam commençait par une affirmation solennelle de son droit de créance par le demandeur. Ici il y a un demandeur et un défendeur:"je dis que tu me dois I0.000 as". La notion de dette, de droit de créance, était exprimée par le verbe "oportere", devoir. Il semble que le défendeur devait nier la prétention du demandeur, puisque nous avons conservé l'abréviation de la suite , où le demandeur reprend la parole en disant :"puisque tu nies....", donc c'est qu'il y avait une négation, et il semble par comparaison avec les autres procédures que le défendeur disait :"non oportere", ne pas devoir.

La provocation au sacramentum la sentence du juge sur la justesse du sacramentum.

Puis avait lieu la provocation au sacramentum "puisque tu nies, je te provoque au sacramentum de 500 as (ou de 50 as)" Et alors on procédait à la nomination du juge. Le juge déclarait quel était le sacramentum justum et celui qui était injustum; ici il n'y a plus que deux hypothèses possibles, on doit ou on ne doit pas, on ne peut pas concevoir que les deux plaideurs aient à la fois tort, par conséquent,c'est soit le créancier soit le débiteur qui a raison.

S'il s'agissait d'une dette de somme d'argent, il suffisait que le juge ait déclaré le sacramentum du demandeur justum pour que le demandeur puisse procéder aux voies d'exécution sur la personne, à la manus injectio . Si au contraire il s'agissait d'une dette portant sur autre chose que de l'argent, il fallait ensuite une procédure d'estimation en argent de la

Source : BIU Cujas

valeur de la chose litigieuse, car la manus injectio , l'exécution , ne peut avoir lieu que pour des dettes portant sur des sommes d'airain ou d'argent. Ainsi donc, au cas où le sacramentum du demandeur est déclaré justum et où ce qu'il réclamait était un troupeau de moutons par exemple, il fallait qu'un arbitre évalue en argent la valeur du troupeau de moutons réclamé.

Ayant ainsi étudié l'action de la loi par le "sacramentum", examinons à présent la "judicis postulatio".

2- La judicis postulatio , La demande de juge.

Il est curieux de voir quelle était l'interprétation d'une action de la loi inconnue par les auteurs modernes et les résultats que l'on a pu tirer de la connaissance que l'on a de cette action depuis que l'on a découvert le fragment de Gaius qui l'exposait.

En effet, la judicis postulatio n'était connue que d'une manière très indirecte jusqu'en 1933 puisque dans le palimpseste des Institutes de Gaius que l'on possédait il y avait une lacune, un passage indéchiffrable complètement rongé à l'endroit où Gaius étudiat la judicis postulatio et l'on avait été prendre des bribes de ci de là pour reconstituer cette procédure: Les auteurs avaient d'ailleurs affirmé qu'on ne l'utilisait pas dans les cas où il y avait à trancher une question par oui ou par non , et en particulier que le plus ancien, le plus important contrat de l'ancien droit romain, la stipulation, ou bien n'existait pas à l'époque de la loi des XII Tables, ou bien était sanctionné par le sacramentum in personam. Les auteurs avaient tort. D'une part la stipulation existait dès la loi des XII Tables, et d'autre part elle était sanctionnée par la judicis postulatio, et non pas par le sacramentum in personam. C'est Gaius qui nous l'enseigne, et c'est Gaius qui prend même l'exemple de la stipulation comme formule type pour la judicis postulatio.

Les auteurs supposaient que la procédure en évaluation de la valeur de l'objet litigieux qui suivait le sacramentum in personam se faisait par voie de judicis postulatio, et malheureusement Gaius est absolument muet sur cet emploi de l'arbitri postulatio en vue d'une litis aestimatio.

Les différences entre le sacramentum et la judicis postulatio.

Il semble que ce soit dans les règles de procédure suivies plutôt que dans le domaine d'application de l'action qu'il faille rechercher l'opposition entre le sacramentum in personam, et la demande d'un juge ou d'un arbitre, "judicis arbitrive postulatio".

Source : BIU Cujas

Procédure sine periculo.

Tout d'abord Gaius insiste sur l'idée que celui qui utilise le "sacramentum in personam" encourt en cas de perte du procès une peine de procédure, tandis qu'au contraire celui qui utilise la judicis postulatio peut perdre son procès sans encourir la moindre amende de procédure.

Nomination immédiate du juge.

D'autre part, contrairement à ce que croyaient les auteurs modernes, la loi Pinaria ne s'appliquait pas à la judicis postulatio et le juge dans la judicis postulatio était désigné immédiatement après les autres formalités de l'action de la loi. Par conséquent, c'est une procédure plus expéditive que le sacramentum que nous avons étudié tout à l'heure.

Indication de la cause de la demande.

En outre, la judicis postulatio n'est pas une action abstraite, à la différence du sacramentum in personam, vraisemblablement, et de la condictio, certainement. Celui qui agit par la judicis arbitrive postulatio précise devant le magistrat le fondement juridique de sa prétention, il ne se borne pas à dire; j'affirme que tu me dois 10.000 sesterces, sans qu'on sache pourquoi; il précise : j'affirme qu'en vertu du contrat de stipulation, tu me dois 10.000 sesterces. Ou bien il précise qu'il agit parce qu'il veut réclamer le partage de biens indivis.

Exercice de la J.P. dans des cas déterminés par la loi.

Enfin, Gaius nous montre que tandis que le sacramentum in personam était utilisé dans le silence de la loi (vraisemblablement dans les cas prévus par la coutume antérieure), la demande d'un juge ou d'un arbitre est une procédure rigoureusement légale, qui est utilisée dans les cas où la loi des XII Tables a formellement prévu que l'on emploierait cette procédure. Ainsi les cas d'application de la judicis arbitrive postulatio sont strictement limités, sont ceux où la loi a indiqué que l'on devait employer cette action plutôt qu'une autre.

Procédure de la judicis postulatio.

Comment procédait-on ? Le demandeur affirmait la légitimité de sa prétention, précisait sa prétention s'il s'agissait d'un droit de créance, en précisant la cause de sa prétention, son fondement juridique; "en vertu d'une sponsio j'affirme que tu me dois 10.000 sesterces". Puis, s'adressant à son adversaire, il l'invitait à reconnaître ou à contester le bien-fondé de cette prétention; oui ou non, est-ce vrai ou n'est-ce pas vrai ? Et si si le défendeur niait la dette, il employait comme dans les autres procédures sanctionnant les droits de créance, la formule "non oportere", ne pas devoir. Alors le demandeur reprenait la parole et déclarait au défendeur et au magistrat, s'adressant à la fois au défendeur et au magistrat : "puisque tu nies, je demande, préteur, de désigner un juge pour

Source : BIU Cujas

trancher le litige".

Les cas d'application de la J.P.

Toutes ces indications ne sont connues que depuis la fin de 1933. Gaius nous indique ainsi non seulement le mode d'emploi de la judicis postulatio pour trancher des litiges portant sur des droits de créance , mais il nous précise également d'une manière plus précise l'emploi de l'arbitri postulatio, la demande d'arbitre dans les cas où il ne s'agit plus de savoir s'il y a un créancier ou s'il n'y a pas de créancier, mais où il s'agit d'arbitrer un réglement entre deux personnes, où il y a un règlement à accomplir plutôt qu'un litige à trancher par oui ou par non. Ici les auteurs ne s'étaient pas trompés, ils avaient eu raison de croire que c'était l'arbitri postulatio que l'on utilisait dans l'action en partage de succession, dans l'actio familiae erciscundae et que c'était la loi des XII Tables qui avait permis d'obliger les cohéritiers à supporter le partage des biens de la succession par l'actio familiae erciscundae.

La loi Licinia et l'actio communi dividundo.

Par contre,Gaius nous apporte un renseignement entièrement nouveau en ce qui concerne l'apparition de l'action en partage des biens indivis provenant d'une autre source; l'actio communi dividundo, l'action en partage des biens indivis, en dehors des successions fut créée, nous dit-il , par une loi postérieure à la Loi des XII Tables,par la loi Licinia . Et, ainsi que M. Le Professeur Monier l'a montré au moment où parurent ces nouveaux fragments de Gaius (I), il est assez amusant de voir ressuscitée par la découverte de ce texte une loi qu'un savant auteur allemand avait voulu à jamais faire disparaître. M. Beseler, avait en effet écrit un article pour démontrer que la loi Licinia que l'on trouve dans les textes du Digeste, n'existait pas, et il essayait par une savante démonstration de prouver que l'on avait mal lu le texte et qu'il y avait dans le texte "licitationis", et il terminait : si j'ai raison, ainsi disparaît cette loi mystérieuse et incompréhensible. Quelque temps plus tard on découvrait en Egypte ce nouveau fragment de Gaius qui nous prouvait que la loi Licinia avait bel et bien existé et que c'était elle qui avait crée l'action en partage des biens indivis.

(I) Cf. R. Monier, Les nouveaux fragments de Gaius (P.S.I. N° II82) éd. Domat-Montchrétien, 1933.

Source : BIU Cujas

3°-L'action de la loi par la condictio.

L'introduction de la condictio par les Lois Silia et Calpurnia, son domaine d'application.

Cette action de la loi est beaucoup plus récente, puisqu'elle n'a été créée que plusieurs siècles après la Loi des XII Tables par les lois Silia et Calpurnia. Gaius nous dit qu'on se demande pourquoi on a créé cette action. En effet, il semble que cette action n'ait pas eu primitivement pour objet de sanctionner des droits nouveaux, et malgré les efforts faits par les auteurs modernes, on ne voit pas très nettement l'intérêt que présente la création de la loi par la condictio.

Son domaine d'application est d'ailleurs limité au droit des obligations, et même à une partie seulement du droit des obligations. Cette condictio ne sanctionne que des obligations de sommes d'argent déterminées (loi Silia) et les obligations ayant pour objet des choses déterminées, autres que des sommes d'argent (loi Calpurnia). Ainsi donc vous pouvez l'intenter si vous prétendez être créancier de IO.OOO sesterces. Mais comme il y avait déjà la judicis postulatio, on ne voit pas très bien pourquoi on a créé une action nouvelle. Ou bien encore on peut l'intenter si on prétend être créancier de IO.OOO boisseaux du meilleur blé d'Afrique. Si, au contraire, vous ne précisez pas le nombre de boisseaux qui vous est dû, ou si vous ne précisez pas que c'est du meilleur blé d'Afrique et que l'on peut vous donner du mauvais blé de Sicile à la place, alors vous ne pouvez pas intenter la condictio.

Procédure de la condictio, son caractère abstrait.

Cette procédure consiste dans une affirmation solennelle de l'existence de la créance, et puisqu'il s'agit de créances déterminées, le vendeur doit toujours préciser le montant de sa créance, la somme d'argent exacte qu'il réclame, le nombre exact de sacs de blé ou de barriques de vin. Et comme dans la judicis postulatio également, il invite le défendeur à reconnaître le bien fondé de sa demande ou à nier sa prétention. Le défendeur, s'il veut lier le procès, au lieu d'avouer l'existence de la dette, répond; "non oportere", comme dans les deux autres actions de la loi. Par contre, dans la condictio le demandeur ne précise pas la cause de sa prétention, il n'indique pas le fondement juridique de sa demande, on ne sait pas pourquoi il intente son action, si c'est en vertu d'une stipulation ou d'un prêt ou d'une opération juridique d'une autre nature; on ne sait pas devant le magistrat quel est le fondement juridique de sa demande, C'est devant le juge qu'il y aura lieu de voir si oui ou non il y a

Source : BIU Cujas

une créance justifiée par tel ou tel acte juridique.

Le

D'autre part, après la contestation de la demande, au lieu de réclamer immédiatement la nomination du juge, le demandeur invite le défendeur à revenir pour cette nomination au bout de trente jours. Et Gaius nous dit que c'est cette invitation qui a donné son nom à la procédure, parce que condictio signifie sommation, invitation; c'est le délai entre la fin de l'exposé des prétentions et la nomination du juge que l'on trouve dans le sacramentum in personam.

On est donc aussi embarrassé que Gaius pour expliquer le motif de la création de la condictio. S'il n'y avait pas de judicis postulatio, on pourrait dire que l'on a créé la procédure nouvelle en raison du caractère archaïque de l'ancienne et pour éviter la peine du sacramentum, mais on ne voit pas du tout l'intérêt de la condictio par rapport à la judicis postulatio dans les cas où celle-ci est possible, on ne voit pas l'intérêt de retarder la nomination du juge comme dans le sacramentum in personam, ou de ne pas préciser devant le magistrat la cause du droit du demandeur. Il y a vraisemblablement des intérêts de procédure, mais si Gaius ne les savait lui-même pas, alors qu'il connaissait le texte de la loi des XII Tables et avait étudié la procédure des actions de la loi, nous sommes excusables de ne pas être beaucoup plus avancés que lui.

La M.I.voie d'exécution des jugements et en cas de confessio in jure.

4- La manus injectio.

La manus injectio, l'imposition de la main, est, d'après Gaius, à l'époque de la Loi des XII Tables, par excellence la voie d'exécution des jugements, et dans la loi des XII Tables, en dehors du cas d'exécution des jugements, on ne peut, semble-t-il, l'intenter qu'au cas tout à fait voisin d'aveu du défendeur reconnaissant devant le magistrat le bien fondé de la prétention du demandeur et déclarant qu'il lui doit effectivement la somme d'airain que réclamait le demandeur. Il est facile de comprendre qu'un aveu solennel devant le magistrat portant sur une somme déterminée entraîne les mêmes conséquences qu'un jugement de condamnation. Des deux côtés, il est incontestable que le défendeur doit la somme en question.

Nous n'insisterons pas sur les théories modernes qui ont soutenu que la "manus injectio" dans le très ancien droit romain avait un domaine d'application beaucoup plus étendu; Gaius dit le contraire, l'unique fragment de la loi des XII Tables que nous avons conservé ne parle que d'aveu et de jugement; tenons-nous en aux affirmations des textes romains.

Source : BIU Cujas

I- Etudions d'abord la procédure de la manus injectio dans la loi des XII Tables.

Caractère archaïque de la procédure. L'affirmation de manum injiciens. Impossibilité pour le défendeur de contester lui-même la manus injectio.

A l'époque de la Loi des XII Tables, c'est encore une procédure très archaïque, très brutale. On suppose que l'auteur de l'aveu ou le débiteur a laissé passer le délai de grâce de trente jours suivant l'aveu ou le jugement, imparti pour donner satisfaction au créancier. Le créancier va alors amener de gré ou de force le débiteur devant le magistrat, et le saisissant par une partie quelconque de son corps, il devra prononcer la formule rituelle de mainmise. Par exemple il dira: "Puisque tu m'as été attribué par jugement pour une somme de IO.000 sesterces et que tu ne t'es pas acquitté, pour ce motif, moi je procède à ton égard à la mainmise de personne jugée pour IO.000 sesterces." Et en même temps il met la main sur lui, il s'en empare. Ce qui est extrêmement intéressant, c'est la paralysie rituelle dont est frappée par cette mainmise la personne qui en a fait l'objet. Celui qui a été ainsi soumis à une manus injectio, ne peut pas protester, ne peut pas s'en délivrer, à l'époque de la Loi des XII Tables; il ne peut pas dire:"mais vous vous moquez de moi, il n'y a jamais eu de jugement, je n'ai jamais rien avoué", ce n'est pas possible; du moment où il est ainsi saisi rituellement, il ne peut pas se délivrer lui-même de cette mainmise. Il n'y a pour le délivrer que deux possibilités: soit le paiement séance tenante des IO.000 sesterces, soit l'intervention d'un vindex.

L'intervention du vindex; libération du défendeur, le procès entre le vindex et le demandeur.

La Loi des Douze Tables en effet met rigoureusement sur le même pied la satisfaction immédiate donnée au demandeur et l'intervention du vindex. L'intervention du vindex libère celui qui a fait l'objet de la manus injectio aussi complètement que le paiement de la dette. On voit la cérémonie se passer. Le vindex libère matériellement le débiteur de la manus injectio; il enlève la main du demandeur qui s'était posée sur l'épaule du débiteur, et le débiteur est libéré. Mais alors celui qui avait fait la manus injectio se retourne contre le vindex et lui dit : de quel droit agissez-vous ainsi? Le vindex déclare que c'est parce que la manus injectio avait eu lieu à tort, sans droit, et alors un procès s'engage entre ce vindex et le demandeur primitif sur la légitimité de la manus injectio. Si le vindex échoue finalement, il sera puni de la peine du double, car il est bien évident qu'on ne pourrait pas lui permettre d'intervenir impunément dans cette affaire. Pour le punir d'avoir ainsi sans droit libéré le débiteur de la mainmise

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

de son créancier, il est condamné à la peine du double de la dette primitive. Mais ce n'est pas le débiteur primitif qui sera soumis à l'exécution sur la personne, si le vindex ne paie pas, c'est le vindex qui sera soumis à la manus injectio.

Le-

Faute de vindex le débiteur est emmené dans la prison privée du créancier, délai de 160 jours.

Mais il peut arriver qu'aucun vindex n'intervienne et que d'autre part le créancier n'ait pas reçu satisfaction. En une telle hypothèse, la Loi des Douze Tables autorise le créancier à emmener chez lui son débiteur, et il peut l'enfermer dans sa prison privée pour un délai de soixante jours.

Ce délai de soixante jours qui suit ainsi la mainmise est une période transitoire, une période pendant laquelle notre débiteur, tout en étant en fait privé de la liberté, reste cependant un citoyen romain titulaire de son patrimoine et jouissant du droit de cité. C'est un délai pendant lequel il doit s'arranger avec son créancier, ou trouver quelqu'un qui veuille bien faire les frais de sa libération. La Loi des Douze Tables fixe non seulement le poids des chaînes du débiteur , mais également la quantité de farine que l'on doit lui donner, et impose au créancier également l'obligation de fournir l'eau gratuitement. De plus elle exige qu'à trois marchés successifs, le créancier amène son débiteur afin de trouver quelqu'un qui veuille bien payer la dette.

La mise à mort du débiteur ou sa vente trans Tibérim.

Mais si le délai de soixante jours est expiré et si personne n'a payé et si aucun arrangement n'est intervenu, alors le débiteur insolvable est à la merci de son créancier; celui-ci peut le mettre à mort ou de préférence , il le vendra comme esclave au-delà du Tibre, en Etrurie.

La Loi des Douze Tables prévoit le même cas où il y avait plusieurs créanciers, et dans une disposition qui fait frémir les personnes sensibles, elle déclare que les différents créanciers pourront partager en morceaux le corps de leur débiteur. Beaucoup d'auteurs modernes ne veulent pas admettre l'existence de cette disposition; ils cherchent à donner du texte de la Loi des Douze Tables une autre interprétation . Mais la tradition romaine veut que ce soit bien le corps du débiteur que l'on coupe en morceaux. Toutefois il semble que ce soit une menace plutôt qu'une réalité.

2 - La manus injectio apres la Loi des Douze Tables.

Extension du domaine de la M.I., la M.I. pro judicato.

Dans la Loi des Douze Tables la manus injectio était le mode d'exécution des jugements. Mais des lois postérieures estimèrent que pour sanctionner ri-

Source : BIU Cujas

goureusement des obligations nouvelles, on pouvait donner aux créanciers une manus injectio sans jugement.

Les premières lois qui accordèrent cette mainmise accordent ce que l'on appelle une manus injectio pro judicato, "comme s'il y avait jugement". On intente la manus injectio dans les cas prévus par la loi avec la fiction qu'un jugement préalable était intervenu.

Puis, par la suite, différentes lois qui concernent surtout le droit des obligations instituèrent ce que l'on appelle la manus injectio pura, pure et simple, dans laquelle il n'y a plus de fiction d'un jugement. La loi accorde purement et simplement au créancier le droit de procéder à la mainmise sur le débiteur en raison du caractère de l'obligation.

Voici un exemple emprunté au cours de cette année, la loi Furia testamentaria. On suppose que le légataire a exigé de l'héritier le paiement d'un legs supérieur au taux légal; l'héritier le paie, mais il procède ensuite à la manus injectio sur le légataire pour le contraindre à restituer ce qu'il a trop payé.

Adoucissement de la M.I. La M.I. pura; la loi Vallia.

Avec cette manus injectio pura est d'ailleurs apparue une amélioration du système de la manus injectio. La solidarité familiale commence à décroître: il est plus difficile désormais de trouver un vindex, et c'est pourquoi, dans les cas nouveaux de manus injectio, on permet au débiteur de se défendre lui-même, de repousser lui-même la mainmise de son créancier et d'entamer avec lui un procès sur la légitimité de la poursuite.

Un peu plus tard une loi Vallia devait limiter l'exigence du vindex; à deux cas seulement, celui de la loi Publilia sur le cautionnement et celui du jugement. Par conséquent, il n'y a guère qu'en cas de jugement préalable que l'on a exigé jusqu'à la fin l'intervention d'un vindex pour libérer le débiteur de la manus injectio.

En même temps l'adoucissement des moeurs a fait que l'on a cessé de mettre à mort les débiteurs insolvables, et on se contente à la fin de la République de les faire travailler à son profit.

5 - La cinquième action de la loi dont nous ayons à parler est la "pignoris capio", la prise de gage.

La saisie privée d'un bien mobilier du débiteur. Son domaine restreint

De même que la manus injectio est une mainmise sur la personne du débiteur, la pignoris capio est une mainmise sur une chose mobilière appartenant à à un débiteur en vue de la contraindre indirectement à payer sa dette. A l'époque de Gaius d'ailleurs on

Source : BIU Cujas

...ication. Le... discutait entre jurisconsultes si la pignoris capio devait ou non rentrer dans les actions de la loi, car, à la différence des autres procédures que nous avons étudiées, elle n'exige point le concours du magistrat, elle peut avoir lieu un jour néfaste et on peut même y procéder en l'absence de l'adversaire. Toutefois Gaius ajoute qu'étant donné les paroles solennelles qu'on prononce dans cette procédure, la majorité des auteurs y voyaient une action de la loi.

La saisie privée se retrouve dans toutes les législations archaïques. Elle a existé dans notre très ancien droit français où on vous a montré son importance; on la retrouve chez les Irlandais et chez la plupart des peuples. Mais en droit romain à l'époque de la Loi des Douze Tables elle n'a plus qu'une importance très restreinte; elle n'est plus admise que dans des cas particuliers.

