RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1934-1935

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

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

154

Première Année

" LES COURS DE DROIT "
RÉPÉTITIONS ECRITES & ORALES
RÉSUMES — PREPARATION A L'EXAMEN ECRIT

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

BIBLIOTHEQUE CUJAS
D 060 320056 8

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

D R O I T R O M A I N - Ière ANNEE.

-:-:-:-:-:-:-:-

I N T R O D U C T I O N.

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. (1)

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 et elles ont fait triompher leur opinion pendant quelque temps - on attaqué vigoureusement l'étude du D.R. comme inutile ; autrefois le D.R. était doté de quatre semestres d'études ; puis il fut réduit à trois semestres dont le dernier était facultatif en seconde année ; aujourd'hui, trois semestres obligatoires.

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.

Utilité de l'étude du D.R. au point de vue de la compréhension des législations moder-

L'histoire, quelle qu'elle soit, est toujours une culture utile, elle rentre dans ces éléments de formation de la culture générale qui est nécessaire aux hommes. Allant plus loin, on dira que 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 ensei-

---

(1) La Bibliographie du D.R. est immense, pour y pénétrer V. le Répertoire de M. Collinet (Rev. Hist. du Droit, 1933, p.324 et s.; tirage à part chez Sirey) et Bibliographie des travaux de D.R. en langue française Paris. 1930.

Source : BIU Cujas

nes et de la formation de l'esprit juridique.

gné 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 et pour acquérir une bonne culture 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 dont l'ensemble constitue la culture juridique, ou l'esprit juridique.

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.

Le Droit Romain ayant vécu et s'étant développé depuis les origines de Rome jusqu'au VIème siècle, de notre ère, doit être considéré comme un fragment de la civilisation. A cet égard, l'étude du D.R. est bien, malgré les apparences, une étude moderne, car la connaissance approfondie de l'histoire est indispensable pour la formation et la direction de l'esprit.

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 pit-

Source : BIU Cujas

toresque 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 jusqu'au bout l'étude d'une constitution, il faudra s'attacher à des traits plus généraux ; on ne dédaignera pas la philosophie et 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 XIXème siècle ; en littérature, en art, en histoire, 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 Lamarckienne regagne à l'heure actuelle du terrain ; et si, pendant longtemps, on s'est imaginé que l'évolution suivant Darwin était le dernier mot de la science, on s'aperçoit aujourd'hui que l'évolution dans la nature se rapproche beaucoup, dans la réalité, des conceptions Larmarckiennes. C'est à un Hollandais, et dans l'étude spéciale de la botanique, que nous devons cette connaissance : l'évolution, a-t-il démontré, ne s'accomplit pas de cette façon lente et continue dont on parle beaucoup et qui est contraire à la réalité des faits. Si l'évolution ne s'accomplit pas par une infinité de révolutions, si elle a quelque chose d'assez régulier, d'assez normal, elle n'a pas cependant (et c'est une idée sur laquelle il faudra insister) un développement lent, continu et régulier : il n'y a pas de vie chez les hommes ni chez les peuples qui évolue d'une façon lente, continue et régulière ; 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 sociologique et philosophique.

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

Le côté philosophique est représenté dans cette étude par ce qu'il a de plus général, de plus définitif, de 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 dé-

Source : BIU Cujas

le développement du droit.

terminées pour une raison assez facile à découvrir : c'est que les sociologues sont surtout des philosophes (Durckeim, Bouglé) et ne sont pas des historiens. Or, il semblerait que la première exigence fut que le sociologue fut 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 cette étude, en dernière analyse. On ne se servira de l'étude des théories, des institutions, des règles juridiques, des conceptions des jurisconsultes et des empereurs que pour aboutir à la connaissance des lois d'évolution du monde romain ; et ces lois continuent à régir les sociétés modernes.