On la rencontre tout d'abord en matière religieuse, en raison de l'intérêt religieux que présente le paiement d'une dette. Il s'agit du cas où une personne avait vendu un animal en vue d'un sacrifice et où l'acheteur n'avait pas payé le prix; on permet au vendeur non payé de saisir un bien appartenant au débiteur du prix. On suppose que ce sont les prêtres qui vendaient les bêtes qu'ils destinaient aux sacrifices. Et par suite il s'efforcaient de garantir le paiement du prix. On y assimile le cas où un citoyen romain avait loué les services d'un animal en vue de consacrer le prix de location à un sacrifice et où ce prix de location n'est pas payé; ici encore l'intérêt religieux intervient.

En dehors de ces cas rattachés à une idée religieuse, on ne trouve la pignoris capio que dans des questions qui se rattachent au droit public et où l'on peut voir dans la saisie privée une sorte de délégation des magistrats de l'Etat. En effet, les magistrats de l'Etat romain pratiquaient couramment la prise de gage pour contraindre les particuliers à obéir à leurs ordres, dans certains cas les particuliers reçoivent délégation de ce pouvoir du magistrat.

C'est ainsi que les soldats peuvent exercer la prise de gage contre ceux qui sont redevables de leurs soldes ou de la nourriture de leurs chevaux, ou que les publicains, les fermiers des impôts peuvent procéder à la saisie des biens des contribuables. La saisie des biens du contribuable récalcitrant par le percepteur des impôts est de tous les temps.

Quelle que soit la portée primitive de la pignoris capio, en droit privé, son importance est assez restreinte dès l'époque de la Loi des Douze Tables.

Source : BIU Cujas

C'est d'ailleurs un procédé très imparfait, c[ar] loi ne donne pas au saisissant le droit de disp[oser] du bien saisi; il a simplement la faculté de le c[on]server jusqu'à ce que le débiteur ait libéré la cho[se] en payant la dette.

Chapitre III.

LA DECADENCE DES ACTIONS DE LA LOI ET L'APPARITION DE LA PROCEDURE FORMULAIRE.

Les dangers pour les plaideurs du formalisme de la procédure des Actions de la Loi.

La procédure des actions de la loi présentait de graves inconvénients tant au point de vue des plaideurs d'un procès déterminé qu'au point de vue des progrès du droit romain.

I) En ce qui concerne les plaideurs, le grave inconvénient était le formalisme excessif de cette procédure, où la moindre erreur dans le rituel risquait de faire perdre définitivement un procès, et il semblait que les hommes de loi avaient contribué à rendre "odieuse" cette procédure, si l'on en croit Gaius, en multipliant les pièges de procédure.

Inadaptation aux besoins nouveaux de la pratique.

2) Un inconvénient plus général du système, c'était qu'il n'était pas bien adapté au progrès du droit et à l'amélioration des règles juridiques par la jurisprudence des tribunaux. En un effet, dans un tel système, pour que le droit progresse, il faut en principe qu'une loi nouvelle soit votée chaque fois que l'on veut faire une innovation. Or, le législateur se montre bien souvent incapable de faire progresser le droit privé de cette manière. En tous les temps on constate que le législateur est aussi prodigue de lois en matière politique ou en matière financière qu'il est avare de lois en matière de droit privé.

Il est vrai que lorsque les lois se révélaient insuffisantes, les préteurs et les pontifes arrivaient tant bien que mal, en utilisant la fiction ou en combinant les textes législatifs antérieurs, à améliorer quelque peu le droit en usage. Mais c'étaient là des palliatifs qui devaient se révéler tout à fait insuffisants lorsque, au cours des derniers siècles de la République, la société romaine se transforme radicalement à tous les points de vue.

La procédure

Nous ne signalerons parmi les innovations de la fin de la

Source : BIU Cujas

onem
imaginé
en na-
de pétition
hérédité, pour
éviter les in-
convénients du
sacramentum in
rem.

période des actions de la loi que la création de la procédure per sponsionem, par la promesse. Cette procédure per sponsionem a pour but de faire trancher à l'aide du sacramentum in personam une question qui devrait être tranchée par voie de sacramentum in rem.

La simple lecture des manuels suffit à se rendre compte de la complication de la procédure instituée. Au contraire, on s'explique cette réforme si on ne parle pas du tout de simplification, comme on le fait souvent, mais uniquement d'avantages présentés par cette procédure sur la procédure du sacramentum in rem, soit en ce qui concerne l'enjeu du procès, soit en ce qui concerne les garanties exigées.

D'après les études les plus récentes, il semble que le nouveau système n'ait pas été à proprement parler créé pour l'action en revendication d'une chose déterminée, mais bien pour la pétition d'hérédité, pour l'action qui sanctionne le droit de succession, le droit de l'héritier. Auparavant, il fallait utiliser la procédure du sacramentum in rem, et en général puisqu'une succession est quelque chose d'une grosse valeur, risquer au profit de l'Etat un enjeu de 500 as et fournir des garants dont l'engagement était très sérieux puisqu'ils devaient assurer la restitution de toute la sucession. On va désormais faire régler indirectement la question de succession en utilisant le sacramentum in personam; on va faire trancher la question indirectement à la suite d'une promesse faite par le possesseur des biens de la succession à celui qui se prétend héritier. Le possesseur de la succession promet en vertu d'une loi Crepereia. une somme de 125 sesterces au prétendu héritier au cas où ce prétendu héritier serait effectivement l'héritier du droit civil. Il y a donc une question de droit de créance, la question de savoir si celui qui se prétend héritier est ou non créancier de cette somme de 125 sesterces. On se présente devant le tribunal des centumvirs et on lui pose la question : la somme de 125 sestèrces est-elle due ou n'est-elle pas due? Par la réponse le tribunal des centumvirs tranche indirectement la question de succession.

Le mécanisme de la procédure per sponsionem, la sponsio praejudicialis permettant de faire trancher la contestation par une action personnelle.

De cette manière, on évite l'enjeu de 500 as au profit de l'Etat, puisque pour une créance de 125 sesterces on n'a à engager qu'un enjeu de 50 as. D'autre part, comme il s'agit d'un sacramentum in personam, on n'a plus à fournir des praedes, chose particulièrement difficile à trouver à une époque où la solidarité familiale disparaît de plus en plus.

La satisdatio

Mais - où l'affaire se complique, c'est lors-

Source : BIU Cujas

pro praede litis et vindiciarum.

qu'il s'agit d'assurer la restitution de la succession en cas de triomphe de celui qui se prétend héritier, alors que la succession est aux mains d'un autre possesseur. Dans ce but, il fallait exiger une promesse de restitution du possesseur de la succession. On lui fait promettre au cas de perte du procès sur le droit de créance de restituer la succession au véritable héritier. C'est pourquoi intervient alors la stipulation "pro praede litis vindiciarum", stipulation qui tient lieu de l'engagement antérieur des praedes litis et vindiciarum . Il n'y a plus de garants, il n'y a plus de praedes, mais l'engagement de restituer la succession pris par le possesseur tient lieu de cet engagement antérieur des praedes. Ainsi, si le possesseur des biens successoraux perd le procès relatif aux I25 sesterces, la personne qui indirectement a été reconnue héritière exige, en vertu de cette stipulation accessoire, la restitution de la succession. Et si le possesseur intérimaire s'y refuse, elle intente un nouveau procès qui est gagné d'avance.

Malgré la complexité que nous paraît présenter ce système, il a survécu au temps de la procédure formulaire, et même sous la procédure formulaire, il a été appliqué à l'action en revendication de biens déterminés.

Sous la procédure formulaire, à côté de la procédure en revendication par formule pétitoire, dans laquelle on revendique directement la chose litigieuse, il existe une procédure indirecte de revendication, per sponsionem, par la promesse. Mais dans cette procédure per sponsionem, forme de l'action en revendication sous la procédure formulaire, on se contente d'une promesse de 25 sesterces, et l'on dit qu'il s'agit d'une promesse préjudicielle, d'une promesse qui est simplement destinée à faire régler d'avance une question plus importante. Comme cette promesse de 25 sesterces est préjudicielle, comme elle a simplement pour but de faire trancher la question de propriété de la chose litigieuse, le gagnant du procès ne peut même plus en exiger le versement effectif par le perdant.

Ainsi les Romains en arrivèrent à faire trancher indirectement les questions de droits réels, (questions de successions et questions de propriété), à l'aide d'une procédure empruntée aux droits de créance, la procédure per sponsionem qui se pratique d'abord sous forme de sacramentum in personam, puis à l'époque de la procédure formulaire par voie d'utilisation de la formule de la condictio.

Nous ne parlerons pas ici des mesures exception-

Source : BIU Cujas

nelles qui furent prises par le magistrat en vertu de son imperium. Nous n'avons pas le temps d'en parler et nous les retrouverons à propos de l'étude de la procédure formulaire. Indiquons simplement ici que dès l'époque des actions de la loi, le préteur est intervenu dans certains cas en vertu de son imperium, de son pouvoir de commandement, pour améliorer le fonctionnement de la procédure ou pour créer des droits nouveaux au profit de personnes qu'il jugeait dignes de protection.

Origine de la procédure formulaire dans les procès entre Romains et pérégrins qui ne comportaient pas emploi de la legis actio.

3 - Etude des origines et des avantages de la procédure formulaire.

Nous n'exposerons pas les différentes théories qui sont émises sur les origines de la procédure formulaire, et nous tiendrons pour établi que la procédure formulaire a son origine dans les relations entre Romains et pérégrins.

En effet, la procédure des actions de la loi était en principe réservée aux citoyens romains, ou vraisemblablement aux Latins. Or, il existait un nombre de plus en plus grand de pérégrins soumis au peuple romain, et il était par suite indispensable de régler les litiges entre ces citoyens et les pérégrins. Dés le milieu du IIIe siècle av.J..C. fut institué un préteur pérégrin chargé de dire le droit entre citoyens et pérégrins. Il fallait nécessairement qu'il utilise une procédure, et si les actions de la loi ne pouvaient pas être employées, il devait par la force même des choses être amené à donner des instructions aux récupérateurs qu'il chargerait de trancher le litige. C'est ainsi, croyons-nous, qu'a pris naissance la procédure formulaire, procédure qui se caractérise par le fait que l'élément capital de la procédure réside dans les instructions données par le magistrat aux récupérateurs ou au juge qu'il charge de trancher un litige déterminé.

Les instructions du magistrat aux recuperatores, la formule écrite et l'importance du rôle du magistrat.

Ces instructions furent peut-être à l'origine des instructions verbales. Mais assez rapidement le magistrat prit l'habitude de donner au juge des instructions écrites, et c'est ce que l'on appelle une formule. Après avoir écouté les prétentions et moyens de défense des plaideurs, qui s'expriment en termes quelconques et non plus en termes rituels, le magistrat rédige une formule dans laquelle il résume les prétentions et moyens de défense des plaideurs et où il impose au juge l'obligation de condamner le défendeur si le demandeur a raison et d'absoudre le défendeur, si le demandeur a tort, s'il ne fait pas la preuve de son droit.

Source : BIU Cujas

Ainsi, par suite de l'introduction de la procédure formulaire, les rôles respectifs des plaideurs et du magistrat sont renversés. Dans la procédure des actions de la loi c'est aux plaideurs qu'il incombe de lier le procès par des paroles rituelles;dans la procédure formulaire les plaideurs s'expriment en termes quelconques et c'est au magistrat qu'incombe en principe le soin de rédiger l'acte fondamental et formaliste qui lie la phase devant le magistrat à la phase devant le juge, la formule qui sert d'instruction écrite au juge du procès.

La délivrance par le préteur urbain de formules dans des cas où le droit civil ne donnait pas d'action.

Nous croyons - mais cela n'est pas admis par tout le monde - que la procédure formulaire ne fut d'abord utilisée que par le préteur pérégrin et les édiles curules, que c'est une procédure qui était en usage là où l'action de la loi, en raison de la nationalité de l'un des plaideurs, n'était pas possible. Mais le préteur urbain vit dans cette procédure nouvelle un moyen de compléter la procédure en usage entre citoyens, et dans des cas où le droit civil ne délivrait pas d'action en justice, il n'hésita pas parfois à délivrer suivant le système de la procédure formulaire des formules nouvelles correspondant aux prétentions des plaideurs.

Un pas décisif devait être accompli du jour où l'on allait permettre aux plaideurs d'utiliser la procédure formulaire dans des hypothèses où ils pouvaient déjà auparavant utiliser l'action de la loi.

Etablissement de la procédure formulaire à titre concurrent à côté de celle des actions de la loi Aebutia.

Jusque là, la procédure formulaire était une procédure supplétive et complémentaire; la procédure formulaire allait devenir par rapport aux actions de la loi une procédure concurrente.

Ce fut l'oeuvre de la Loi Aebutia. C'est une loi qui a connu la plus grande célébrité, la plus grande popularité, et à l'époque où M. Paul-Frédéric Girard enseignait le droit romain à la Faculté de droit de Paris, la Loi Aebutia était considérée comme la loi,la plus importante du droit romain et comme le fondement, peut-on dire, de tout le droit romain classique.

De nos jours,il semble que, tout au moins chez la majorité des auteurs, la loi Aebutia ait perdu beaucoup de son éclat. Mais il y a cependant certains auteurs qui lui attribuent encore un rôle beaucoup plus important que celui que nous lui donnons et c'est pourquoi, il faut être prudent sur cette question.

En effet, la loi Aebutia a laissé dans les

Source : BIU Cujas

textes romains assez peu de traces, ce qui serait assez surprenant si elle avait vraiment eu le rôle capital qu'on lui avait attribué, si elle avait, comme on l'a supposé pendant longtemps, créé la procédure formulaire de toutes pièces. Il y a d'ailleurs un argument à notre avis décisif pour ne pas admettre que c'est la loi Aebutia qui a créé la procédure formulaire; c'est que d'après M. Girard cette loi Aebutia a été votée entre l'an 159 et l'an 126 av. J.-C. Or il semble établi que la procédure formulaire était utilisée depuis près de cinquante ans au moment où la loi Aebutia a été votée, en particulier devant les édiles curules. Si la procédure formulaire fonctionne régulièrement près de cinquante ans avant le vote de la loi Aebutia, il y a là une preuve décisive du fait que ce n'est pas la loi Aebutia qui a créé pour la première fois la procédure formulaire.

La portée de la loi Aebutia, l'abolition de la L.A. par la loi Julia Judiciaria d'Auguste.

4 - Progrès et triomphe de la procédure formulaire.

Gaius nous dit que c'est par la loi Aebutia et les deux lois Julia qu'ont été "enlevées" les actions de la loi et qu'il a été fait que "nous plaidons désormais par formules". Ce que Gaius a voulu sans doute nous montrer, c'est l'établissement en concurrence avec les actions de la loi, de la procédure formulaire par la loi Aebutia. Il établit un lien au sujet de la loi Aebutia entre la décadence des actions de la loi et la possibilité de plaider par formules. L'autre texte est celui d'Aulu-Gelle, "et toute cette vieillerie qui remonte à la Loi des Douze Tables, sauf dans les actions de la loi des affaires des centumvirs, est tombée en désuétude après le vote de la loi Aebutia".

C'est tout ce qu'on nous a transmis sur cette loi. A notre connaissance il n'existe aucun autre texte de droit romain parlant de la Loi Aebutia. Ainsi, la loi Aebutia, n'ayant pas créé la procédure formulaire, a simplement permis de l'utiliser dans les cas où auparavant on employait les actions de la loi. Et comme la procédure formulaire était techniquement très supérieure à la procédure antérieure, elle l'a peu à peu reléguée à l'arrière-plan, elle l'a peu à peu fait tomber en décadence. Et c'est ce qui explique pourquoi, après une période d'essai assez longue la Loi Julia sous Auguste a abrogé complètement la procédure des actions de la loi.

On voit ici encore comme les Romains sont conservateurs. Ils instituent une procédure nouvelle, mais ils n'abrogent pas pour cela la procédure antérieure, et pendant plus d'un siècle on a le choix pour

Source : BIU Cujas

les mêmes affaires entre l'emploi de la procédure des actions de la loi et celui de la procédure formulaire. Puis, comme on voit que de plus en plus les plaideurs utilisent la procédure formulaire et qu'elle donne de bons résultats, on décide qu'après tout ce n'est plus guère la peine de maintenir les actions de la loi.

Cas exceptionnels de persistance des L.A. après la loi Julia.

Cependant, les actions de la loi ne disparurent pas complètement avec la loi Julia sous Auguste, en l'an 17 av. J.C. Devant le tribunal des centumvirs on continua comme par le passé à utiliser l'action de la loi par le sacramentum, jusqu'à la disparition des centumvirs, jusqu'à la fin du III° siècle.

D'autre part, en cas de damnum infectum, en cas de dommage résultant du fait qu'une maison menace ruine, on pouvait toujours, si on le désirait, utiliser l'action de la loi. Et enfin en matière de juridiction gracieuse, nous avons vu que jusqu'à la fin du Haut-Empire on avait toujours utilisé l'action de la loi. Ainsi donc même la loi Julia n'a pas consacré d'une manière générale l'abolition des actions de la loi. Elle a dû simplement la consacrer dans les cas où le magistrat nommait un juge en lui donnant des instructions.

Devant le tribunal des centumvirs, il n'y a pas à proprement parler nomination d'un juge, puisque c'est un tribunal permanent qui est chargé de l'affaire. Au cas de juridiction gracieuse, il n'y a pas lieu de nommer un juge en lui donnant des instructions, puisque tout se passe devant le magistrat, sans aller devant le juge; et en cas de dommage menaçant il n'y avait pas de procès immédiat à régler et par suite il n'y avait pas non plus de nomination de juge en lui donnant des instructions.

Ainsi nous dirons que la procédure des actions de la loi a été officiellement abolie par la loi Julia en l'an 17 av. J.C. dans tous les cas où à la fin de la procédure in jure le magistrat devait nommer un juge chargé de trancher le litige en lui donnant des instructions qui prenaient place dans la formule.

Source : BIU Cujas

Chapitre IV.

LA PROCEDURE FORMULAIRE ET LES FORMULES.

La caractéristique de la procédure formulaire. La formule.

La procédure formulaire présentait de grands avantages, non seulement pour la formation du droit romain, mais également pour les plaideurs. En effet, ce qui la caractérise, c'est le passage du rôle décisif pour la liaison du procès des plaideurs au magistrat, c'est que désormais les plaideurs n'ont plus à prononcer des paroles solennelles et n'ont plus à craindre de perdre leur procès pour un mot à la place d'un autre ou d'un geste mal accompli. C'est dans la formule que se trouvent désormais résumées les prétentions du demandeur et indiqués les moyens de défense invoqués par le défendeur.

Les points de contact entre la procédure formulaire et les L.A. Application de l'ordo judicicrum privatorum. Le danger des erreurs de rédaction de la formule.

Mais il ne faut pas cependant établir une opposition trop nette entre la procédure des actions de la loi et la procédure formulaire. Ce ne sont en réalité que deux étapes du même type de procédure. La procédure formulaire pour le temps et le lieu de l'instance et les idées générales sur la procédure est toujours fondée sur l'ordo judiciorum privatorum, est toujours soumise à l'ordre des instances privées.

D'autre part, la procédure formulaire garde toujours un caractère arbitral, en ce sens qu'on ne peut pas juger un procès malgré la résistance opposée par le défendeur. On n'admet pas encore la procédure par défaut lorsque triomphe la formule. Le magistrat ne peut pas délivrer une formule en l'absence du défendeur ou en cas de refus formel du défendeur. On pourra contraindre indirectement, par des moyens fondés sur l'imperium, le défendeur à répondre à la demande de l'autre partie, mais s'il résiste, tant que le procès n'est pas lié, on ne peut pas poursuivre la procédure. C'est donc l'idée arbitrale, l'idée que les plaideurs doivent dans une certaine mesure être d'accord pour soumettre leur litige au juge, qui tranchera définitivement le procès.

Enfin, le formalisme n'a pas disparu aussi nettement qu'il le paraît au premier abord. S'il n'y a plus de paroles formalistes et de gestes rituels de la part des plaideurs, la formule elle-même est tou-

Source : BIU Cujas

jours quelque chose de formaliste et une mauvaise rédaction de la formule risque toujours de faire perdre le procès. Sans doute le danger apparaît beaucoup moins grand puisque c'est théoriquement le magistrat qui rédige la formule, mais en règle générale le magistrat se borne à ratifier le choix des plaideurs, et si ceux-ci se sont trompés dans le choix de la formule, ou bien s'ils ont mal templi les blancs de la formule, ou si, dans les procès qui se rattachent le plus aux actions de la loi, ils ont demandé trop ou pas assez, dans tous les cas la formule étant viciée le demandeur risque de ne pas obtenir satisfaction.

Ainsi donc, même sous la procédure formulaire, il y a toujours des dangers de procédure, il y a toujours le danger de perdre son procès parce qu'on a commis une erreur dans le choix ou le mode d'exposer ses prétentions dans la formule.

Ière Section.

La marche de l'instance dans la procédure formulaire.

Nous allons voir comment se déroule un procès sous la procédure formulaire, et comment, à la suite de quelles péripéties, on aboutit à la sentence du juge et le cas échéant, si le juge a donné gain de cause au demandeur, à l'exécution sur la personne ou les biens du défendeur.

§ I - L'introduction de l'instance.

L'editio actionis.

On trouve tout d'abord une formalité préliminaire qui n'existait pas, cela va de soi, sous les actions de la loi. C'est l'acte qui consiste de la part du demandeur à faire connaître d'avance au défendeur l'action qu'on se propose d'intenter contre lui. Il faut dès le début que le défendeur sache ce qu'on lui veut, quelle est la formule d'action qu'on se propose d'utiliser. C'est ce que l'on appelle "editio actionis", l'acte de faire connaître l'action qu'on se propose d'intenter.

la comparution en justice. L'in

Puis, il s'agit de faire comparaître le défendeur devant le magistrat, et en raison du lien qui

Source : BIU Cujas

jus vocatio ou le vadimonium.

unit la procédure nouvelle à la procédure ancienne, c'est toujours théoriquement le système de l'in jus vocatio, de la citation de force devant le magistrat, qui subsiste. Mais comme les actes de violence ne sont plus guère de mise à l'extrême fin de la République et sous l'Empire, en fait cela se passe autrement. Le préteur, usant de son autorité, délivre des actions in factum, en paiement d'amende, ou des envois en possession, contre ceux qui n'obéissent pas à la citation en justice ou qui se cachent pour ne pas être cités. Ainsi donc par voie d'action et d'envoi en possession le préteur assure l'exécution de la citation en justice.

D'autre part, en règle générale, dès le temps de Cicéron, c'est par voie d'accord qu'est assurée pratiquement la comparution du défendeur. On a étendu à la première comparution devant le magistrat le système du vadimonium, qui, nous l'avons vu, servait à assurer auparavant la recomparution du défendeur à une seconde séance judiciaire. Ainsi donc habituellement le défendeur par contrat verbal de stipulation promet au demandeur de comparaître avec lui devant le magistrat au jour fixé.

Cet engagement rentre dans la catégorie des stipulations prétoriennes, car c'est le magistrat qui pour faciliter les choses, a prévu cet engagement pris par le défendeur à l'égard du demandeur. Le vadimonium rentre dans les stipulations prétoriennes.

§ 2 - L'instance devant le magistrat.

La possibilité pour le plaideur de se faire remplacer devant le magistrat par un cognitor ou un procurator.

De même que sous la procédure des actions de la loi, le procès ne peut se dérouler en l'absence de l'un des plaideurs.

Mais, grande innovation, si les plaideurs ne sont pas à proprement parler représentés judiciairement, ils peuvent cependant se faire remplacer par une autre personne. C'est là un chef-d'oeuvre de technique de la part du magistrat. Le droit romain n'admettant pas la représentation judiciaire, le magistrat a dû par toute une série de moyens de procédure sanctionner, faciliter le remplacement de l'un des plaideurs par une autre personne. Mais comme tout l'édifice est construit sur la technique de la procédure, il en résulte une très grande complication et le temps nous manquant, nous ne l'étudierons pas cette année. Indiquons simplement, sans entrer dans toute cette technique de procédure bien difficile à suivre, qu'il y a deux

Source : BIU Cujas

types de remplaçants: le cognitor et le procurator.

Le cognitor est constitué en termes solennels en présence de l'adversaire. Au contraire, le procurator remplace l'un des plaideurs sans qu'il soit besoin qu'il ait été constitué en présence de l'adversaire ou en termes solennels. Primitivement, le procurator, c'est une personne de confiance qui remplace dans les procès le défendeur ou le demandeur, comme il l'aurait remplacé dans l'administration de son patrimoine ou de tout un domaine. Primitivement, c'est un intendant ou un régisseur qui plaide les procès pour le compte de la personne intéressée comme il vendrait une vache ou ferait couper les récoltes. Mais par la suite, on a admis un procurator spécial pour un procès déterminé. On a admis qu'un procurateur pourrait remplacer l'un des plaideurs pour un procès déterminé sans avoir d'autre mission. C'est le procurator ad litem, le procurateur en vue d'un procès déterminé.

De plus, on a admis que les tuteurs, les curateurs pourraient remplacer les incapables de même que le procurateur remplaçait la personne absente. C'est ainsi que dans un grand nombre de cas soit le demandeur soit le défendeur a pu se faire remplacer en justice par une autre personne. En droit civil, cela n'avait pas grande valeur, mais le préteur va assurer d'une manière de plus en plus efficace la représentation effective du demandeur ou du défendeur, si bien que si l'on se place à la fin de l'évolution, à la fin du IIIe siècle ap. J.C., on peut dire que le droit romain admet en fait la représentation judiciaire des plaideurs.

Comparution des parties devant le magistrat. La postulatio de l'actor.

Supposons que les deux plaideurs se présentent devant le magistrat sans se faire remplacer soit par un cognitor soit par un procurator. C'est, comme sous la procédure des actions de la loi, le demandeur, actor, qui va prendre le premier la parole mais il exposera en termes quelconques l'objet de sa demande. C'est ce qu'on appelle la postulatio; "postulare", c'est faire connaître au défendeur et au magistrat quel est l'objet de sa prétention.

Les différentes attitudes du défendeur; satisfaction donnée au demandeur.

Le défendeur, en présence de cette demande, a plusieurs attitudes à choisir.

Il peut tout d'abord donner satisfaction séance tenante au demandeur, soit qu'il lui restitue immédiatement la chose litigieuse, soit qu'il lui verve le montant de la créance. Mais s'il en est ainsi, tout est fini et par conséquent nous n'avons pas à envisager plus longuement cette hypothèse.

Il peut arriver également qu'il reconnaisse

Source : BIU Cujas

le bien-fondé de la demande sans s'exécuter. C'est ce que l'on appelle la "confessio in jure". Ou bien encore il peut arriver qu'il ne se défende pas convenablement, soit qu'il ne réponde rien, soit qu'il refuse de fournir les garanties exigées pour la continuation du procès; par exemple s'il s'agit d'une action réelle, il faut donner caution, garantissant la restitution de la chose. Si le défendeur ne se défend pas comme il convient, on dit qu'il est indefensus, et l'indefensio est assimilée à la confessio. Si l'aveu porte sur une somme d'argent ou bien si le débiteur de somme d'argent ne se défend pas convenablement, le magistrat va traiter le défendeur comme un condamné et il permettra l'exécution sur la personne. Si au contraire l'aveu porte sur autre chose que de l'argent, ou si le débiteur d'autre chose que de l'argent ne se défend pas convenablement, alors la situation est plus délicate, car la procédure formulaire tend non seulement à faire reconnaître le bien fondé de la demande mais à fixer en argent l'objet de la prétention du demandeur, puisque l'exécution, en principe, ne peut avoir lieu que pour des créances évaluées en argent. Aussi le magistrat mettra alors le demandeur en possession des biens du défendeur récalcitrant, de manière à le contraindre indirectement à prêter son concours à la continuation de l'instance pour fixer la condamnation en argent.

Enfin, s'il s'agit d'un droit réel, l'aveu ou le refus de défendre convenablement entraîne simplement le transfert de la possession de la chose litigieuse aux mains du demandeur. Personne n'est tenu de défendre à une action réelle, mais celui qui se refuse à lier le procès doit restituer à l'autre plaideur la possession de la chose litigieuse.

L'infitiatio, la défense au fond et l'exceptio.

Enfin une dernière hypothèse reste à envisager, celle qui nous permettra de continuer l'étude de la procédure : c'est le cas où le défendeur a fait ce que l'on appelle une infitiatio", une dénégation correcte. Le défendeur a nié, a contesté la légitimité de la prétention du demandeur et il s'est déclaré prêt à plaider sur la formule proposée par le demandeur.

On peut d'ailleurs, sous la procédure formulaire, se défendre de plusieurs façons. On peut comme par le passé se contenter de nier purement et simplement le bien-fondé de la demande. Le demandeur a dit: tu me dois 10.000 sesterces; le défendeur répond: je ne te dois rien. Mais on peut également désormais se défendre d'une manière indirecte sans contester directement le bien-fondé de la demande, en utilisant les moyens de défense nouveaux mis à la disposition

Source : BIU Cujas

des plaideurs par le magistrat. On oppose ce que l'on appelle une exception. On dit par exemple: c'est exact je te dois bien IO.000 sesterces, mais n'oublie pas que c'est par des manoeuvres frauduleuses que tu as obtenu de moi cette promesse. Je t'oppose par conséquent l'exception de dol. Ou bien encore : j'avais bien promis IO.000 sesterces, c'est exact, mais ensuite, dans un élan de générosité, tu avais convenu avec moi, sans formes spéciales, que tu ne me les réclamerais pas (exception de pacte convenu).

Les incidents de procédure.

Parfois d'ailleurs des évènements particuliers sur lesquels nous ne pouvons guère insister peuvent modifier la marche normale de l'instance.

L'interrogatio in jure.

Dans certains procès le demandeur éprouve le besoin d'obtenir certaines précisions et avant de faire sa demande il interroge le défendeur devant le magistrat. Le défendeur dans les cas prévus est alors lié par sa réponse; tant pis pour lui s'il a menti; tandis qu'au contraire, le mensonge du défendeur ne peut pas lier le demandeur et lui nuire. Prenons un exemple dans le cours de cette année. Une personne veut poursuivre une autre personne à raison des dettes du défunt. Mais le créancier a des doutes sur la qualité de la personne qu'il poursuit et avant de lier le procès, il lui demande s'il est bien héritier, il lui pose une interrogation devant le magistrat pour savoir s'il a bien affaire à l'héritier.

Le serment nécessaire.

Un autre incident de procédure, c'est le cas du serment nécessaire, qui d'ailleurs ne se rencontre que dans certains procès, et plus spécialement dans les actions sanctionnant une créance de somme d'argent déterminée. Il y a certaines actions dans lesquelles le préteur admet ce que l'on appelle le serment décisoire; le demandeur peut exiger que la question soit tranchée définitivement devant le magistrat par sa demande. Le demandeur déclare: je ne veux pas que l'on plaide sur cette question; jures-tu que tu ne me dois rien? Si le défendeur jure que la dette n'existe pas, il est libéré, le magistrat refuse toute action en justice contre lui. Mais le défendeur, au lieu de jurer, peut référer le serment au demandeur: moi, je n'aime pas beaucoup prêter serment, mais toi demandeur jures-tu que la dette existe? Et alors si le demandeur a juré que la créance existait, il triomphera nécessairement dans le procès. Enfin si le défendeur refuse ou de jurer ou de référer le serment, le préteur utilise contre lui les moyens de contrainte qu'on utilise contre les gens qui ne veulent pas se défendre convenablement. Le magistrat, disant dans son édit :

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

"je contraindrai ou à payer ou à jurer", utilise les moyens de contrainte nécessaires pour obliger à acquitter la dette le défendeur qui s'est refusé à prêter le serment nécessaire.

Supposons que les plaideurs n'aient pas eu recours au serment nécessaire et qu'ils aient l'un exposé ses prétentions, l'autre ses moyens de défense. On en arrive à la délivrance de la formule.

§ 3 - La délivrance de la formule et la structure de la formule.

Le rôle du magistrat dans la rédaction et la délivrance de la formule, en droit et en fait.

Il semble, d'après les études récentes, que le rôle du magistrat dans la rédaction et la délivrance de la formule ne soit pas aussi important qu'on l'avait soutenu auparavant. De savants auteurs allemands on fait remarquer qu'en pratique le rôle du préteur sera généralement très réduit; dans l'immense majorité des cas c'est dans l'édit du préteur affiché sur le forum que le demandeur aura prouvé la formule type qui lui convient. Et c'est le jurisconsulte qui assiste le demandeur qui aura choisi cette formule et qui en aura rempli les blancs en y mettant le nom des plaideurs et les indications correspondant au procès envisagé. D'autre part, c'est le défendeur qui aura, avec le concours d'un jurisconsulte, emprunté également à l'édit du préteur les moyens de défense, les exceptions dont il demandera l'insertion dans la formule.

Par conséquent, habituellement, la rédaction de la formule sera en fait l'oeuvre des plaideurs et de leurs conseillers. Mais si cela est vrai en pratique, en théorie cependant il n'en est pas moins exact que c'est le magistrat qui est censé délivrer la formule. Ce sont les plaideurs qui se chargent du travail, mais leur formule n'a de valeur qu'en tant que le magistrat en a ratifié le choix, qu'autant que le magistrat a prêté son concours à la rédaction de cette formule.

De plus, il peut arriver qu'il n'y ait dans l'édit du préteur aucune formule qui corresponde à la prétention du demandeur, et dans un tel cas les plaideurs ne peuvent pas imposer au magistrat une formule nouvelle. C'est bel et bien au magistrat qu'il appartient d'accepter ou de refuser la délivrance d'une formule nouvelle correspondant au cas nouveau qu'on lui présente.

Ainsi donc il faut distinguer le fait et le droit. En fait, ce sont les plaideurs qui proposent la formule au magistrat, mais en droit c'est toujours au magistrat qu'il appartient d'accorder ou de refuser

Source : BIU Cujas

que l'on plaide sur telle ou telle formule. Le rôle du magistrat est donc d'autoriser la continuation du procès conformément à la formule envisagée, et d'autre part de donner au juge le pouvoir de juger.

La formule contient-elle la désignation du juge?

Il y a une controverse entre deux savants auteurs allemands sur le point de savoir si la formule renfermait ou non la désignation du juge. Ces deux savants allemands paraissent d'ailleurs ne pas avoir entièrement raison ni l'un ni l'autre et il semble que si généralement les parties se sont mises d'accord sur le choix d'un juge avant la délivrance de la formule, qui alors renfermera le nom du juge, elles pourraient aussi bien se mettre d'accord par la suite et alors la formule ne renfermerait pas le nom du juge et la désignation du juge serait indépendante.

La denegatio actionis.

Il peut arriver que le magistrat refuse d'autoriser la continuation du procès. C'est ce que l'on appelle "denegare actionem", refuser l'action. Ici encore nous n'entrerons pas dans les controverses entre les auteurs modernes qui en réalité disent la même chose sous une forme différente. En effet, il est exact de dire qu'en principe le magistrat n'exerce pas d'une manière arbitraire le droit de refuser une action. Par conséquent, les auteurs qui déclarent qu'en principe le magistrat n'a pas le droit de refuser l'action ont raison, en ce sens que le procès doit normalement se dérouler jusqu'au bout, que le magistrat ne se substitue pas au juge dans la décision à prendre sur le bon droit des plaideurs. Habituellement le préteur, s'il y a un moyen de défense intéressant le défendeur, ne va pas refuser la continuation du procès, mais se bornera à insérer une exception dans la formule de l'action exception dont le juge de l'affaire examinera le bien-fondé. Mais les auteurs qui soutiennent l'opinion contraire ont également l'apparence d'avoir raison en ce sens qu'il y a des cas où l'édit du préteur prévoit expressément le refus d'action, et dans les cas où le préteur se réserve dans son édit le pouvoir de refuser l'action, il est bien évident qu'il exerce ce droit. Il en est ainsi par exemple dans les cas où il a déclaré dans son édit qu'il ne délivrerait pas l'action, ou bien encore qu'il n'accorderait l'action qu'après examen des faits, "cognita causa". On peut remarquer qu'il en serait de même si le magistrat refusait la nouvelle formule que les plaideurs lui ont soumise. Il est bien évident qu'on ne peut pas contraindre le magistrat à prêter son concours à un procès selon une formule qui n'existe pas dans l'édit du magistrat.

Ainsi il semble que l'on peut mettre tout le monde d'accord en disant que le magistrat ne refuse l'action que dans les cas où il s'est réservé le droit de la refu-

Source : BIU Cujas

ser, ou si l'on préfère que le magistrat romain exerce la juridiction conformément aux règles juridiques et non pas d'une manière arbitraire.

L'importance de la formule pour les parties et pour le juge.

La formule est la pièce essentielle de la procédure. C'est en effet dans la formule que se trouvent en quelque sorte stylisés les prétentions et les moyens de défense des plaideurs, et en principe le juge est lié par la formule, en principe, le juge du procès devra se reporter à la formule pour savoir ce qu'il doit faire et ce qu'il ne peut pas faire. C'est pourquoi il y a lieu d'étudier la structure de la formule, d'examiner la manière dont une formule est schématiquement rédigée.

Structure de la formule. La formule comporte des parties essentielles ou principales et des parties accessoires. Nous étudierons tout d'abord les parties principales, puis les parties accessoires.

La distinction entre les parties principales et les parties accessoires.

Les parties principales et essentielles sont celles qui se retrouvent nécessairement dans la formule type sanctionnant tel ou tel droit déterminé. Il y a une erreur qu'il ne faut pas faire; les parties essentielles de la formule ne se trouvent pas nécessairement dans toutes les formules quelles qu'elles soient, mais étant donné une formule type, sanctionnant un droit déterminé, on y trouvera toujours les mêmes parties essentielles, quel que soit en fait le procès intenté par les parties en utilisant cette formule type.

Au contraire, les parties accessoires ne se trouvent jamais dans la formule type correspondant au droit envisagé, formule type proposée par l'édit. Ces parties accessoires devront être insérées dans chaque hypothèse particulière à la demande expresse des plaideurs. Par conséquent, si on se place en face de l'édit affiché au forum, et si on recherche telle ou telle formulation, on y trouvera toujours un nombre plus ou moins grand de parties essentielles. Mais si au contraire le plaideur veut y faire insérer les parties accessoires, il devra les rechercher dans un autre chapitre de l'édit, par exemple dans la section consacrée aux exceptions ou aux prescriptions.

A- Parties principales. Indication du juge.

La formule débute nécessairement par l'indication qu'un juge doit trancher le procès. Si les plaideurs ne se sont pas encore mis d'accord sur le nom du juge, on le laisse en blanc, on met simplement;"Judex esto", qu'un Tel soit Juge, tandis qu'au contraire, si les parties sont déjà d'accord sur le nom du juge, on le précise dans la formule, on met par exemple"Octavius judex esto", qu'Octave soit juge. Puis la formule type pourra comporter une demonstratio, une intentio, une adjudicatio et une condemnatio.

I) La demonstratio; c'est un élément de la for-

Source : BIU Cujas

I) Demonstratio (a.civile personnelle incertaine) précisant la cause de la demande.

mule qui se rencontre dans les actions civiles personnelles et incertaines, dans les actions qui sont délivrées par le droit civil, qui sanctionnent un droit de créance et qui ont pour objet une prestation qui n'est pas déterminée dans la formule. Par exemple il y aura une demonstratio dans l'action qui sanctionne le contrat de vente ou dans l'action qui sanctionne une stipulation ayant pour objet un fait ou une abstention. Au contraire il n'y aura jamais de demonstratio dans l'action qui sanctionne une stipulation ayant pour objet une somme d'argent ou cent sacs du meilleur blé d'Afrique.

Quel est le but de cette demonstratio qui prend place immédiatement après la nomination du juge? C'est de préciser le fondement juridique de la demande telle qu'elle se trouvera dans l'intentio. Elle correspond par conséquent à l'indication de la cause que nous avions trouvée dans la judicis postulatio. On permet ainsi d'identifier le droit déduit en justice en sachant quelle est sa source juridique, sur quel acte juridique on se fonde pour réclamer telle ou telle chose.

Par exemple on mettra dans la demonstratio; parce que Aulus Agerius avait stipulé une certaines prestation de Numerius Negidius; ou bien parce que les plaideurs avaient conclu un contrat de vente, parce que Aulus Agerius avait acheté un cheval à Numerius Negidius.

2)L'intentio indiquant la prétention du demandeur.

2°- L'intentio. L'intentio est l'élément essentiel des formules des actions civiles et d'une manière générale des formules rédigées in jus, des formules renfermant l'indication d'un droit. En effet, l'intentio est l'élément de la formule dans lequel le demandeur renferme sa prétention; elle correspond à ce que l'on pourrait appeler les conclusions du demandeur dans le procès civil moderne. Dans l'intentio, le demandeur expose le droit qu'il prétend avoir. L'intentio ne renferme pas la mention du nom du défendeur dans les actions réelles, tandis qu'elle précise dans les actions personnelles le nom de la personne contre qui le demandeur prétend avoir un droit de créance.

Absence d'intentio dans les formules prétoriennes in factum.

Pendant longtemps on a soutenu que l'intentio existait nécessairement dans toutes les formules d'action. Mais M. de Visscher s'est efforcé de démontrer que l'intentio renfermant l'indication du droit du demandeur ne peut exister que dans les actions où le demandeur invoque un droit; par opposition aux actions prétoriennes in factum qui renferment seulement un exposé des faits, exposé des faits d'où l'on tire la conclusion qu'une condamnation doit être prononcée au profit du demandeur. En effet, dans les actions civiles c'est toujours un droit qu'on invoque en justice, tandis

Source : BIU Cujas

qu'au contraire dans les actions prétoriennes il n'en est pas toujours ainsi puisque le préteur ne peut pas à proprement parler créer des droits nouveaux.

Actions prétoriennes in jus contenant une intentio- actions fictices.

Il peut arriver cependant que des actions prétoriennes soient fondées sur le droit parce que ce sont des actions civiles dont le magistrat étend le domaine d'application ou dont il modifie légèrement la portée. Tel est le cas des actions fictices. Les actions fictices ce sont des actions in jus, puisque le magistrat délivre la formule civile, mais avec la fiction que les conditions exigées pour l'action civile se trouvent remplies. C'est une formule rédigée dans une certaine mesure comme les formules des actions civiles, mais avec insertion d'une fiction. Le magistrat dit au juge de faire semblant de croire que tout s'est passé comme le prescrit le droit civil, alors qu'en réalité il manque l'une des conditions exigées par le droit civil.

De même nous avons déjà rencontré comme type d'action fictice l'action publicienne, l'action fictice en revendication puisque le préteur feint de croire que le délai requis pour l'usucapion et l'acquisition de la propriété quiritaire est accompli. Ainsi, l'action publicienne est le type de l'action réelle fictice; elle a également une formule in jus, puisque la base est le droit civil; c'est une action renfermant une intentio.

Actions à transposition de personnes..

De même pour les actions à transposition de personnes, puisque la seule différence avec l'action délivrée par le droit civil c'est que le nom indiqué dans la condamnation n'est pas le même que celui qui est indiqué au début de la formule. Nous en avons rencontré à propos des actes conclus pour le compte de leur chef de famille par les alieni juris, et on en utilise également en cas de représentation judiciaire et de vente des biens d'un débiteur insolvable au profit d'un emptor bonorum.

La rédaction des formules in factum.

Dans les actions in factum, le préteur ne se fonde plus sur le droit civil, il ne prend plus pour base le droit civil, mais comme il n'a pas le pouvoir de créer le droit, il ne peut pas dire au demandeur d'exposer son droit dans la formule. Il peut simplement déclarer: étant donné la situation de fait exposée par le demandeur: je prescrirai au juge d'en tenir compte et de prononcer une condamnation pécuniaire si les faits sont reconnus exacts et si le défendeur n'a pas donné satisfaction au demandeur.

Ainsi donc dans les formules des actions in factum, la demonstratio et l'intentio sont remplacées

Source : BIU Cujas

par un exposé des faits dont le préteur tient compte et dont la vérification entraînera la condamnation du défendeur. Telle est l'opinion de M. de Visscher, à laquelle nous nous rallions, mais qui n'est pas admise par tous les juristes.

3. Adjudicatio dans les formules en partage et en bornage.

3° - L'adjudicatio est une partie essentielle de la formule en ce sens qu'on la trouve toujours dans certaines formules, mais en réalité, l'adjudicatio n'existe que dans les actions en partage et dans les actions en bornage. Nous avons vu en étudiant les modes d'acquisition de la propriété que l'adjudicatio était la clause de la formule qui donnait au juge le pouvoir d'attribuer la propriété d'une parcelle de terre ou de la part qui lui est donnée dans le partage au plaideur. Ainsi donc, dans ces formules exceptionnelles, le juge a soit le pouvoir de rectifier les limites en cas de bornage, et par conséquent de modifier légèrement la propriété de chacun des propriétaires voisins, soit de transformer la part indivise des copropriétaires en une fraction divise de la propriété des biens partagés.

4. Condemnatio posant au juge l'alternative de condamner ou d'absoudre le défendeur.

4° - La condemnatio. La condemnatio est la partie finale de la formule, celle qui met le juge dans l'alternative soit de condamner soit d'absoudre. Par suite, la formule se présente toujours sous un aspect conditionnel, le magistrat disant au juge: s'il apparaît que le demandeur a raison, condamne; s'il n'apparaît pas, absous. Le juge a le choix soit de condamner, soit d'absoudre.

Absence de condemnatio dans les actions préjudicielles.

Il n'y a que certaines formules tout à fait exceptionnelles où n'existe pas de condemnatio. Ce sont les formules accordées en vue de faire reconnaître une situation juridique dont on se réserve la faculté de tirer plus tard des conséquences pratiques. Nous avons vu un exemple en matière d'affranchissement: s'il y a contestation sur la condition de l'affranchi, on demande la délivrance d'une action préjudicielle tendant à préciser la question de savoir si un tel est l'affranchi d'un tel.

Il n'y a pas de condemnatio, car on n'intente pas l'action pour faire condamner la personne envisagée; on intente simplement l'action pour faire préciser qu'elle est l'affranchie du demandeur et par conséquent qu'elle sera ultérieurement soumise aux obligations de l'affranchi.

Le principe du caractère pécuniaire de la condamnation.

Un principe essentiel de la procédure formulaire sur lequel on n'insistera jamais trop, c'est que toutes les condamnations sont nécessairement pécuniaires, quel que soit l'objet de la préten-

Source : BIU Cujas

tion du demandeur, le juge ne peut condamner qu'à une somme d'argent. Vous pouvez prétendre être propriétaire d'un cheval, vous pouvez prétendre être propriétaire d'un esclave, vous pouvez prétendre qu'on vous doit 10.000 sacs de blé, vous pouvez prétendre qu'on doit vous construire une maison, vous pouvez prétendre qu'on doit s'abstenir de faire quoi que ce soit contre le droit qui vous appartient, si le défendeur ne veut pas vous donner satisfaction, ce ne peut être pour terminer qu'une somme d'argent qui pourra être obtenue.

Quel que soit le droit invoqué au début de la procédure, ce sera uniquement et exclusivement une condamnation à une somme d'argent qui, à la fin du procès, pourra être prononcée par le juge.

Inconvénient du principe. Son atténuation par la clause dite clausula arbitraria.

Ceci présente évidemment de graves inconvénients, car il arrive bien souvent que le demandeur veuille obtenir satisfaction et non pas obtenir une indemnité pécuniaire. Vous avez un esclave qui vous rend de très grands services, auquel vous tenez beaucoup; vous intentez une action en justice pour en obtenir la restitution; c'est tout à fait déplaisant pour vous de devoir vous contenter pour terminer d'une somme d'argent et de voir votre esclave rester indéfiniment aux mains du possesseur.

Et c'est pourquoi on avait essayé, ne pouvant empêcher cet inconvénient, de l'atténuer dans certaines actions, en permettant au juge de faire en quelque sorte pression sur le défendeur pour qu'il donne satisfaction au demandeur avant la prononciation définitive de la condamnation pécuniaire.

C'est là une matière sur laquelle les auteurs modernes ne sont pas d'accord. Il est inutile d'insister sur ces discussions; ce sont plutôt des questions de mots que des questions d'institutions.

Ce qu'il faut retenir, c'est qu'il y a toute une série d'actions dont la formule renferme dans la partie relative à la condemnatio une petite clause qui dit au juge de ne passer à la condamnation pécuniaire que si le défendeur n'a pas restitué la chose litigieuse. Le magistrat dit au juge: Prononce la condamnation, à moins que le défendeur ne restitue la chose ou n'exécute son obligation.

Dans ces actions, le juge par conséquent ne devra pas, dès qu'il aura déterminé le bien-fondé de la demande, prononcer une condamnation pécuniaire; il devra au préalable inviter le défendeur à donner satisfaction au demandeur, et c'est seule-

Source : BIU Cujas

ment si le défendeur s'y refuse qu'il prononcera la condamnation à une somme d'argent.

Ce qui amène bien souvent le défendeur à obtempérer à l'invitation du juge, c'est la manière dont serait fixée en pareille hypothèse la condamnation; en général elle serait fixée par le demandeur sous la foi du serment, et comme on sait que celui qui prétend avoir un droit est toujours porté, même de bonne foi, à en exagérer la valeur, il y a dans cette menace de voir fixer la somme sous la foi du serment, un moyen de pression efficace sur le défendeur.

Modalités de rédaction de la condemnatio. La taxatio.

La condemnatio, même en dehors du cas où elle renferme cette clause, ne se présente pas toujours de la même manière. Il arrive que le magistrat réduise au minimum le pouvoir d'appréciation du juge en fixant d'avance le montant de la condamnation qu'il aura à prononcer.

Dans d'autres cas, au contraire, il laisse libre pouvoir d'appréciation au juge ou bien fixe simplement la limite maxima de la condamnation. On dit alors que la condemnatio est indéterminée, ou qu'elle est indéterminée avec taxatio, c'est-à-dire avec un chiffre maximum: juge, condamne le défendeur à ce que tu voudras, réserve faite de ne pas dépasser 10.000 sesterces, limite, plafond que ne peut pas dépasser le juge.

Différents modes de détermination de la condamnation.

Enfin, suivant la nature des affaires et suivant les procès, le juge doit apprécier la condamnation d'une manière différente. Parfois on lui dit de s'en tenir à la valeur vénale de la chose, tantôt on lui dit de tenir compte de tous les intérêts que l'objet litigieux présentait pour le défendeur; parfois enfin, dans certaines actions prétoriennes, on lui dit de fixer la condamnation en équité (actions dont la condemnatio est in aequum et bonum concepta).

B. Les parties accessoires.

A côté des parties principales de la formule existent des parties accessoires qui doivent être insérées à la demande expresse des plaideurs. C'est ce que l'on appelle la praescriptio et l'exceptio.

Source : BIU Cujas

1- La praescriptio.

1°- La praescriptio. Pour ceux qui ont fait du latin, il est facile de comprendre immédiatement que la praescriptio prend place en tête de la formule, immédiatement après la nomination du juge, puisque prescrire, avant de prendre le sens que ce mot a de nos jours, a signifié: prae scribere, écrire en tête. La praescriptio pouvait être insérée dans la formule en faveur du défendeur, "pro reo", puisque le "reus" c'est le défendeur, ou en faveur du demandeur, "pro actore".

Praescriptio pro actore (pour se réserver le droit d'agir à nouveau à raison de la même opération juridique).

La praescriptio pro actore, en faveur du demandeur, n'a qu'un domaine d'application limité. Il s'agit de cas où le demandeur précise en quelle qualité il agit; ou bien encore d'hypothèses où il veut limiter la portée de son action, en vue d'échapper à l'impossibilité qui existe de recommencer un procès pour la même affaire. Supposons un contrat de vente; un contrat de vente peut faire naître de multiples obligations à la charge du vendeur; si l'acheteur n'exige pour le moment que l'exécution de l'une de ces obligations, il le précisera dans la praescriptio, afin qu'on ne puisse pas lui opposer par la suite qu'il a déjà intenté l'action qui sanctionne le contrat de vente. Ainsi donc par cette praescriptio le demandeur se réserve la possibilité d'agir de nouveau en justice, plus tard, en invoquant la même opération juridique.

Praescriptio a reo (fin de non recevoir opposée par le défendeur).

Quant à la praescriptio pro reo, en faveur du défendeur, c'est une fin de non recevoir qu'oppose le défendeur à la demande, fin de non recevoir dont la vérification par le juge doit entraîner l'absolution du défendeur sans qu'il ait à examiner le fond du procès. C'est une fin de non recevoir qui doit être examinée par le juge en premier lieu, et s'il vérifie le bien-fondé de ce moyen de défense, il n'a pas à examiner le fonds de l'affaire. Supposons qu'un individu revendique par l'action en revendication un cheval qui est l'un des éléments de la succession d'une personne défunte. Il serait extrêmement dangereux d'examiner uniquement cette question de propriété du cheval, car on pourrait indirectement préjuger de la question de savoir à qui revient la succession du défunt; on risquerait de faire trancher indirectement la question de savoir si c'est le demandeur ou le défendeur poursuivi qui est l'héritier. La personne poursuivie, la personne qui était en possession du cheval, déclare qu'elle ne veut pas se laisser attirer dans le piège, et elle oppose à la revendication du demandeur la fin de non recevoir fondée sur le fait que, sous

Source : BIU Cujas

prétexte de discuter de la propriété d'un cheval, on préjugerait de la question de savoir quel est l'héritier du défunt. Donc, il y a une praescriptio pro reo en ce cas.

Cette praescriptio en faveur du défendeur a d'ailleurs disparu assez tôt du droit romain et Gaius au milieu du IIe siècle ap. J.C.- nous déclare que désormais les praescriptiones en faveur du défendeur ne sont plus en usage et ont été remplacées par des exceptions.

2- L'exceptio. Sa date d'apparition relativement récente.

2° - Examinons donc à présent ce que c'est qu'une exception.

L'exceptio, c'est encore Gaius qui nous l'affirme, est de date relativement récente en droit romain. Non seulement elle n'existait pas sous les actions de la loi, mais elle ne remonte même pas au début de la procédure formulaire. Nous en avons la preuve tout d'abord dans le fait qu'elle a été parfois précédée d'une praescriptio. Nous en avons également la preuve, si nous examinons la structure de la formule, dans le fait qu'elle ne s'adapte pas bien à la structure générale de la formule, qu'une formule renfermant une exception est légèrement boiteuse, ce qui s'explique par le fait que la structure normale de la formule était définitivement fixée lorsque le magistrat a permis d'y insérer des exceptions.

Insertion de l'exceptio à la requête du défendeur. Sa place dans la formule. Condition supplémentaire mise à la condamnation du défendeur.

A la différence de la praescriptio, l'exceptio prend place vers la fin de la formule à propos de la condemnatio de la formule. C'est une restriction apportée à la demande du défendeur au pouvoir du juge de condamner le défendeur. C'est donc une petite phrase conditionnelle qui s'insère dans la condemnatio de la formule. Normalement, la formule prescrit au juge de condamner le défendeur si les faits sont reconnus exacts. L'exception y ajoute une seconde condition: et si l'exception n'est pas vérifiée. Par exemple si les faits sont reconnus exacts, et si il n'est pas vrai que le demandeur avait commis des manoeuvres frauduleuses à l'égard du défendeur (exception de dol); ou bien encore: si les faits sont reconnus exacts et s'il n'est pas intervenu une convention de remise de dette entre les plaideurs (exception de pacte convenu).

Ainsi donc désormais, du moment où une exception a été insérée dans la formule, le juge ne peut condamner le défendeur, même si la demande est reconnue exacte, que si l'exactitude de l'exception n'est pas vérifiée. Réciproquement, le juge ne peut pas condamner le défendeur s'il a vérifié le bien fondé de l'exception invoquée par ledit défendeur.

Effet absolutoire de la vérification de l'exception.

C'est là une innovation considérable due au magistrat. C'est l'existence des exceptions qui entraîne au point de vue de l'équité l'immense supériorité de la procédure formulaire sur la procédure des actions

Source : BIU Cujas

de la loi, puisque dans tous les cas l'exception est une réaction de l'équité du droit prétorien contre la rigueur du droit civil. Il s'agit toujours de cas où le demandeur aurait eu gain de cause suivant des principes du droit civil, mais où le préteur a estimé que l'équité exigeait que le défendeur soit absous. Ainsi dans tous les cas, quand une exception a été insérée dans la formule et quand son exactitude est vérifiée, le défendeur est absous, bien que le demandeur ait raison en vertu des principes du droit civil.

Différentes espèces d'exceptions.

Parmi les exceptions on distingue des exceptions dilatoires ou temporaires et des exceptions péremptoires ou perpétuelles.

Exceptions dilatoires.

L'exception dilatoire ou temporaire n'a pour but que d'ajourner la demande, et c'est pourquoi si le demandeur au lieu de laisser insérer l'exception a remis à plus tard son procès, il pourra au bout d'un certain temps intenter l'action valablement.

Exceptions perpétuelles.

Au contraire les exceptions perpétuelles ou péremptoires sont celles qui peuvent être invoquées à tout moment; il ne servirait à rien de remettre l'affaire à plus tard; on pourrait toujours opposer l'exception au demandeur. Tel est le cas de l'exception de dol qui peut être invoquée à toute époque, ou de l'exception de chose jugée.

Exceptions pouvant être opposées par tout défendeur ou par un débiteur déterminé.

D'autre part, on distingue les exceptions qui peuvent être invoquées par tout défendeur et celles qui ne peuvent être invoquées que par une personne déterminée au cas de pluralité de débiteurs.

La réplique, la duplique...

Enfin les exceptions peuvent à leur tour être parfois paralysées par une réplique du demandeur et réciproquement la réplique du demandeur peut être paralysée à son tour par une duplique du défeudeur, et ainsi de suite. C'est en particulier en matière d'action publicienne que l'on voit le plus nettement le jeu des exceptions, répliques et dupliques: le défendeur, ayant opposé l'exception justi domini (de propriété légitime), le demandeur répliquera que c'était le défendeur lui-même qui lui avait donné et livré la chose (replicatio rei donatae et traditae), mais parfois le défendeur répondra alors qu'il s'agissait d'une donation excédant le taux autorisé par la loi.

Source : BIU Cujas

§ 4 - La "litis contestatio".

La procédure in jure s'achève par une formalité qui produit de très importantes conséquences, parce qu'elle est la manifestation de l'accord des parties pour faire trancher le litige conformément aux termes de la formule.

La "litis contestatio", prise à témoin du procès, fait songer à un appel des plaideurs aux assistants, et il y a lieu de supposer que primitivement les plaideurs prenaient à témoin les assistants de leur accord pour faire trancher le litige.

L'acceptation par le défendeur de la formule rédigée par l'accord du magistrat et du demandeur.

Mais il est non moins certain qu'à l'époque classique, il n'y a plus d'appel au témoignage et que la litis contestatio se présente d'une manière différente. Elle consiste essentiellement dans l'acceptation, par le défendeur, de la formule telle qu'elle a été rédigée et ratifiée par le magistrat. Dans ce but, le demandeur dicte la formule au défendeur qui en prend note, ou bien il remet la copie de la formule au défendeur qui la reçoit. Ainsi donc la litis contestatio, c'est l'acceptation par le défendeur de la formule rédigée de concert avec le demandeur et le magistrat. Cette acceptation manifeste l'accord des deux plaideurs pour faire juger le procès conformément aux termes de la formule.

Quels vont être les effets de cette litis contestatio, de cet accord des plaideurs sur l'objet du litige, et sur l'ensemble des questions qui vont être soumises au juge ? Ceci va dépendre de la nature du procès, suivant que l'on se trouve en présence d'une obligation civile ou de tout autre litige.

Effet novatoire de la L.C. dans les judicia legitima servant à faire valoir une obligation civile. Extinction de plein droit de la créance primitive.

Supposons tout d'abord que nous soyons en présence d'une obligation civile, et que la formule délivrée soit un judicium legitimum, une instance fondée sur la loi. En ce cas, on dit que la litis contestatio produit un effet novatoire, c'est-à-dire un effet comparable à celui produit par la novation. La litis contestatio produit simultanément un effet extinctif et un effet créateur. Elle éteint l'obligation civile qui existait entre les deux plaideurs antérieurement et substitue au droit de créance du demandeur, le droit d'obtenir une condamnation conforme aux termes de la formule. Le droit d'obtenir un jugement de condamnation se substitue ainsi par l'effet de la litis contestatio au droit de créance qui appartenait jusque-là au de-

Source : BIU Cujas

mandeur. C'est ce que nous dit Gaius. Avant la litis contestatio, le débiteur avait une obligation de dare, après la litis contestatio, il doit être condamné; la dette primitive a disparu et il subsiste simplement l'obligation éventuelle d'être condamné par le juge.

La conséquence de cet effet extinctif de la litis contestatio, c'est l'impossibilité de plein droit pour le demandeur de renouveler son procès. Il ne pourra plus jamais invoquer en justice son droit de créance puisqu'il a été éteint par le fait de la litis contestatio, et peu importe même que le demandeur n'ait pas poursuivi jusqu'au bout le procès entamé puisque dès l'instant de la liaison du procès son droit a été définitivement éteint; du moment où un droit est éteint, on ne peut plus l'invoquer en justice. Il n'avait plus que le droit d'obtenir une condamnation sous certaines conditions; il n'en a pas profité, tant pis pour lui.

Effet extinctif de la L.C. exceptionis ope (exceptio rei in judicium deductae) dans les a. in rem ou prétoriennes.

Au contraire, dans les autres cas, cet effet extinctif ne se rencontre plus à proprement parler.

Tout d'abord dans les actions réelles, on ne conçoit pas que le droit du demandeur soit éteint par la litis contestatio. En effet nous savons qu'à la différence du lien d'obligation, le droit réel est de sa nature perpétuel. Un accord sur les termes d'une formule ne peut éteindre un droit réel.

D'autre part, dans les actions prétoriennes, il n'y a pas non plus d'effet extinctif de la litis contestatio.

Le plaideur allait obtenir, en ce qui concerne le renouvellement du procès un résultat analogue grâce à l'utilisation d'une exception. Le droit réel n'est pas éteint, la prétention que l'on a fait valoir à l'aide d'une action prétorienne n'est pas éteinte, mais le magistrat estime que celui qui a définitivement accepté de faire trancher le litige, ne doit pas ultérieurement renouveler son procès, et comme le droit subsiste, il délivrera une exception pour paralyser la nouvelle action intentée par le demandeur. Dans les actions réelles, dans les actions prétoriennes, l'effet extinctif de la litis contestatio est donc remplacé par la délivrance d'une exception: l'exceptio rei in judicium deductae, l'exception fondée sur le fait que le droit du demandeur avait déjà fait l'objet d'une instance, avait déjà été déduit dans une formule.

Dans cette seconde hypothèse, par conséquent, si le demandeur recommence son procès, en invoquant le même droit réel, le défendeur pour éviter la condamnation devra expressément faire insérer dans la for-

Source : BIU Cujas

mulé une exception, l'exception rei in judicium deductae; tandis qu'au contraire dans la première hypothèse, le droit du demandeur étant éteint il n'aurait qu'à nier purement et simplement la prétention renouvelée, puisque le droit n'existe plus; il n'avait qu'à dire simplement que le droit n'existait pas, il n'avait pas besoin d'invoquer une exception.

Ainsi la litis contestatio produit un effet différent suivant les cas sur le droit déduit en justice par le demandeur. Mais grâce à l'intervention du préteur le résultat pratique est identique.

Obligation pour le juge de se reporter au jour de la L.C. pour rendre sa sentence.

D'autre part, en ce qui concerne, non pas le passé, mais l'avenir, la litis contestatio témoignant de la volonté des plaideurs de faire trancher le litige conformément aux termes de la formule, c'est en principe au moment même de la litis contestatio que le juge doit se placer pour prononcer sa sentence. Quelle que soit la date du jugement, théoriquement le juge doit se reporter en arrière au moment où les plaideurs s'étaient mis d'accord sur les termes de la formule, avaient fait "litis contestatio". Nous verrons d'ailleurs, en étudiant la mission du juge que ce principe trop rigoureux avait fait l'objet de multiples atténuations. En particulier c'est la formule qui indique habituellement le nom du juge et le nom des plaideurs; ou bien tout au moins, le nom des plaideurs se trouvant nécessairement dans la formule, le nom du juge fait l'objet d'une désignation ultérieure, mais qui suit de peu la litis contestatio.

Par suite, des difficultés assez graves sont soulevées si le juge vient à mourir avant d'avoir rendu sa sentence ou si l'un des plaideurs est également victime d'un accident. En ce cas il faut revenir devant le magistrat; l'héritier d'un des plaideurs ne pourra pas de plein droit être défendeur ou demandeur, un juge nouveau devra être désigné. Ainsi lorsqu'un des plaideurs vient à mourir, il y a lieu à un changement de formule, ou lorsque le juge vient à mourir il y a lieu à la nomination d'un nouveau juge.

Enfin si le droit du demandeur était par sa nature intransmissible à ses héritiers, il devient transmissible du fait de la litis contestatio, car le droit d'obtenir éventuellement une condamnation se transmet de toute manière aux héritiers, quand bien même le droit antérieurement invoqué n'aurait pas dû subsister après la mort de son titulaire.

Source : BIU Cujas

§ 5- L'instance devant le juge.

Subordination de la durée des pouvoirs du juge à la durée de la formule.

I°- La durée des pouvoirs du juge. Le juge dont le choix a été ratifié par le magistrat, est investi selon nous de son pouvoir de juger par la délivrance de la formule; mais ses pouvoirs vont être limités dans le temps par la durée même de validité de cette formule.

En effet les formules ne sont pas valables éternellement. La condamnation ou l'absolution doit être prononcée dans un certain délai, et si le procès n'est pas jugé dans ce délai le droit d'obtenir une condamnation vient à disparaître.

Judicia legitima et judicia imperio continentia. Intérêt de la distinction au point de vue de de la durée du judicium.

On distingue à ce propos le judicium legitimum et le judicium imperio continens, distinction à laquelle nous avons déjà fait allusion à plusieurs reprises et sur laquelle il convient de donner quelques renseignements élémentaires.

On dit que le judicium est legitimum lorsqu'il est fondé sur la loi, lorsque la formule trouve sa base dans la loi. Mais Gaius nous fait remarquer qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre les actions civiles et le judicium legitimum qu'une action prétorienne peut cependant donner lieu à la délivrance d'une formule fondée sur la loi. Comment expliquer cela?

C'est assez difficile. Cela doit tenir vraisemblablement à la manière dont s'exprimaient la loi Aebutia et la loi Julia sur la procédure formulaire. Elles avaient dû légitimer l'emploi des formules non pas en tenant compte de la distinction des actions civiles et des actions prétoriennes, mais en tenant compte des circonstances dans lesquelles étaient délivrées ces formules.

Le judicium est legitimum lorsque l'instance a lieu entre deux citoyens romains, à Rome même ou dans un rayon d'un mille autour de Rome et lorsque le juge désigné est un juge unique.

Au contraire le judicium est fondé sur l'imperium du magistrat si l'un de ses traits caractéristiques fait défaut, soit que l'un des plaideurs soit un pérégrin soit que l'instance ait lieu en dehors de Rome et de la région de Rome, soit enfin que l'affaire soit renvoyée devant un jury de récupérateurs.

Ainsi l'étude de cette distinction, qui n'a peut-être pas grand intérêt en apparence, est extrêmement importante au point de vue historique, car c'est elle

Source : BIU Cujas

semble-t-il, qui peut guider en vue de la découverte du rôle exact de la loi Aebutia et qui peut éclairer les origines de la procédure formulaire.

L'intérêt au point de vue des pouvoirs du juge, de la distinction, c'est que le judicium legitimum dure dix-huit mois, tandis que le judicium imperio continens s'éteint, perd toute valeur avec l'expiration des fonctions du magistrat qui a délivré la formule. Si donc vous avez obtenu la délivrance d'une formule fondée sur la loi, vous avez dix-huit mois pour faire trancher votre procès. Si au contraire vous avez une formule fondée sur le pouvoir du magistrat, vous devez faire juger votre procès avant la fin de l'année de charge du magistrat envisagé. Ce dernier principe ne pouvait se maintenir rigoureusement sous l'Empire. Tout d'abord il y avait des juges, semble-t-il, qui se trouvaient surchargés de travail et qui n'avaient pas le temps de juger les procès dont on leur aurait confié le soin à la fin même des pouvoirs du magistrat. Si la formule avait été délivrée vers la fin des fonctions du magistrat, le procès n'aurait pas été jugé à temps. Aussi Auguste a permis au magistrat de renvoyer au début de l'année suivante de telles affaires. D'autre part les gouverneurs des provinces impériales sont nommés pour un temps indéterminé et sont révocables à tout moment par l'empereur. Aussi on ne pourrait pas admettre que l'empereur révoquant son gouverneur le lendemain de la délivrance d'une formule, les plaideurs soient privés de tout droit de cette façon. C'est pourquoi sous l'Empire on ne tient plus compte rigoureusement de l'exigence du jugement de l'affaire dans les limites des pouvoirs du magistrat qui a délivré la formule.

Atténuation de cette distinction sous l'Empire.

2°. - le rôle du juge, ses pouvoirs.- C'est là une question qui est assez délicate et pour l'exposé de laquelle nous suivrons un plan tout à fait empirique, en étudiant tout d'abord les conséquences de la rigueur des principes, et ensuite les atténuations apportées à la rigueur des principes.

I. Du principe que le juge est lié par les termes de la formule.

Le juge est lié par la formule; c'est là la rigueur du principe. Par suite, dès l'instant où il a vérifié les faits invoqués dans la formule, il est tenu de s'en tenir aux termes mêmes de la formule pour prononcer sa condamnation, sans pouvoir tenir compte des évènements postérieurs à la liaison du procès, sans pouvoir rectifier les erreurs et adapter sa condamnation à ce qu'il juge équitable.

Ainsi donc la situation des juges est en apparence contradictoire. D'une part, en ce qui concerne l'appréciation des faits sa mission est illimitée; il n'y

Source : BIU Cujas

a aucun système de preuve légale, il peut faire sa conviction comme il l'entend, écouter des témoins, examiner des écrits. Mais par contre, une fois que les faits sont établis, une fois que cette conviction est faite, il n'a plus de pouvoir personnel, il doit se conformer strictement aux indications fournies par la formule: la formule d'ailleurs lui donnera des pouvoirs beaucoup plus larges dans certaines actions que dans celles issues de la transposition de l'action de la loi per condictionem.

Conséquences: a) quant à l'erreur commise dans une action certaine. La plus petitio re, loco, tempore

1°) Quelles sont les conséquences que les jurisconsultes tirent de l'idée que le juge est strictement lié par la formule ? La première conséquence, c'est que le juge n'a pas le pouvoir de rectifier la formule pour réduire la condamnation, pour ramener la prétention du demandeur à de justes proportions. Du moment où il ne constate pas une correspondance exacte entre les faits tels qu'ils sont établis par sa conviction et les faits tels que la formule lui prescrit d'en vérifier l'existence, il doit prononcer l'absolution du défendeur. Il ne peut pas dire: la formule me dit de vérifier 100 %, j'ai vérifié 90 %; je prononce une condamnation à 90 %. C'est en principe tout ou rien, il faut que les faits soient vérifiés pour 100 %, ou sans cela il faut absoudre. Mais ce principe n'est appliqué avec une rigueur absolue que lorsque la formule est rigide, lorsque la formule n'est pas suffisamment souple pour permettre au juge de faire une certaine balance entre les faits vérifiés et les faits indiqués dans la formule. Le principe est rigoureusement appliqué lorsqu'il s'agit d'actions qui sont directement dérivées de la vieille procédure des actions de la loi, qui ne sont que la transposition en termes indirects dans la formule de ce qui existait déjà dans l'action de la loi per condictionem. Dans les formules qui sanctionnent ainsi des obligations civiles certaines, toute erreur, toute exagération dans la demande entraîne la perte du procès et l'absolution du défendeur. Il s'agit des actions sanctionnant des droits de créance, ayant pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de sacs de blé ou de barriques de vin qu'une qualité déterminée. Du moment où le juge voit une divergence quelconque entre le droit véritable du demandeur et le droit auquel le demandeur a prétendu dans l'intentio de la formule, il doit absoudre le défendeur. C'est ce que l'on appelle la théorie de la "plus petitio", de la demande exagérée; toute demande exagérée entraîne la perte du procès.

Le cas le plus connu c'est celui de la "plus peti-

Source : BIU Cujas

tio re". Vous avez une créance de 999 sesterces; vous commettez l'imprudence d'arrondir le chiffre et de réclamer 1.000 sesterces. La formule dit au juge: s'il paraît que le défendeur doit au demandeur 1.000 sesterces, condamne; s'il n'apparaît pas, absous. Le juge a examiné les faits et il a la conviction que 999 sesterces sont dus; on lui a précisé qu'il ne devait prononcer la condamnation que si 1.000 sesterces étaient dus; il a vérifié une créance de 999 sesterces, il n'a qu'une chose à faire, c'est d'absoudre le défendeur. Pour avoir demandé une sesterce de trop, on perd son procès, et puisqu'il y avait effet extinctif de la litis contestatio, cela éteint définitivement le droit de créance.

Il y a donc quelque exagération à dire que la procédure formulaire est une procédure absolument dénuée de formalisme; il y a des cas où vraiment elle aboutit à l'injustice la plus manifeste.

Il y a également des demandes qui sont exagérées quant au temps où on a fait la demande. Si vous avez eu le malheur de réclamer trop tôt le paiement de votre créance, vous avez fait une "plus petitio tempore"; le temps c'est de l'argent; si vous avez demandé le paiement avant l'échéance, vous perdez votre procès et votre créance.

De même, il y aurait une "plus petitio loco" au cas où ayant droit au paiement de la créance à Athènes vous en avez demandé le paiement à Rome, car si le temps est de l'argent, la distance également est de l'argent, et c'est causer un préjudice au débiteur que de lui réclamer à Rome ce qu'il aurait dû payer à Athènes.

Dans tous ces cas-là, on perd son procès pour avoir fait une demande exagérée.

Il y a des erreurs moins graves, bien qu'en apparence, pour des gens du XX° siècle, ce soit une erreur plus grave: c'est le cas où l'on s'est trompé d'objet, où l'on a demandé une chose pour une autre. C'était l'esclave Stichus qui vous était dû, et par erreur vous avez réclamé l'esclave Sempronius. Cela paraît une erreur beaucoup plus grave que les précédentes. Il n'en est rien; parce que si vous perdez bien votre procès, vous ne perdez pas votre droit; vous avez déduit en justice le droit à l'esclave qui ne vous était pas dû, mais vous n'avez pas déduit en justice le droit à l'esclave qui vous était dû. Par conséquent rien ne vous empêchera après avoir perdu votre procès de faire un nouveau procès pour réclamer l'objet véritable de votre droit.

b) caractère

De même, toujours en partant des mêmes principes,

Source : BIU Cujas

absolutoire et jamais minutoire de l'exceptio.

le juge qui vérifie l'exactitude d'une exception doit toujours, et nécessairement, sous la procédure formulaire, absoudre le défendeur. Il ne peut pas déclarer que l'exception ne justifie qu'une réduction de la condamnation; c'est tout ou rien; tant pis pour le demandeur qui a laissé insérer l'exception dans la formule. La formule subordonne la condamnation à la non vérification de l'exception. Du moment que l'exception est vérifiée, le juge doit absoudre nécessairement le défendeur. Il ne peut pas dire: cette exception ne justifie pas une absolution, elle justifie simplement une réduction de la condamnation.

c) la satisfaction donnée par le défendeur au demandeur après la L.C. n'entraîne pas absolution du défendeur.

En second lieu la doctrine la plus logique et sans doute la plus ancienne déclarait que le juge devant en principe se placer au jour de la liaison du procès (la litis contestatio), ne devait donc pas tenir compte des évènements qui s'étaient passés ultérieurement.

Ainsi, supposons qu'après avoir lié le procès, le défendeur se soit ravisé et ait remboursé spontanément la créance au demandeur, le juge ne devrait pas en tenir compte, car il n'a pas à s'occuper de ce qui s'est passé après la litis contestatio, et au jour de la litis contestatio la créance était due et n'avait pas été payée.

d) interdiction pour le juge de tenir compte d'une prétention du défendeur qui diminuerait le montant de la condamnation.

Enfin en troisième lieu, le juge d'après la formule doit prononcer la condamnation éventuelle à la charge du défendeur. Par suite, il n'a pas en principe à tenir compte des demandes reconventionnelles du défendeur. Le défendeur ne peut pas dire: mais, pardon, le demandeur me réclame cela, je le veux bien, mais il me doit beaucoup plus que je ne lui dois, c'est lui qui devrait être condamné à la différence. Le juge n'a pas à s'en préoccuper, il n'a qu'à vérifier le droit du demandeur, il n'a pas à tenir compte des droits du défendeur.

Telle est la rigueur des principes; telles sont, dans les formules qui sont la transposition de l'ancien droit des actions de la loi, les conséquences de la rigueur du principe.

II. Atténuations au principe.

2) Mais des atténuations très importantes ont été apportées au principe rigide qui tenait surtout au fait que certaines formules étaient conçues d'une manière très étroite, très stricte. Examinons donc à présent les atténuations au principe.

a) les formules ex fide bona.

En premier lieu, constatons que dans les actions de bonne foi qui ne sont pas la transposition des actions de la loi, la formule est conçue de telle manière qu'il n'y a plus grand chose à craindre pour les plaideurs. La formule a été assouplie par l'insertion de

Source : BIU Cujas

trois petits mots qui ont une extrême importance, les mots "ex fide bona". Le juge ne doit plus s'en tenir à une interprétation stricte et rigide, il doit juger conformément à la bonne foi; les plaideurs doivent être honnêtes et le juge doit être équitable. Et ceci change immédiatement toute la manière d'interpréter l'affaire.

Tout d'abord dans la formule des actions de bonne foi, le juge ne va plus se placer au jour de la litis contestatio, mais bien au jour du jugement pour fixer le montant de la condamnation. Par suite, il pourra prendre en considération tout ce qui s'est passé entre la liaison du procès et le jugement. De très bonne heure les jurisconsultes se sont mis d'accord pour décider que l'exécution d'un contrat de bonne foi avant le jugement mais après la litis contestatio devait entraîner l'absolution du défendeur. Ainsi donc dans les actions de bonne foi, l'exécution avant le jugement entraîne toujours l'absolution du défendeur.

b) l'arbitratus judicis dans les actions réelles.

En second lieu, dans les actions réelles, le juge allait être également amené par la rédaction de la formule à faire preuve d'une plus grande liberté d'esprit. C'est qu'en effet une petite phrase restrictive de la condemnatio prescrivait au juge de ne condamner le défendeur qu'à défaut de restitution de la chose litigieuse. Le juge en tira de très bonne heure la conséquence que si après la litis contestatio le défendeur avait restitué spontanément la chose litigieuse ceci devait entraîner la même conséquence que si le défendeur avait restitué la chose litigieuse sur son invitation, que la restitution de la chose qui faisait l'objet du procès devait, quel que soit le moment où elle survenait , entraîner l'absolution du défendeur.

Par conséquent, dans les actions réelles, de même que dans les actions de bonne foi, on peut toujours éviter la condamnation en exécutant l'obligation ou en restituant l'objet litigieux avant la sentence du juge.

c) remèdes prétoriens contre la plus petitio.

En troisième lieu, le préteur prit certaines dispositions pour atténuer les conséquences injustes de la plus petitio. Tantôt il accorde une restitutio in integrum à celui qui a perdu son procès, par suite d'une erreur dans la procédure , tantôt il délivrera une formule spéciale pour permettre au demandeur d'obtenir le paiement d'une dette ailleurs que dans la ville où elle est exigible (action de eo quod certo loco).

Enfin, en quatrième lieu, les Sabiniens, qui sur ce point se montraient plus progressifs que les Proculiens, déclarèrent qu'on ne devait pas continuer

Source : BIU Cujas

à soutenir que dans certaines actions l'exécution sponnée n'aurait aucune influence sur la condamnation. Les Sabiniens, dès le début de l'Empire, avaient soutenu que le défendeur qui avait exécuté avant le jugement devait toujours être absous par le juge. Sur ce point ce sont donc les Sabiniens qui soutenaient une solution nouvelle contraire à la tradition et qui essayaient de faire progresser la procédure, d'assouplir le régime de la procédure formulaire. Mais les Proculiens continuaient à s'en tenir aux termes de la formule et à déclarer que le défendeur ne devait être absous que si la formule s'y prêtait (action réelle et action de bonne foi). Les Sabiniens ne réussirent pas à faire triompher leur manière de voir en droit classique. En effet, au début du IIIe siècle après J.C. le jurisconsulte Paul nous dit encore qu'il ne sert à rien d'exécuter une stipulation après la "litis contestatio", que cela n'empêche pas d'être condamné pour inexécution. Et il faut en venir au droit du Bas-Empire, à l'époque où triomphe la procédure extraordinaire, pour voir admettre par tout le monde le principe dégagé par les Sabiniens, qu'en toute matière on doit être absous si l'on a exécuté son obligation avant la sentence du juge.

e) Le contrarium judicium.

Enfin, en cinquième lieu, signalons sans y insister que l'injustice résultant du fait que le défendeur était condamné malgré les créances qu'il aurait pu opposer au demandeur était atténuée dans certaines formules par l'insertion, à la demande du défendeur, d'une clause additionnelle. C'est ce que l'on appelle le contrarium judicium. Un contrarium judicium, c'est une petite clause additionnelle insérée dans la formule en vue de permettre au défendeur de faire valoir ses droits et de permettre au juge de tenir compte des prétentions réciproques des deux plaignants. N'insistons pas sur ce contrarium judicium, puisqu'on n'en voit guère d'applications, et encore en partie contestées, qu'au Cours de IIe Année.

3°) La sentence du juge et ses effets.

Pour désigner l'acte du juge qui rend sa sentence, on emploie le terme "judicare", juger. Mais s'il s'agit d'une sentence de condamnation, on emploie le mot "damnare", ou "condemnare". Donc le terme général, c'est juger, et le terme employé lorsqu'il s'agit d'un jugement de condamnation, c'est condamner. Sauf s'il s'agit d'une prétention à une somme d'argent déterminée, le jugement se fait habituellement en deux temps. Il y a d'abord la prononciation du juge sur le droit du demandeur, et il y a ensuite l'évaluation en argent du droit du demandeur, puisque toutes les con-

La prononciation du juge sur le droit du demandeur puis l'évaluation

Source : BIU Cujas

m argent du
roit du de-
mandeur.

es effets de
a sentence;
bligation pour
e défendeur
ondamné de
ayer le mon-
ant de la
ondamnation.

'autorité de
a chose jugée;
'exceptio rei
udicatae. Con-
itions d'appli-
ations.

damnations sont pécuniaires. Le juge commence par déclarer ; le demandeur a raison. Puis il dit: examinons à présent ce que vaut en argent l'objet réclamé par le demandeur, faisons l'évaluation en argent, la procédure formulaire ayant pour but d'une part d'établir la prétention du demandeur, et d'autre part d'évaluer en argent le montant de cette prétention.

Une fois rendue, la sentence du juge va produire 2 effets essentiels. I) Le premier effet ne se produira qu'en cas de jugement de condamnation : c'est de mettre à la charge du défendeur l'obligation de payer le montant de la condamnation. Et une fois de plus le droit du demandeur se transforme; avant la litis contestatio il y avait la créance primitive; après la litis contestatio il y avait le droit d'obtenir éventuellement un jugement de condamnation conforme aux termes de la formule. A présent, après le jugement de condamnation , il a le droit d'obtenir le paiement de la somme fixée par la condamnation. Le jugement de condamnation fait donc naître une obligation extrêmement efficace, une obligation qui est toujours une obligation de payer une somme d'argent à la charge du défendeur.

2) Mais, d'autre part, qu'il s'agisse d'un jugement de condamnation ou d'une sentence d'absolution, le jugement en droit classique va être revêtu de l'autorité de la chose jugée. Cette autorité de la chose jugée a été longue à être dégagée en droit romain. Nous avons vu, en effet, que le magistrat pour empêcher le renouvellement des procès s'était d'abord attaché à un évènement qui se passait devant lui, la litis contestatio; mais il y a des cas trop compliqués à exposer ici, trop longs à faire comprendre, où l'effet de la litis contestatio était insuffisant. L'idée générale c'est qu'il y a des cas où sans émettre à proprement parler une prétention identique à la précédente, on remet en réalité en question une chose jugée. Le demandeur ne demande pas exactement la même chose que la première fois, mais en réalité il ne devrait pas, étant donné ce qui a été jugé dans la première affaire, émettre cette nouvelle prétention; il porte atteinte à l'autorité de la chose jugée par la nouvelle prétention qu'il émet.

Ce sont les magistrats qui, à la suite des remarques faites par les jurisconsultes, ont tenu compte à côté de l'effet de la litis contestatio, de l'autorité de la chose jugée. Et le magistrat, pour faire valoir cette autorité de la chose jugée, de la "res judicata" délivre une exceptio rei judicatae, l'exception de chose jugée qui se trouve dans un lien étroit

Source : BIU Cujas

avec l'exceptio rei in judicium deductae fondée sur la litis contestatio.

Deux conditions sont requises pour qu'une sentence rendue par un juge régulièrement constitué soit considérée comme l'expression de la vérité et ait l'autorité de chose jugée. Il faut l'identité de question et l'identité de personnes. a) Il faut tout d'abord pour que l'on puisse invoquer par une exception l'autorité de la chose jugée, que ce soit vraiment la même question qui soit posée dans le nouveau procès. En effet, il est possible que, tout en invoquant une prétention ayant un objet identique, ce ne soit pas la même affaire qui se renouvelle. Par exemple le premier procès avait été relatif à la possession d'une chose; le second procès est relatif à la propriété de la même chose; du moment où dans le premier procès le juge avait tranché la question de savoir si vous étiez ou non possesseur, il n'a pas par là-même tranché la question de savoir si vous étiez ou non propriétaire. En vous prétendant propriétaire d'une chose, vous ne faites pas une atteinte à la chose jugée sur la question de la possession. Par conséquent, l'objet litigieux a beau être le même dans les deux procès, ce n'est pas la même question qui est posée puisque dans le premier procès c'était une question de possession, dans le second procès c'est une question de propriété.

Identité de question.

Identité de personnes. Autorité relative de la chose jugée.

b) D'autre part, il faut qu'il y ait identité de personnes. C'est ce que l'on appelle de nos jours l'autorité relative de la chose jugée. Du moment où une question a été jugée entre deux personnes, une question identique pourrait être ultérieurement jugée entre deux autres personnes sans que l'autorité de la chose jugée y fasse obstacle. On ne peut pas opposer un jugement à des personnes qui n'ont pas participé au premier procès.

La seule exception, c'est dans certains litiges relatifs à l'état des personnes, où la sentence rendue est opposable à tous.

L'identité de personnes d'ailleurs ne s'apprécie pas suivant l'identité physique des individus, mais suivant la qualité en laquelle ils agissent, et c'est ainsi qu'un héritier ne peut pas remettre en question une affaire qui avait été jugée dans les rapports entre la personne à laquelle il succède et une autre personne. L'héritier est considéré à ce point de vue comme ayant une sorte d'identité juridique avec le défunt.

Source : BIU Cujas

§ 6 - L'exécution de la sentence.

Exécution volontaire de la sentence.

Nous avons dit que quel que soit l'objet primitif du litige, la sentence du juge n'a pu aboutir qu'à une condemnation à une somme d'argent. Il en résulte que le défendeur condamné est tenu de payer une certaine somme d'argent à celui qui a gagné le procès. Il y a là une obligation qui peut être éteinte par le paiement de la somme à laquelle le défendeur avait été condamné. Dès l'instant où le défendeur a payé la dette née du jugement, il est entièrement libéré vis-à-vis du demandeur.

L'actio judicati.

Mais s'il ne s'exécute pas volontairement, le défendeur va être soumis à l'action qui sanctionne l'obligation née du jugement, à l'actio judicati. C'est très compliqué en raison même du fait que des obligations se succèdent les unes aux autres. Le jugement ayant fait naître une obligation, il faut une nouvelle action pour obtenir l'exécution de l'obligation née du jugement, mais une obligation qui est plus forte, plus vigoureuse que l'obligation primitive en ce sens qu'il est périlleux d'en contester l'existence et que pour en contester la légitimité, il faut avoir des garants.

Mais ce qu'il faut bien comprendre, c'est que c'est par voie d'action que l'on fait valoir l'obligation née du jugement, que l'on tire les conséquences d'un jugement de condamnation. Cette actio judicati remplace la manus injectio judicati du temps des actions de la loi, et de même que la manus injectio judicati, elle ne peut être exercée qu'au bout d'un délai de grâce de trente jours.

Ainsi donc le défendeur condamné a un délai de trente jours pour exécuter le jugement de condamnation. Si au bout de trente jours il ne s'est pas exécuté, le gagnant du premier procès le poursuit à nouveau en justice, par l'action judicati. Poursuivi par l'actio judicati, le défendeur peut s'incliner. Alors, ou bien il devra payer séance tenante, ou il sera soumis à l'exécution; ou bien il ne s'inclinera pas et alors il devra fournir des garants et encourir, au cas où sa défense serait injustifiée, une condamnation du double.

Ainsi celui qui a été condamné à payer peut bien se refuser à payer et entraîner le vainqueur du premier procès à toute une nouvelle procédure, mais cela est

Source : BIU Cujas

assez périlleux pour lui, puisqu'il sera condamné dans le second procès au double de la somme à laquelle il avait été condamné dans le premier; il ne pourra faire ce second procès qu'à condition de fournir des garants qui s'engageront à payer à sa place le cas échéant le montant de la seconde condamnation et qui seront responsables de son insolvabilité. Ainsi donc, il y a à la fois une très grande complexité à ce point de vue, et un danger pour le débiteur qui se montre récalcitrant et traîne indéfiniment la procédure.

Le gagnant du procès qui n'avait pas reçu satisfaction, pouvait procéder contre le défendeur condamné, soit à l'exécution sur la personne, soit à l'exécution sur les biens.

1°) L'exécution sur la personne.

Atténuation de l'exécution sur la personne. La cession de biens.

L'exécution sur la personne continue à être admise en droit classique, et même, c'est l'exécution de droit commun. C'est elle qui est prévue en première ligne par l'édit du préteur et qui seule est théoriquement à la disposition des magistrats municipaux. Le défendeur sera emmené par le gagnant du procès conformément à l'autorisation du magistrat. C'est là un moyen de pression efficace contre un débiteur récalcitrant qui, voyant que les choses tournent mal, se hâtera de donner satisfaction au gagnant du procès et le cas échéant c'est également un moyen pour le créancier de se faire rembourser en faisant travailler à son bénéfice le débiteur qui n'a pas payé la dette. Mais comme il s'agit d'un procédé archaïque extrêmement rigoureux, dès le temps d'Auguste une loi Julia est venue en atténuer la portée.

La loi Julia d'Auguste a en effet permis au débiteur d'éviter l'exécution sur la personne en faisant l'abandon complet de tous ses biens à ses créanciers. C'est ce que l'on appelle la cession de biens, la "bonorum cessio".

Le bénéfice de compétence.

De plus, il existe, à l'époque classique, toute une série de personnes qui jouissent de ce que l'on appelle le bénéfice de compétence. C'est là une manière quelque peu singulière d'exprimer l'idée simple qu'il y a toute une série de personnes qui ne peuvent être soumises à l'exécution sur la personne, car l'édit du préteur prévoit qu'elles ne pourront être condamnées que dans les limites de leurs ressources, jusqu'à concurrence du montant de l'actif de leur patrimoine.

2° - L'exécution sur les biens (venditio bonorum)

Création par le préteur de

Le deuxième procédé que l'on trouve à l'époque de la procédure formulaire, c'est l'exécution sur les

Source : BIU Cujas

l'exécution sur les biens contre le judicatus, le confessus et l'indefensus.

biens, ce que l'on appelle la venditio bonorum. C'est là un procédé qui est une création du magistrat qui, nous l'avons vu à propos du patrimoine, a admis que les biens du débiteur étaient le gage commun de ses créanciers, qu'il était normal que les créanciers puissent faire vendre les biens de leur débiteur pour obtenir le remboursement au moins partiel de leurs créances.

Il semble que cette procédure d'exécution sur les biens ait été instituée par le préteur Rutilius Rufus, vers l'an 118 av. J.C.- C'est une procédure d'ailleurs dont le domaine d'application est assez étendu; non seulement on peut l'employer contre le débiteur condamné, mais également contre le débiteur qui ne s'est pas défendu convenablement ou qui avait reconnu le bien-fondé de la demande; aussi bien contre le judicatus que contre l'indefensus et le confessus in jure, que l'on ait été condamné, que l'on ait avoué ou qu'on ne se soit pas défendu, on peut être soumis à l'exécution sur les biens, et même si le débiteur est mort et si aucun héritier ne s'est présenté pour recueillir sa succession, les créanciers du défunt pourront également faire vendre les biens de leur débiteur décédé pour se faire rembourser de leurs créances.

Substitution d'un tiers à la place du débiteur à la tête de son patrimoine.

Ce qui est particulièrement curieux dans cette procédure, c'est qu'elle a essentiellement pour but de substituer au débiteur défaillant un nouveau titulaire de son patrimoine, qui sera chargé de remplacer le débiteur défaillant vis-à-vis des créanciers pour régler tout ou partie de leurs créances. C'est donc quelque chose de beaucoup plus complexe que notre procédé de saisie moderne. La procédure va s'ouvrir à la demande de l'un des créanciers qui, n'ayant pas été payé, prie le préteur de l'envoyer à titre conservatoire en possession des biens du débiteur insolvable, tout au moins récalcitrant.

Caractère collectif de cette procédure. La missio in possessionem et la nomination d'un auctor bonorum.

Mais, remarquez-le, si cette mesure d'envoi en possession provisoire est prise à la demande de l'un des créanciers, elle va profiter à l'ensemble des créanciers du débiteur. A la différence de notre moderne déconfiture et conformément aux règles de la faillite actuelle des commerçants, c'est une procédure collective d'exécution contre le débiteur insolvable ou défaillant qui profite à tous ses créanciers, tandis qu'au contraire on dit de nos jours en cas de déconfiture d'un non commerçant que le paiement est le prix de la course, que le premier arrivé l'emporte sur les autres créanciers qui arrivent trop tard pour se faire payer.

Source : BIU Cujas

Ainsi la première mesure, c'est de mettre à titre conservatoire la main sur tous les biens du débiteur, de manière à l'empêcher de les gaspiller, de les détourner. Le magistrat nomme, à la requête des créanciers, un administrateur provisoire, le "curator bonorum," celui qui prend soin des biens, qui est chargé de veiller à l'intégrité des biens du débiteur. Et des affiches sont apposées pour faire connaître aux amis du débiteur ou pour avertir le débiteur absent qu'il est grand temps de payer les dettes si l'on veut éviter la vente ultérieure des biens.

Le magister bonorum et la venditio bonorum.

Supposons que le délai d'un mois, s'il s'agit d'un débiteur en vie, ou le délai de quinze jours, si le débiteur est décédé, se soit écoulé sans que les dettes aient été payées. Alors le magistrat va en venir aux mesures d'exécution proprement dites; il va prescrire aux créanciers par un second décret de désigner parmi eux un magister bonorum, un maître des biens, qui sera chargé de faire toutes les formalités relatives à la vente ultérieure des biens et de procéder à cette vente. De nouvelles affiches vont faire connaître au public ce que l'on pourrait appeler le cahier des charges de la vente, le montant du patrimoine, les créances hypothécaires ou privilégiées, les créances ordinaires.

On attend un nouveau délai de dix jours, si le débiteur est vivant, de cinq jours s'il est mort; il faut toujours un certain délai pour permettre aux gens d'être au courant ou pour permettre de régler les dettes, mais comme vous le voyez, les délais sont brefs; c'est une procédure d'exécution rapide. Et au bout de ce délai le magister bonorum, le délégué des créanciers va mettre en vente aux enchères le patrimoine tout entier du débiteur insolvable, ou défaillant.

Le bonorum emptor; comparaison avec le bonorum possessor.

Ainsi la personne qui se présentera ne va pas acheter un bien déterminé, ou certains biens corporels, elle va acheter le patrimoine, au sens moderne du mot, du débiteur, elle va se substituer en quelque sorte à lui en droit prétorien vis-à-vis de tous les éléments de son patrimoine. C'est ce que l'on appelle un acquéreur des biens, un "emptor bonorum". Ayant étudié déjà le droit des successions, vous êtes immédiatement frappé de l'analogie qui existe entre l'emptor bonorum et ce bonorum possessor que nous avions vu dans la situation d'un héritier en droit prétorien. Il y a un parallélisme frappant entre les règles instituées par le préteur pour le bonorum emptor et celles qu'il avait instituées pour le bonorum possessor. En droit civil, ils n'ont aucun droit, mais le préteur, grâce à des formules d'action spé-

Source : BIU Cujas

ciales, les met dans la même situation que le débiteur défaillant ou que le défunt.

Cependant une différence existe entre l'héritier prétorien et l'acquéreur des biens de l'insolvable: c'est que l'héritier prétorien est tenu intégralement des dettes du défunt, tandis que l'emptor bonorum n'est tenu que jusqu'à concurrence de ce qu'il a promis.

Situation du débiteur si ses biens n'ont pas suffi à désintéresser tous ses créanciers.

Il peut ensuite arriver - il arrivera même fréquemment, car normalement le débiteur qui n'a pas payé ses créanciers est insolvable, a un passif supérieur à son actif - il arrivera normalement que tous les créanciers n'auront pas été intégralement remboursés, et par suite le préteur leur réserve un recours ultérieur contre leur débiteur. Si postérieurement leur débiteur revient à meilleure fortune, les créanciers pourront s'emparer de tout ce qu'il gagnera et de tous les biens qu'il viendra à acquérir par la suite. Par contre, sauf s'il s'agit d'une banqueroute frauduleuse, d'un débiteur volontairement malhonnête, ils ne pourront pas, dans l'année qui suit la vente de son patrimoine, procéder sur lui à l'exécution sur la personne. C'est bien le moins qu'après l'avoir complètement dépouillé de son patrimoine, ils ne puissent pas par dessus le marché dans l'année qui suit, procéder sur lui à l'exécution sur la personne et l'amener dans leur prison.

Détermination de la somme que doit payer l'emptor bonorum. Promesse d'un dividende aux créanciers- Règlement avec chacun d'eux.

Une des questions les plus difficiles à résoudre, car les conceptions romaines heurtent, semble-t-il, notre façon moderne de concevoir les choses, c'est de savoir comment est fixée la somme due par l'acquéreur du patrimoine de l'insolvable, et quels sont les rapports entre l'acquéreur de ce patrimoine et les créanciers. Il semblerait, en effet, très simple que l'acquéreur ait promis une somme déterminée au magister bonorum, la lui remette et que celui-ci se charge de la répartir entre les créanciers. Mais cette solution si simple et si naturelle qu'elle paraisse n'est pas la solution des textes, et il faut bien se résoudre à admettre une solution beaucoup plus compliquée, tout au moins pour les débuts et le cours normal de la procédure formulaire. Tout d'abord il paraît démontré qu'en aucun cas l'acquéreur ne pourra être tenu de verser une somme supérieure au montant des créances; quelle que soit la valeur du patrimoine mis aux enchères, en aucun cas il ne sera tenu de payer une somme plus élevée que l'ensemble des créances. Et d'autre part, il semble également résulter des textes que ce n'est pas une somme déterminée qu'offre l'acquéreur des biens, il offre simple-

Source : BIU Cujas

ment un certain pourcentage des créances non privilégiées. C'est ainsi que se fait la vente à 10 %, à 15 %, à 60 %, à 80 % des créances, ce qui fait qu'il y a un élément de hasard, un élément de jeu dans cette adjudication. Il y a des chances pour l'acquéreur qui pourra se trouver en présence de créanciers dont le droit n'est pas démontré, qui pourra bénéficier de la négligence de certains créanciers, et qui d'autre part aura la faculté de poursuivre de son côté les débiteurs du patrimoine qu'il a acquis. Qu'il y ait un bénéfice à réaliser, cela est démontré par le fait qu'il semble y avoir quelquefois rivalité pour acquérir au même pourcentage le patrimoine du débiteur défaillant, qu'il faille régler le concours entre créanciers et parents du débiteur.

Ainsi normalement, dans cette procédure, l'emptor bonorum s'est simplement engagé à fournir 40 ou 50 % du montant des créances, et chaque créancier devra régler sa situation personnelle avec l'acquéreur. Si l'acquéreur estime qu'un créancier n'a pas le droit au pourcentage, il pourra toujours engager un procès avec lui et s'il le gagne, ne rien avoir à lui payer.

Ainsi cette procédure de la venditio bonorum, si elle présente le grand avantage de concilier les intérêts de tous les créanciers qui s'ils sont des créanciers chirographaires, sont tous placés sur un pied d'égalité, est au contraire très complexe, du fait que l'emptor bonorum se substitue simplement au débiteur défaillant et peut engager des procès avec tous ceux qui étaient créanciers du débiteur défaillant. De plus, c'est un procédé assez singulier, puisque, quel que soit le montant des créances, quelle que soit l'importance des biens du débiteur défaillant, il faut nécessairement liquider le tout en bloc, il faut nécessairement vendre en bloc tout le patrimoine au profit de l'acquéreur.

Section II

Les moyens de droit fondés sur le pouvoir de commandement du magistrat.

Magistrats pouvant employer ces procédés.

Dès les actions de la loi, et a fortiori sous la procédure formulaire, les magistrats du peuple romain interviennent dans les conflits entre particuliers en vertu de leur autorité propre, en vertu de leur imperium.

Source : BIU Cujas

Ceci voudrait dire en apparence que seuls des magistrats ayant l'imperium, le pouvoir de commandement, peuvent utiliser ces moyens de procédure que nous allons étudier. Mais en fait, il ne faut pas oublier que bien souvent les lois municipales concèdent formellement à tels ou tels magistrats municipaux le droit d'utiliser certains de ces procédés, et que d'autre part, le préteur peut déléguer son pouvoir à certains magistrats inférieurs.

Ainsi donc, si en principe, il faut avoir l'imperium pour les utiliser, la loi ou la délégation du magistrat supérieur vont permettre à des magistrats municipaux d'employer certains de ces moyens de procédure. Ce sont: les interdits, les envois en possession, les stipulations prétoriennes et les restitutiones in integrum.

§ I - Les interdits.

Définition - Différentes sortes d'interdits.

Les interdits sont des ordres donnés par le magistrat soit en vue de prohiber un fait, d'arrêter l'activité d'un particulier, soit en vue de contraindre une personne à accomplir un acte déterminé.

Il y a des interdits prohibitoires, le magistrat prohibant un acte, interdisant de continuer une activité illicite. Il y a des interdits exhibitoires ou restitutoires, dans lesquels le magistrat ordonne d'exhiber une chose, ou de restituer une chose.

D'autre part ces interdits peuvent être simples ou doubles. L'interdit est simple quand le magistrat, à la demande d'une personne, s'adresse simplement à l'adversaire de cette personne; l'interdit est double lorsque le magistrat s'adresse simultanément aux deux plaideurs, leur interdit à l'un et à l'autre d'accomplir l'acte prohibé.

Grand nombre des interdits.

Les interdits en droit romain classique sont extrêmement nombreux. Nous en avons rencontré à tout moment au cours de cette année. Dans le droit des personnes nous avons vu que l'action en revendication était assez peu utilisée, lorsqu'il s'agissait de personnes libres et que l'on avait recours de préférence aux interdits du préteur, soit qu'il s'agisse de faire relâcher une personne sui juris indûment détenue dans la prison privée d'autrui, soit qu'il s'agisse pour le mari de faire rentrer au domicile conjugal sa femme qui s'est réfugiée chez une autre personne, soit qu'il s'agisse enfin d'un chef de famille qui se plaint que son fils ou sa fille est retenu dans la maison

Source : BIU Cujas

d'autrui sans aucun droit. Dans tous ces cas on utilise des interdits exhibitoires.

Puis, à propos des choses hors du commerce, nous avons vu que ces choses n'étant pas soumises à l'appropriation privée et au droit commun de la propriété, c'était le préteur qui avait dû par des interdits assurer la protection des choses sacrées, des choses religieuses, des choses saintes.

Puis, arrivés au droit de la possession et au droit des successions, nous avons vu l'importance des interdits dans la matière de la possession. Il y a des interdits qui ne sont pas à proprement parler des interdits possessoires en ce sens qu'ils ne sont pas destinés à protéger la possession mais à la faire acquérir. Tels les interdits accordés par le préteur au bonorum emptor, ou au bonorum possessor, pour se faire mettre en possession des biens corporels du défunt ou des biens corporels du débiteur défaillant.

Les interdits possessoires conservatoires ou récupératoires.

Il y a d'autre part les interdits possessoires (1) proprement dits, interdits conservatoires, interdits récupératoires. Le magistrat, d'abord pour la protection des terres publiques, puis pour la protection de toutes les choses qui rentrent dans le commerce, a accordé des interdits conservatoires, des interdits destinés à établir quel est le possesseur actuel d'une chose et à permettre à ce possesseur actuel de la chose de faire cesser les troubles possessoires, les troubles apportés à sa possession.

Lorsqu'il s'agit d'immeubles, c'est l'interdit uti possidetis, qui ordonne de maintenir dans l'état actuel la possession d'un fonds de terre ou d'une maison. Lorsqu'il s'agit de choses mobilières, c'est l'interdit utrubi, d'abord institué pour les esclaves fugitifs, puis étendu à toutes les choses mobilières, interdit utrubi qui au contraire est accordé à celui qui a possédé la chose le plus longtemps dans l'année qui précède la délivrance de l'interdit. L'interdit uti possidetis protège littéralement le possesseur actuel; l'interdit utrubi protège celui qui a possédé le plus longtemps dans l'année qui précède l'interdit; celui qui a possédé pendant sept mois dans cette année-là, tandis que l'autre n'a possédé que pendant cinq mois.

A côté de ces interdits conservatoires ou prohibi-

---

(1) On a donné ici à propos des interdits, des renseignements sur les interdits possessoires que l'on donne généralement à propos de la théorie de la possession.

Source : BIU Cujas

toires, on rencontre, en matière de possession, les interdits récupératoires, les interdits destinés à faire recouvrer une possession perdue. Les plus fameux sont les interdits unde vi, fondés sur le fait que le plaignant avait été dépossédé par la violence, et les règles varient suivant qu'il s'agit d'une violence simple ou d'une violence à main armée, ou accomplie par plusieurs personnes, le préteur estimant qu'une violence à main armée ou qui est l'oeuvre de plusieurs individus est beaucoup plus grave qu'une violence accomplie simplement sans armes par une seule personne.

Il y a également l'interdit de precario, qui se rattache, avons-nous vu, aux concessions de terre faites à titre précaire par un chef de famille patricien à ses clients. L'interdit de precario permet d'obtenir du client à tout moment la restitution de la parcelle de terre qui lui avait été concédée.

Enfin, il y a l'interdit de clandestina possessione, relatif à la possession clandestine, dont les auteurs ont généralement nié l'existence, on ne sait trop pourquoi puisqu'il est indiqué au Digeste où il est placé sous l'autorité de Julien. Cet interdit, qui devait perdre tout intérêt au Bas-Empire, est destiné à celui qui a perdu la possession à la suite d'une usurpation clandestine, lorsque celui qui l'a dépouillé de la possession s'était emparé clandestinement, en cachette, de son bien.

Ainsi le préteur ne veut pas tenir compte des dépossessions violentes ou des dépossessions clandestines, et il permet à celui qui a été dépossédé de recouvrer son bien.

La procédure de l'interdit dans le cas où le plaideur conteste le bien fondé de la délivrance de l'interdit.

La procédure des interdits présente certains avantages de rapidité, de célérité, quand on a affaire à une personne qui se soumet de bon gré à l'interdit du magistrat. En effet, la délivrance des interdits n'est soumise à aucune condition de temps ou de lieu. On peut dire que l'on a été victime d'un acte qui donne lieu à délivrance d'un interdit, se précipiter chez le magistrat et obtenir de lui la délivrance d'un interdit.

Mais si l'autre plaideur n'obtempère pas à l'ordre ou à la défense du préteur, si l'autre plaideur déclare que les faits invoqués pour obtenir la délivrance de l'interdit ne sont pas démontrés, alors la procédure devient immédiatement très compliquée, car il faudra un procès, tout au moins à l'époque classique, sur le point de savoir si oui ou non on a violé l'interdit du préteur. L'interdit du préteur n'est que le point de départ et on plaide ensuite sur

Source : BIU Cujas

la question de savoir si on se trouvait ou non dans les termes prévus par l'interdit du magistrat.

La procédure per sponsionem.

Ainsi donc si on ne s'incline pas de bon gré devant l'interdit, la procédure, d'accélérée qu'elle paraissait, va devenir au contraire très longue. La procédure des interdits se présente dans la pratique sous deux aspects, correspondant aux deux aspects de la procédure en revendication à l'époque formulaire. De même que pour l'action en revendication, il y a pour les interdits, une procédure per sponsionem et une procédure per formulam arbitrariam. La plus ancienne, c'est la procédure per sponsionem et c'est même la seule qui soit d'application générale, car c'est la seule qui soit en usage pour les interdits prohibitoires. C'est la procédure la plus compliquée que l'on puisse rêver, lorsqu'il s'agit d'interdits doubles.

Nous n'attaquerons pas ici la procédure de l'interdit double, nous nous bornerons à la procédure de l'interdit simple, qui comporte simplement trois formules en droit classique. C'est une procédure per sponsionem, par la promesse, c'est-à-dire que l'on fait trancher indirectement la question de savoir si l'interdit a été ou non violé ; le demandeur fait promettre à l'autre plaideur une certaine somme d'argent pour le cas où il aurait violé l'interdit. C'est pourquoi c'est une procédure per sponsionem. Le plaignant dit à l'autre: me promets-tu telle somme si tu as contrevenu à l'interdit ? Et l'on va devant le juge pour savoir si on a ou non contrevenu à l'interdit et si par suite la somme est due. Mais l'autre plaideur, qui ne voulait pas rester en reste avec le premier, a procédé à une restipulatio, à une promesse réciproque; il lui a dit: je veux bien te promettre cent sesterces si j'ai violé l'interdit, mais, toi, promets-moi cent sesterces pour le cas où j'aurais respecté l'interdit.

Ainsi donc le juge a simultanément à trancher deux problèmes. Il doit déclarer: le montant de la sponsio est dû et le montant de la restipulatio n'est pas dû, ou, réciproquement: le montant de la restipulatio est dû et le montant de la sponsio n'est pas dû. Ainsi il donne gain de cause indirectement soit au demandeur soit au défendeur.

Mais malheureusement à l'époque classique cela ne suffit pas. Si c'est le demandeur qui gagne le procès, il dit: cela ne suffit pas, j'ai bien gagné cent sesterces puisque j'avais raison, mais je voudrais encore avoir une indemnité en réparation du préjudice causé. Et par suite, il y a une troisième for-

Source : BIU Cujas

mule qui prescrit au juge de prononcer une condamnation égale au dommage subi par le demandeur du fait de la violation de l'interdit. Multipliez par deux toutes ces complications et vous aurez un interdit double.

Ainsi, dans la procédure per sponsionem le plaideur gagnant réalise toujours un bénéfice. Si c'est le demandeur, il a droit au montant de la sponsio et il a droit à l'indemnité du préjudice subi; par conséquent le montant de la sponsio est pour lui un bénéfice. Si c'est au contraire l'autre plaideur, il est libéré des conséquences du procès puisqu'il a gagné, mais à titre de dédommagement d'avoir été amené à poursuivre cette procédure, il a droit à un bénéfice; il a droit d'exiger de celui qui l'a poursuivi injustement le montant de la restipulatio, de la promesse réciproque.

La procédure per formulam arbitrariam.

La seconde procédure utilisée c'est celle par formule arbitrale ou, comme traduisent les auteurs modernes, par formule arbitraire, "per formulam arbitrariam". La "formula arbitraria", c'est celle qui donne au juge un pouvoir d'arbitrage, ce n'est pas du tout un pouvoir arbitraire, ce qui fait qu'une traduction littérale risque de faire faire un contresens à ceux qui ne réfléchissent pas assez, ou même à ceux qui prennent les mots dans leur sens français littéral.

Cette formule arbitrale n'est délivrée que pour les interdits exhibitoires ou restitutoires, et elle doit être exigée séance tenante. Ici on ne se soucie pas d'attendre pour voir si oui ou non l'interdit sera violé par la suite. Dès que le préteur a délivré son interdit, et avant que l'autre plaideur ait quitté l'audience, le plaignant demande au magistrat la délivrance de cette formule. Séance tenante, le plaignant demande une formule destinée à faire régler par le juge la question de savoir si oui ou non il a raison de demander la délivrance de l'interdit.

En principe en ce cas il n'y a plus de peine de procédure et le perdant du procès, en général, ne subira pas une condamnation supérieure au tort qu'il a causé au demandeur. D'autre part, cette procédure est beaucoup mieux adaptée au but poursuivi, puisque la formule prescrit au juge qui reconnaît le bien fondé de la demande, d'inviter celui qui n'a pas exhibé à accomplir cette exhibition ou cette restitution. Le juge ne prononce une condamnation pécuniaire qu'en cas de refus du défendeur de restituer ou d'exhiber la chose.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Les stipulations prétoriennes.

Définition; exemples.

Nous n'insisterons pas sur ces stipulations prétoriennes, puisque l'étude de ces stipulations n'est qu'un aspect plus général du problème de la stipulation, contrat oral solennel que l'on étudie en 2ème Année. On dit qu'il y a stipulation prétorienne ou d'une manière plus générale, stipulation honoraire, quand c'est le magistrat qui impose aux intéressés de se lier entre eux par la conclusion d'un contrat de stipulation. Normalement la stipulation est faite volontairement. Ici c'est le magistrat qui, en vue d'assurer l'existence d'un droit nouveau, oblige l'un des plaideurs ou l'une des personnes qui se sont adressées à lui à se lier par un engagement vis-à-vis de l'autre intéressé ou de l'autre plaideur.

Nous en avons vu, en particulier deux exemples cette année: l'un en matière de tutelle, lorsque le magistrat contraint le tuteur légitime à prendre l'engagement par stipulation de bien gérer les biens du pupille: la cautio rem pupilli salvam fore, l'engagement garanti par des cautions de maintenir intact le patrimoine du pupille; l'autre en matière d'usufruit, lorsque nous avons vu que le préteur ne délivrait l'usufruit à son bénéficiaire, que lorsqu'il s'était engagé par voie de stipulation à jouir, comme l'on dit, en bon père de famille, et à restituer le bien à la fin de l'usufruit.

Ainsi, grâce à la stipulation honoraire ou prétorienne le magistrat améliore les relations juridiques entre individus et fait naître au profit de certaines personnes des droits que n'accordaient pas les usages traditionnels de la cité.

§ 3 - Les envois en possession.

Exemples: La situation de l'envoyé en possession; simple détenteur protégé par des interdits in factum.

Nous avons vu à plusieurs reprises que le magistrat, en vertu de son imperium, faisait pression sur un individu en envoyant soit le demandeur, soit les créanciers en possession provisoire des biens d'une personne. C'est ainsi que si la personne que l'on veut poursuivre en justice se cache, le magistrat envoie à titre temporaire le plaignant en possession de ce défendeur récalcitrant. C'est ainsi qu'en matière d'exé-

Source : BIU Cujas

cution sur les biens on commence par un envoi provisoire en possession des biens. Mais où les mots jurent d'être ensemble, c'est lorsqu'on s'aperçoit que l'envoyé en possession n'est pas possesseur, au sens technique du terme.

L'envoi en possession à l'époque classique n'est pas un cas de possession, c'est un cas de détention. Par suite, l'envoyé en possession n'est pas protégé par les interdits possessoires, mais par des interdits spéciaux ou des actions in factum. Cela peut vous paraître surprenant, et cependant Quintus Mucius Scaevola fut vivement critiqué par le jurisconsulte Paul pour avoir rangé parmi les cas de possession le cas de la missio in possessionem .

§ 4 - La restitutio in integrum.

ncienneté
e ce moyen.
a règlementa-
ion ultérieu-
re.

La restitutio in integrum est l'acte le plus hardi du magistrat, puisqu'au lieu d'améliorer le fonctionnement de la procédure traditionnelle ou de compléter le droit civil, il agit désormais à l'encontre du droit civil et il déclare qu'il tiendra pour non avenues des institutions valables en vertu des usages de la cité, qu'il ne ratifiera pas une opération juridique faite conformément aux règles civiles, qu'il ne tiendra pas compte d'un évènement valable accompli.

Certains auteurs ont soutenu que c'était seulement sous la procédure formulaire que le magistrat avait osé utiliser un moyen aussi hardi; nous n'en sommes pas du tout convaincu et nous ne voyons en tout cas personnellement aucun inconvénient à ce que la restitutio in integrum ait été utilisée bien avant la loi Aebutia.

Ce qui paraît seulement justifié, c'est d'admettre que primitivement c'était vraiment un moyen exceptionnel, que le magistrat était entièrement libre d'accepter ou de refuser, de prendre en considération la demande du plaignant. Mais petit à petit les juristes et les praticiens ont règlementé cette procédure exceptionnelle. L'usage a fixé d'une manière définitive les cas dans lesquels le magistrat délivrerait la restitutio in integrum, ce qui fait que finalement le magistrat n'a plus cette liberté primitive de tenir pour non avenue une règle du droit civil quand le besoin s'en fait vraiment sentir, quand il y a une situation exceptionnelle. Désormais l'édit du préteur prévoit les cas dans lesquels on accor-

Source : BIU Cujas

dera ou non la restitutio in integrum.

Exemples. Nous avons déjà vu cette année, l'un des cas les plus importants de restitutio. C'est le cas du mineur de 25 ans qui a été victime d'une lésion, il obtient la restitutio ob aetatem, restitutio qui fut ensuite étendue aux impubères qui avaient agi avec le concours de leur tuteur.

Le second cas important, c'est celui de l'absent, pour qui l'absence a entraîné la perte d'un droit. Vous aviez été mobilisé-et cela arrivait bien souvent dans les derniers siècles de la République, puisqu'on était très fréquemment en guerre,- pendant votre absence vous avez subi un préjudice certain du fait de votre mobilisation au loin ; une personne a pris tranquillement possession de votre bien et en votre absence en est devenue propriétaire par voie d'usucapion. Ou bien encore vous avez cessé nécessairement, puisque nous n'étiez pas là, d'user d'une servitude et vous l'avez perdue par non usage. Ou bien encore vous aviez à votre disposition une action temporaire et le délai pour exercer l'action s'est éteint en votre absence. Dans tous ces cas, l'équité commandait que le préteur intervienne et déclare qu'il ne tiendrait pas compte de ce qui s'était passé en l'absence de celui qui était au loin au service de l'Etat romain, ou même plus tard au détriment de celui qui avait dû s'absenter pendant des mois pour les besoins de son commerce, car les distances étaient longues dans l'Empire romain de la fin de la République ou du début du Haut-Empire. Certaines affaires commerciales exigeaient une absence de plusieurs mois.

En dehors de ces deux cas fondamentaux, nous avons rencontré la restitutio en cas d'erreur de procédure, nous avons vu que quand on risquait de perdre son procès, ou même quand on avait perdu son procès pour une erreur de forme, le magistrat accordait parfois une restitutio. De même si on avait négligé de faire insérer l'exception perpétuelle dans la formule.

Il y a également restitutio utilisée en cas de capitis deminutio. Le magistrat tient parfois vis-à-vis des créanciers pour non avenue la capitis deminutio qui a eu lieu.

L'an prochain on vous parlera de la restitutio en cas de dol, en cas de violence, en cas de fraude envers les créanciers. Enfin il peut arriver que dans un but frauduleux celui qui possédait une chose s'en soit dessaisi au cours du procès, de manière à faire échouer la demande du propriétaire. Ici encore le magistrat tiendra pour non avenue la dépossession de ce

Source : BIU Cujas

Prononciation de la R.I. I. par le magistrat.

plaideur frauduleux et déclarera qu'on doit le condamner comme s'il possédait encore.

Cette restitutio est toujours prononcée par le magistrat en personne. C'est exactement le contraire de ce que nous avons dit pour la procédure formulaire normale. C'est le magistrat qui examine lui-même s'il y a lieu ou non d'accorder la restitutio, si l'on se trouve ou non en fait dans les cas prévus par l'édit pour la restitutio, et il semble que dans chaque affaire particulière la question est tranchée par un decretum spécial, par une décision spéciale du magistrat

Effets différents de la R. I.I. selon les cas.

Au contraire, en ce qui concerne les effets de la décision du magistrat, cela dépend du cas de restitutio . S'il s'agit d'un mineur de 25 ans, le préteur suit l'affaire jusqu'au bout, il assure lui-même l'exécution de sa décision, et il contraint celui qui a traité avec le mineur à lui restituer la chose aliénée Si, au contraire, on se trouve dans les autres cas de restitutio, le rôle du préteur est fini dès qu'il a prononcé sa décision; il laisse à celui qui en a bénéficié le soin, d'en tirer lui-même les conséquences et si le bénéficiaire du decretum du magistrat n'obtient pas pleine satisfaction du fait même de la décision, il doit obtenir la délivrance d'une formule qui prescrira au juge de juger l'affaire en tenant l'acte attaqué pour non avenu.

Le juge alors n'aura plus à rechercher le bienfondé de la demande, il aura simplement à tirer les conséquences du décret du préteur et à prononcer une condamnation pécuniaire contre celui qui n'y avait pas obtempéré. En ce cas nos anciens auteurs disaient qu'il y avait procédure du rescindant devant le magistrat et procédure du rescisoire devant le juge. Le magistrat déclare qu'il faut tenir pour non avenu l'acte attaqué, et le juge prononce une condamnation pécuniaire contre le défendeur qui aurait refusé de tenir pour non avenu l'acte attaqué et qui n'aurait pas par conséquent donné satisfaction au plaignant.

Ainsi dans la restitutio in integrum il y a à proprement parler, superposition du droit prétorien au droit civil. Le droit civil reste intact, mais il est privé de toute efficacité du fait que le magistrat dirigeant la procédure est toujours certain de gagner la partie. Il n'y a personne qui se pose en défenseur du droit civil contre le magistrat, le magistrat étant chargé de l'application du droit dans son intégralité fait triompher le droit prétorien sur le droit civil.

Source : BIU Cujas

Titre II

LA PROCEDURE EXTRAORDINAIRE.

Nom et caractère généraux de cette procédure.

La procédure extraordinaire tire son nom du fait qu'elle n'est pas soumise aux règles qui pendant des siècles, avaient gouverné la procédure des actions de la loi et la procédure formulaire. C'est une procédure où tout caractère arbitral a disparu, où tout le procès se déroule devant un magistrat unique, fonctionnaire impérial, qui juge lui-même l'affaire.

C'est enfin une procédure où les actes écrits se multiplient, où le procès devient particulièrement onéreux pour les plaideurs, car dès l'instant où il y a des actes écrits de procédure, il y a des gens de justice pour les rédiger et il y a des rémunérations sérieuses à donner à ces spécialistes de la procédure qui rédigent les actes.

Chapitre Ier.

LES ORIGINES DE LA PROCEDURE EXTRAORDINAIRE.

Origine de cette procédure. Son développement sous l'influence des empereurs et par la décadence des magistratures d'origine républicaine.

Cette procédure extraordinaire est apparue à une époque où la procédure formulaire régnait à Rome et où les actions de la loi apparaissaient encore de temps à autre. Cette procédure extraordinaire est née de l'habitude, pour les fonctionnaires impériaux, de juger eux-mêmes les litiges qui, de près ou de loin, se rattachaient à leurs fonctions. C'est ainsi que l'on voit juger des procès par le préfet de l'annone et par le préfet de la ville, au cas de contestations relatives à des armateurs ou à des marchands, en cas de dépossession violente, de litiges entre propriétaires et locataires qui troublent l'ordre public. On voit ainsi des fonctionnaires impériaux trancher des procès

Source : BIU Cujas

et le préfet du prétoire n'hésite pas à intervenir dans des cas graves; les consuls, les nouveaux préteurs : préteurs fidéicommissaires, préteurs tutélaires, préteurs relatifs aux affaires de la liberté, toutes les fois où ils ont à appliquer des réformes impériales, par exemple pour l'exécution des fidéicommis, pour la protection des esclaves et des fils de famille, contre les violences excessives des chefs de famille.

La procédure nouvelle ne comporte pas la délivrance de formules; les fonctionnaires tranchent eux-mêmes l'affaire. Ainsi c'est à l'initiative des fonctionnaires impériaux qu'est due l'apparition de la procédure nouvelle. Ils ne se soucient pas de renvoyer le procès à un juge, ils règlent eux-mêmes le litige.

Les empereurs devaient favoriser le développement de cette procédure nouvelle, et quand l'empereur est lui-même saisi par un plaideur d'une affaire, il lui arrive bien souvent d'en renvoyer la connaissance à un fonctionnaire impérial, chargé de trancher le procès. C'est alors la procédure par rescrit: l'empereur, dans sa réponse, indique la solution du problème juridique et charge un gouverneur de province ou un commissaire spécial de juger la véracité des faits. Parfois, l'Empereur évoque lui-même une affaire et il juge sans se soucier des règles de la procédure formulaire.

Dans les provinces, il semble que la procédure extraordinaire se soit développée plus rapidement qu'à Rome même, aux dépens de la procédure formulaire. C'est que, en effet, pendant un certain temps à Rome, les magistrats d'origine républicaine, qui étaient tenus de juger suivant les règles traditionnelles, conservaient un rôle effectif ; tandis qu'au contraire, dans les provinces impériales, les gouverneurs étaient des fonctionnaires impériaux qui, de plus en plus, réglaient eux-mêmes les affaires, sans les renvoyer à un juge. On peut même douter de l'application de la procédure formulaire en Egypte. Il est possible qu'en Egypte, on ait toujours utilisé la procédure extraordinaire, et en particulier, le système de la citation du défendeur avec le concours de l'autorité publique, connue sous le nom de "parangélie".

La disparition de la procédure formulaire.

Puis, c'est la décadence irrémédiable des magistrats d'origine républicaine. Au cours du III° siècle le préteur cesse en fait d'exercer ses fonctions judiciaires et finalement, à la fin du III° siècle, au temps de Dioclétien, il semble que, même à Rome et en Italie, la procédure formulaire ait définitivement cessé d'être en usage. Il n'y a plus de jurés, par

Source : BIU Cujas

conséquent il n'y a plus de gens qui, simples particuliers, sont qualifiés pour trancher les procès privés.

C'est le gouverneur, dans les provinces, qui juge en personne les procès, ou qui, s'il est trop chargé de travail, en renvoie la connaissance à des juges commissaires, des juges délégués. Mais on ne doit pas confondre les juges délégués qui tranchent les procès en vertu d'une commission donnée par le gouverneur, avec les jurés privés qui étaient de simples particuliers, en général désignés d'un commun accord par les plaideurs.

Ainsi, si l'on se place à la fin du III° siècle ap. J.C. après une lutte sans espoir, une défense au début assez heureuse et finalement malheureuse, la procédure formulaire a disparu radicalement de la sphère du droit romain. Elle n'a jamais été abrogée par un texte de loi, elle est tombée, peut-on dire, en désuétude, comme bien d'autres institutions romaines.

Chapitre II.

L'ORGANISATION JUDICIAIRE AU BAS - EMPIRE.

Dans le droit du Bas-Empire, on distingue désormais des juges ordinaires et des juges supérieurs. C'est qu'en effet, désormais la justice est rendue par les fonctionnaires impériaux et qu'il existe toute une hiérarchie entre les fonctionnaires impériaux.

Les juges ordinaires.

Les juges ordinaires, les juges de droit commun sont, à Rome et à Constantinople, le préfet de la ville. Dans les provinces, pour les affaires les moins importantes, pour les procès dont le taux s'élève d'abord à 50 puis à 300 sous d'or, on laisse le soin de régler l'affaire à des juges municipaux, par conséquent des juges qui rendent la justice dans une cité déterminée, ce sont d'abord les duumvirs, les magistrats municipaux proprement dits, puis après qu'ils ont cessé d'exercer toute autorité, c'est le defensor civitatis qui tranche les procès s'élevant à moins de 300 sous d'or dans chaque cité.

Au contraire en ce qui concerne les affaires les plus graves, le jugement des litiges est redevenu partout de la compétence, comme à la fin de la république, des gouverneurs de provinces. Dans toutes les provin-

Source : BIU Cujas

ces, désormais, le gouverneur est un juge. Mais s'il est trop occupé, il peut toujours confier le soin de trancher une affaire déterminée à un juge commissaire, à un judex pedaneus. Le terme de judex pedaneus est destiné à montrer la dépendance de ce juge vis-à-vis du gouverneur.

Les juges supérieurs.

Les juges supérieurs sont, à un degré de la hiérarchie, les vicaires; ce sont à proprement parler les vicaires des préfets du prétoire. Puis, au degré supérieur, les empereurs d'Orient et d'Occident ainsi que les préfets du prétoire, qui sont à trois ou à quatre suivant les époques.

On peut faire appel au préfet du prétoire, mais on ne peut pas faire appel du préfet du prétoire à l'empereur, car le préfet du prétoire est censé juger, aux lieu et place de l'empereur.

La juridiction arbitrale des evêques.

A côté de cette justice officielle, rendue par des fonctionnaires impériaux, il ne faut pas négliger la justice arbitrale, rendue par l'évêque. Je n'insiste pas car on a l'habitude d'en parler au cours d'histoire du droit français, à propos de la Gaule romaine. Signalons simplement que Constantin avait donné une véritable juridiction aux évêques, en permettant à l'un des plaideurs de contraindre l'autre plaideur à comparaître devant l'évêque, qui jugerait le procès. Tandis qu'au contraire, par la suite, la juridiction épiscopale fut ramenée à une véritable juridiction arbitrale, du fait que la compétence de l'évêque est limitée aux cas où les deux plaideurs sont d'accord pour lui soumettre un litige, conformément aux traditions anciennes de l'Eglise chrétienne, où les chrétiens, au lieu de s'adresser aux tribunaux ordinaires, venaient confier le règlement de leurs contestations aux prêtres et aux évêques.

La règlementation de l'activité judiciaire.

Pendant longtemps, étant exempte des règles ordinaires, la procédure extraordinaire n'était point soumise à des règles de temps et de lieu. Mais avec le triomphe du christianisme, on vit les jours fériés de l'Eglise chrétienne remplacer les jours néfastes de l'époque païenne. On interdit de procéder à des actes judiciaires les dimanches et les jours de fête sanctifiés par l'Eglise, et finalement on en arrivait approximativement au même nombre de jours judiciaires qu'au temps des empereurs païens. On ne peut en fait rendre la justice à la fin du Bas-Empire, que pendant 240 jours par an.

Caractere secret de la procédure.

Une autre différence, c'est le caractère secret du procès. C'est là tout l'opposé de la justice primitive, où le procès a lieu en plein jour, au grand air, en public, où la foule en quelque sorte joue

Source : BIU Cujas

rôle dans la procédure.

Au contraire, au Bas-Empire, un rideau sépare le tribunal du public, les délibérations ont lieu secrètement et c'est seulement lorsqu'on va rendre la sentence que l'on tire le rideau et que le jugement est prononcé en public, en présence du défendeur.

Chapitre III.

La marche de l'instance dans la procédure extraordinaire.

Disparition de la distinction du jus et du judicium. Rôle actif du fonctionnaire impérial.

Désormais la division en deux phases, qui est la clef de voûte de la procédure ordinaire a disparu. Il n'y a plus de juge privé; tout le procès, du commencement à la fin se déroule devant le fonctionnaire impérial, et celui-ci joue un rôle actif, celui-ci contrôle toute la marche de la procédure.

Le rôle des plaideurs a diminué singulièrement au profit du rôle de l'autorité publique. C'est la conception moderne de la justice et de la procédure qui a triomphé dans une large mesure.

I. L'introduction de l'instance; évolution des procédés employés.

I - Il faut tout d'abord, comme par le passé, assurer la comparution du demandeur et lui faire connaître ce dont il s'agit. Par conséquent, la procédure commence par l'introduction de l'instance, par un ensemble de mesures destinées à faire comparaître le défendeur, en lui faisant connaître le but du procès.

C'est là quelque chose qui a beaucoup évolué au cours de l'Empire, alors que le reste de la procédure, dans son ensemble, restait stationnaire, le mode introductif d'instance a changé à maintes reprises.

Tout d'abord, au début du Haut-Empire, à une époque où la procédure extraordinaire est vraiment l'oeuvre du magistrat, fonctionnaire impérial intervenant exceptionnellement dans certaines affaires, c'est le magistrat lui-même qui se charge, par voie d'autorité, d'assurer la comparution du défendeur. C'est donc primitivement, dans la procédure extraordinaire, par les soins du fonctionnaire impérial que sont assurées la citation et la comparution du défendeur et le défaut est considéré comme un refus d'obéissance à ce fonctionnaire.

Mais, par la suite, à un moment où la procédure

Source : BIU Cujas

extraordinaire se développe,,on adopte à Rome, semble-t-il, des pratiques provinciales et le magistrat cesse d'assurer lui-même la citation et la comparution du défendeur. Il se contente de donner son approbation, son visa, en quelque sorte, à la citation. Le demandeur lui demande s'il ne voit pas d'inconvénient à ce qu'il cite pour telle affaire le défendeur; le magistrat lui donne son appui; mais c'est alors le demandeur qui lui-même, avec le concours de témoins, assure la citation et la comparution du défendeur.

La litis denuntiatio.

Ce système de citation privée (privata testatio) approuvée d'avance par le magistrat, semble avoir présenté des inconvénients, et c'est pourquoi au Bas-Empire, on en revient à un système où l'intervention de l'autorité publique est plus active et l'on emploie ce que l'on appelle le système de la litis denuntiatio : la notification du procès. Dans ce système, la citation passe par l'intermédiaire d'un fonctionnaire public; le demandeur transmet sa demande à un fonctionnaire public qui l'enregistre et qui, ensuite, la communique au défendeur. C'est donc désormais par l'intermédiaire d'un fonctionnaire, qui l'a au préalable enregistrée, qu'est transmise la citation au défendeur. Les plaideurs doivent en principe se présenter devant le tribunal dans les quatre mois qui suivent.

La procédure par libelle.

Mais ce n'était pas là le dernier type de l'introduction de l'instance. Le système qui devait définitivement triompher au cours du V° siècle, c'est celui du libelle, et c'est pourquoi la procédure en usage dès le temps de Zénon, et sous le règne de Justinien, porte le nom de procédure par libelle.

Je rends ici un pieux hommage à la mémoire de M. Collinet, qui a commencé ce cours, puisque c'est grâce à ses travaux, auxquels il a consacré les dernières années de son existence, que nous connaissons dans tous ses détails la procédure par libelle et le dernier volume qu'il a publié est tout entier consacré à cette procédure.

Cette procédure par libelle, tout en se rattachant aux procédures antérieures se distingue cependant par certains traits et elle comporte essentiellement, pour l'introduction de l'instance, la rédaction d'un certain nombre de pièces écrites de libelles. En effet, un libellus, c'est une pièce écrite. Vous avez vu en effet qu'il n'y a pas qu'en procédure qu'on rencontre des libelles, puisque quand on veut répudier sa femme, c'est également par un libelle qu'on le fait ; le mari lui envoie un acte écrit où il lui notifie sa volonté de la répudier.

Source : BIU Cujas

La procédure commence par un libelle d'assignation, libellus conventionis, une requête écrite adressée par le demandeur au juge au fonctionnaire judiciaire, aux fins d'assignation, en vue d'obtenir l'asignation du défendeur. Le libelle d'assignation renferme l'indication sommaire de la prétention du demandeur.(I) Le magistrat y jette un coup d'oeil, pour s'il n'est pas au contraire à la morale ou au droit établi, et s'il estime que la demande peut se justifier, au cas où les faits seraient établis, il autorise la continuation du procès.

Le magistrat fait enregistrer la demande et la fait transmettre par l'intermédiaire d'un fonctionnaire subalterne au défendeur. Il semble que cet agent subalterne, qui joue le rôle de nos huissiers parfois même de nos avoués, a d'abord été un peu l'équivalent de nos modernes apparitours, mais que par la suite il a un degré plus élevé dans la hiérarchie. Dans le droit de Justinien, c'est ce qu'on appelle un exsecutor. Bien que des comparaisons de ce genre soient discutables, admettons que le fonctionnaire subalterne avant Justinien, était un huissier, tandis que par la suite, c'est un personnage qui correspond à la fois à l'huissier et à l'avoué modernes.

En même temps que cet huissier transmet le libelle d'assignation au défendeur, il lui notifie de la part du magistrat qu'il a à donner satisfaction au demandeur, ou à défendre convenablement au procès. (libellus ammonitionis).

Le libbellus contradictionis du défendeur.

Le défendeur a un certain délai pour donner sa réponse et s'il estime qu'il doit résister à la demande, il rédigera un écrit, où il exposera sommairement ses moyens de défense. C'est ce que l'on appelle le libellus contradictionis, le libelle de défense, le libelle de contradiction, où il conteste la légitimité de la prétention contenue dans le libelle d'assignation.

La phase devant le magistrat.

II- Une seconde phase de la procédure va se dérouler devant le magistrat.

La procédure par défaut.

Il peut arriver tout d'abord que le défendeur fasse défaut, malgré les notifications successives de comparaître. Ici vous constatez immédiatement, dans la procédure extraordinaire, une différence profonde avec la procédure ordinaire, c'est que, pour la pre-

---

(I) En dehors de quelques cas de restitutio in integrum c'est toujours par voie d'action que le demandeur fait valoir ses prétentions, on ne délivre plus d'interdits, mais on agit comme si l'interdit avait été délivré, en utilisant la procédure des procès sommaires.

Source : BIU Cujas

mière fois, en droit romain on va pouvoir juger le fond de l'affaire en l'absence de l'un des plaideurs. On admet la procédure par défaut au sens moderne du mot, cest-à-dire que si l'un des plaideurs se refuse obstinément à comparaître, le magistrat prendra connaissance du fond du procès et rendra sa sentence en toute liberté. Généralement il donnera satisfaction au plaideur qui a comparu, mais il n'y est pas tenu. Si manifestement le plaideur qui comparaît à tort, il peut théoriquement donner raison à celui qui fait défaut, ce qui est une caractéristique de la procédure par défaut moderne.

'instance con-
radictoire.
omparution des
arties en
ersonne ou par
rocurator.

Mais habituellement, les deux plaideurs vont comparaître soit en personne, soit en se faisant remplacer par un procurateur. En effet; le cognitor était un personnage constitué solennellement, à la suite de formes formalistes, il a complètement disparu au Bas-Empire et le seul représentant judiciaire, c'est désormais le procurateur.

Dès que les plaideurs ont comparu en personne ou par l'intermédiaire du procurateur ils doivent faire immédiatement connaître leurs moyens de défense qui entraineraient l' ajournement de l'affaire. Par exemple, c'est avant de commencer les débats que l'on doit présenter l'exception d'incompétence. Si le magistrat n'est pas compétent, ce n'est pas la peine d'aller plus loin, il n'y a qu'à le dire tout de suite. On ne va commencer à plaider un procès devant un magistrat pour, après deux semaines de discussions, déclarer:"Après, tout,ce n'était pas la peine de plaider ici puisque ce n'est pas le magistrat qui doit juger l'affaire". Ainsi donc il y a des exceptions que l'on doit faire valoir avant d'aborder le fond de l'affaire.

a narratio
t la contradic-
io des parties.

Puis les deux plaideurs vont exposer les faits chacun à sa manière, puisque si chacun n'exposait pas les faits à sa façon, il n'y aurait pas de procès. Le défendeur aurait donné satisfaction ou aurait reconnu le bien-fondé de la demande. C'est la narratio et la contradictio. Il y a exposé des faits par les deux plaideurs. Et d'après M. Collinet dont l'opinion d'ailleurs n'est pas suivie par tous les auteurs, c'est au moment même où l'on entame les débats que se place, dans le droit du Bas-Empire, la litis contestatio. C'est au moment où le demandeur ouvre la bouche pour commencer son exposé des faits qu'il y a litis contestatio. Ainsi donc la litis contestatio n'est plus une une formalité solennelle, n'est même plus un acte juridique, ce n'est plus qu'un moment de la procédure. C'est l'instant où l'on entame les débats.

a litis contes-
atio et ses ef-
ets.

Source : BIU Cujas

Quant aux effets de la litis contestatio, ils sont bien déchus, car tout le droit classique de la litis contestatio était fondé sur la formule, sur l'idée que le juge était lié par la formule et que le droit était définitivement déduit en justice par l'acceptation de celle-ci. Or, il n'y a plus de formule, ni de juge lié par les instructions d'un magistrat.

Chaque auteur moderne a contribué à ôter à la litis contestatio de la procédure extraordinaire l'un de ses effets, ce qui fait que pratiquement, si on totalise les effets retirés, on s'aperçoit que la litis contestatio au Bas-Empire n'a plus finalement aucun effet extinctif sur le droit du demandeur et qu'elle est simplement le point de départ de la péremption de l'instance, ce qui signifie que l'on doit faire juger dans un certain délai un procès entamé : on a un délai de trois ans pour faire trancher le procès une fois qu'on l'a commencé; Mais si on a laissé passer le délai de trois ans, ce n'est pas un grand malheur, puisqu'il n'y a plus d'effet extinctif de la litis contestatio. On pourra recommencer la procédure toute entière, si on a laissé périmer l'instance engagée.

Ainsi tous les inconvénients résultant du formalisme de la formule ont progressivement disparu au cours de la procédure extraordinaire, et Justinien a abrogé toutes les règles qui ne se justifiaient plus dans le nouveau système de procédure.

Le serment de calomnie et les conclusions des avocats. Les plaidoiries.

Après l'exposé des faits interviennent les avocats. Justinien d'ailleurs, a exigé à ce moment le serment de calomnie, c'est-à-dire que les deux plaideurs doivent jurer qu'ils ont confiance en leur bon droit, et, ce qui est beaucoup plus grave et singulièrement gênant pour les avocats, il exige d'eux le même serment, le serment dans le bon droit de leur client.

Les avocats vont déposer alors, comme les avoués modernes, les conclusions des plaideurs. Ils vont poser la question de droit.

L'avocat du demandeur précisera, dans la postulatio simplex, dans les conclusions unilatérales, quel est exactement le droit invoqué par le demandeur. Dans sà réponse, dans les conclusions qu'il fait en guise de réponse, l'avocat du défendeur contestera purement et simplement l'existence de ce droit; ou invoquera un moyen de défense indirect, une exception.

Mais comme nous ne sommes plus sous un régime formaliste, les exceptions au Bas-Empire ne se présentent plus dans une forme différente des autres moyens de défense. Opposer une exception, ce n'est

Source : BIU Cujas

plus accomplir un acte formaliste, c'est simplement invoquer un moyen de défense autre qu'une simple négation du droit du demandeur.

L'affaire est alors en état d'être jugée. Les positions définitives sont prises. Le droit est définitivement déduit en justice.

Les juges du Bas-Empire n'aiment plus beaucoup les plaidoiries. A propos de l'administration des preuves, l'avocat ne fait plus une plaidoirie indépendante, mais il discute pied à pied les arguments que l'adversaire appuie sur des moyens de preuve, dont on peut discuter la valeur.

III. L'administration des preuves. La règlementation de la force légale des preuves.

III. On passe donc à l'administration des preuves, et, à ce point de vue, on est frappé de la tendance du Bas-Empire à règlementer la valeur de chaque genre de preuve. Il est singulier de constater qu'il y a une évolution dans un sens opposé qui s'est faite, suivant que l'on envisage le rôle du juge en ce qui concerne la question de droit ou en ce qui concerne la preuve du droit. Le juge, d'un côté, au Bas-Empire, est beaucoup plus libre que sous la procédure formulaire, puisqu'il n'est plus lié par une formule plus ou moins rigide, rédigée par une autre personne. Le juge n'est plus lié que par la loi. Mais, au contraire, le juge de l'époque classique, était entièrement libre de faire sa conviction sur les faits, comme il l'entendait, tandis qu'au contraire la loi a fixé au juge du Bas-Empire le degré de véracité qu'il devait attribuer à chaque genre de preuve.

C'est ainsi que l'on a règlementé la preuve par témoins et que l'on applique désormais ce principe, qui a également été admis dans notre ancien droit: Testis unus testis nullus: on ne peut rien prouver par l'audition d'un seul témoin; principe qui n'est plus en usage de nos jours.

On a, d'autre part, attribué un rôle très important à la preuve par écrit. On se méfie du témoignage et, conformément aux usages grecs, on donne aux écrits une place importante. Les écrits ont une force probante plus ou moins grande, suivant qu'ils sont l'oeuvre de fonctionnaires publics, de tabelliones ou de simples particuliers qui les ont rédigés.

Le serment, l'aveu sont désormais admis comme moyens de preuve, d'une manière générale, et même le juge peut dans certains cas, s'en tenir à des présomptions. C'est dans le droit du Bas-Empire que les présomptions ont pris une grande importance comme moyen de preuve.

IV. La sentence; condam-

IV. Nous ne pouvons insister, faute de temps, et nous en arrivons à la sentence du juge. Le juge qui a

nation ad ipsam rem.

pu régler des incidents de procédure par des sentences interlocutoires, va, après l'examen des moyens de preuve, prononcer sa sentence définitive. Comme il n'est plus lié que par la loi, il est libre d'adapter son jugement à l'objet de la prétention du demandeur et de donner, dans une large mesure, satisfaction à celui-ci.

Le principe des condamnations pécuniaires a disparu. Désormais le juge peut prononcer une condamnation ad ipsam rem; il peut condamner le défendeur à l'objet de la demande même, à la restitution de la chose litigieuse, à l'exécution de son obligation. La seule exception, c'est pour les obligations de faire qui, comme de nos jours, vont toujours se résoudre en une condamnation à des dommages et intérêts.

Possibilité de réduire la demande.

Le juge, d'autre part, n'est plus tenu d'absoudre le défendeur quand il a vérifié le bien-fondé d'une exception, et il n'est pas non plus tenu d'absoudre le défendeur s'il constate qu'il y a eu de la part du demandeur une plus petitio. Il peut dans ces deux cas ramener la demande à de justes proportions, prononcer une condamnation inférieure à celle qui était réclamée.

Les dépens.

Enfin il doit, dans tous les cas, condamner le perdant du procès aux dépens, au paiement des frais de justice.

Une fois la sentence rendue, s'il s'agit d'une sentence de condamnation, le défendeur a le choix entre se soumettre à l'exécution ou faire appel de la sentence.

V. L'exécution de la sentence. L'exécution en nature manu militari.

V. a) Il peut tout d'abord se soumettre à l'exécution et dans le droit du Bas-Empire, les règles sont beaucoup plus simples qu'en droit classique. S'il s'agit d'une condamnation à la restitution d'une chose qui se trouve entre les mains du défendeur, c'est l'exécution manu militari, par la force publique, de même que de nos jours. Les appariteurs des magistrats, ou l'exsecutor s'empareront de la chose litigieuse, pour la rendre au demandeur.

Exécution d'une condamnation en argent. Prise de gage. Distractio bonorum.

S'il s'agit d'une condamnation à une somme d'argent, cela dépend. Si l'on a affaire à un débiteur récalcitrant mais solvable, on se contente d'une prise de gage: on envoie un appariteur saisir des biens d'un montant équivalent à la somme à laquelle le débiteur a été condamné et, au bout d'un délai de deux mois, on vend le gage au profit du créancier.

S'il s'agit d'un débiteur peu solvable, on procède, comme par le passé, à une procédure collective d'exécution. On saisit l'ensemble de son patrimoine, mais au lieu de le vendre en bloc à un acquéreur, on

Source : BIU Cujas

vendra les différents biens saisis en détail (distractio bonorum), jusqu'à concurrence du montant des créances qui se sont révélées. C'est un procédé technique très supérieur, puisqu'on arrête la vente dès que les créanciers sont désintéressés. Un désavantage, au contraire, c'est que les gens du Bas-Empire ne sont pas pressés, ce qui fait que la procédure s'éternise. On doit attendre deux ans que les créanciers habitant la même province fassent valoir leurs droits, et quant aux créanciers qui habitent une autre province, ils ont quatre ans pour produire leurs titres. Ce qui fait que le créancier qui a fait saisir les biens de son débiteur, doit attendre un délai de quatre ans avant de pouvoir espérer être payé de sa créance.

L'exécution sur la personne.

Enfin, le droit du Bas-Empire admet toujours l'exécution sur la personne, et même il se montre plus sévère que le droit classique, puisque la cession de biens n'est plus admise qu'au profit des débiteurs honnêtes et diligents. On ne peut plus, si on est malhonnête ou négligent, échapper à l'exécution sur la personne en abandonnant tous ses biens à ses créanciers. On doit montrer qu'on a été victime de circonstances imprévues: une mauvaise affaire, un incendie qui a détruit la maison.

D'autre part, c'est dans une prison publique, et non plus dans une prison privée, que doit s'accomplir la détention du débiteur insolvable. Mais ici, malheureusement, les empereurs se heurtent à la mauvaise volonté des poursuivants. Les personnages les plus puissants de l'Empire oublient d'obéir aux ordres impériaux et continuent de détenir leurs débiteurs dans leur prison privée, ce qui fait que les empereurs s'efforcent en vain de faire appliquer les décisions qu'ils ont prises contre les prisons privées.

La hiérarchie judiciaire et l'appel.

b) Il peut arriver qu'on ne procède pas immédiatement à l'exécution et que l'on fasse appel de la sentence. Ici encore nous rencontrons une grande innovation, puisque le juge de la procédure ordinaire, étant un simple particulier, on ne concevait pas l'appel. L'appel suppose une hiérarchie entre les juges et quand le juge est un simple particulier, il n'y a personne qui soit qualifié pour réformer sa sentence en appel.

Au Bas-Empire, la hiérarchie des juges entraîne la possibilité de faire appel du fonctionnaire inférieur au fonctionnaire supérieur. Mais cependant, pour éviter des frais, on limite à deux le nombre des appels successifs.

L'appel doit toujours être fait dans un bref

Source : BIU Cujas

délai et il entraîne une peine pour celui qui échoue dans sa tentative de faire réformer le jugement. C'est le principe qui fut également appliqué sous l'Ancien Régime. Primitivement l'amende de fol appel était d'un tiers du montant du litige. Dioclétien, de son côté, avait prévu une peine pécuniaire assez modeste contre ceux qui avaient échoué dans leur appel. Mais Constantin, qui manifeste toujours une tendance à l'exagération, déclare que celui qui perdra le procès en appel sera condamné à deux ans de travail dans les mines, s'il s'agit d'un pauvre ou s'il s'agit d'un homme riche, à la perte de la moitié de son patrimoine, ainsi qu'à deux ans de relégation.

Prononcer de telles peines en cas d'échec de l'appel, c'était pratiquement priver les plaideurs du droit de faire appel, car qui va risquer d'être deux ans au travail dans les mines, ou de perdre, en même temps qu'on est relégué, une partie de son patrimoine, pour risquer la chance de gagner son procès en appel ? Aussi Justinien se montra-t-il bien avisé en revenant à l'amende encourue sous Dioclétien pour appel inefficace.

L'appel à l'empereur.

Des règles particulières d'ailleurs régissent l'appel à l'empereur, car, à une époque où les communications sont difficiles, on ne peut pas exiger que les plaideurs aillent défendre leur appel à Constantinople près du Conseil impérial. Il faudrait quelquefois voyager plusieurs mois pour y aller. Par suite, on demande au juge de première instance de faire un rapport écrit et aux plaideurs, après avoir pris connaissance du rapport écrit du juge de première instance, de faire valoir leurs observations.

Ainsi, dans le droit du Bas-Empire, la procédure se déroule d'une manière qui ressemble beaucoup plus que la procédure ordinaire à notre procédure moderne et l'on a pu dire que, par l'intermédiaire du droit canonique, c'était la procédure de Justinien qui était l'origine de notre procédure moderne.

Le progrès des siècles avait essentiellement consisté à éliminer des règles qui ne se justifiaient plus logiquement, qui étaient des survivances du régime antérieur et de la procédure formulaire.

Mais si pour la connaissance de notre procédure moderne, il est utile d'avoir étudié suffisamment en détail la procédure extraordinaire, au contraire cet examen présente un beaucoup moins grand intérêt pour la connaissance du droit romain proprement-dit. En effet, si l'étude de la procédure formulaire est liée étroitement à l'examen de la manière dont s'est formé, au cours des siècles, le droit romain, l'étude de la

Source : BIU Cujas

procédure du droit de Justinien, de même que l'étude de notre procédure civile, est beaucoup plus indépendante de l'étude générale du progrès du droit.

C'est pourquoi on peut, à la rigueur, se contenter de présenter sommairement le tableau d'ensemble de cette procédure extraordinaire qui manifeste une tendance à une unification, au profit de l'action de tous les moyens de procédure en usage à l'époque classique.

F I N

-:-:-

Cours terminé d'imprimer le 1er Juin 1939.

Source : BIU Cujas