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 VIème 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 du droit (au sens de monument ou de document), est la loi des XII Tables, laquelle fut rédigée dans les années 303 à 305 de Rome, 451 à 449 avant J.C. Or, depuis cette date jusqu'au VIème siècle de notre ère, nous possédons un ensemble de textes (avec des lacunes, car il y a eu des pertes énormes), suffisant pour que l'on puisse suivre le D.R. pendant mille ans. D'ailleurs, le développement du D.R. ne s'est pas arrêté au VIème siècle de notre ère ; cette date est le point d'arrêt des études : c'est le règne de Justinien, le célèbre empereur d'Orient qui règna de l'an 527 à 565 de notre ère et qui fut non seulement un grand guerrier, un grand organisateur que l'on ne peut comparer qu'à 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, comprend :

1°- Les Institutes - 2°- Le Digeste - 3°- Le Code - 4°- Les Novelles.

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,

Source : BIU Cujas

son évolution, son intérêt ne sont pas encore près de s'arrêter.

En effet, la destinée du D.R. présente une particularité unique : si on le considère au point de vue philosophique, 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, il n'empêche que 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, 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 âge, 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, à 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, équivalente et même supérieure de Rome, est celle de son droit : aucun peuple n'a élaboré une législation qui a fait la loi du 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

Source : BIU Cujas

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.

1°- L'ancien droit.

1°- L'ancien droit, qui commence aux origines, à la royauté et qui s'étend jusqu'à la fin de la République, de 727 de Rome (27 ans avant J.C.) ; (dates conventionnelles, bien entendu, les institutions ne changeant pas à jour donné) ;

2°- Le droit classique.

2°- le Droit classique : période la plus belle celle qui doit servir de modèle à tous les jurisconsultes, le droit classique 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 commencement 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. Il n'empêche qu'il y avait au Bas-Empire un autre droit que le droit byzantin (En Occident il y avait encore du droit romain) et la meilleure appellation qui a été adoptée par certains auteurs pour désigner ce droit, c'est le droit romano-byzantin.

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 : le premier qui n'est guère suivi, qui a des avantages mais plus d'inconvénients, c'est le plan chronologique : 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 Elémentaire de M. Cornil "Droit Romain", 1921.

Mais la plupart des auteurs étudient successivement les différentes institutions depuis leur origine jusqu'à Justinien. C'est le plan qui est suivi dans le Manuel Elémentaire de Droit Romain de Paul-Frédéric Girard, dans le "Manuel des Institutions Juridiques de Rome", en un volume d'Ed. Cuq, les deux meilleurs

Source : BIU Cujas

ouvrages français qu'il vous faut sans cesse consulter (1).

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 conception où l'équité est prépondérante.

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.

1°- 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 sur la personne, etc.

2°- Puis vient la période classique. A ce moment, si le formalisme n'a pas tout à fait disparu, du moins il s'est atténué et le droit s'élargit ; il y pénètre des notions nouvelles : celle du devoir corrélatif à la notion de droit ; la notion d'équité, alors que dans le droit primitif on ne connait que la stricte justice.

3°- Enfin, au Bas-Empire, le droit s'élève encore. Il s'adoucit sous l'influence chrétienne et celle de la philosophie néo-platonicienne ; la notion d'équité s'élargit encore ; c'est ce droit qui a donné naissance au droit français, au 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 a reculé, notamment le Droit romain, 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.

---

(1) Le Manuel le plus au courant est celui de Raymond Monier, tome Ier, 1935.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

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 sociale, 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 aussi une base économique et matérielle, attendu que son but c'est de concilier des intérêts qui sont opposés ; l'intérêt de la morale 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'histoire 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

Source : BIU Cujas

du IVème siècle de notre ère. (1)

L E D R O I T :

D E F I N I T I O N E T D I V I S I O N S.

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, sa culture, sa civilisation.

En pratique, ce n'est 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 sui-

---

(1). 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 économique.

Source : BIU Cujas

vant 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.

Distinction entre le fas et le jus.

Les Romains distinguent deux sortes de droits: le droit religieux, le Fas, qui est tombé en désuétude par la suite. 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 (1). 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 (II° s.) 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 équitable et bon", définition purement philosophique et qui serait insuffisante.

D'autres jurisconsultes ont laissé des définitions plus précises; ils définissent le Droit en fonction de ses préceptes. Voici un texte d'Ulpien, (3ème siècle) (D.1.1.10,1) reproduit aux Institutes de Justinien (1,1,3.) (4):

---

(1) Ernout et Meillet, Dict. étymol. de la langue latine, Paris, 1932.

(2) F. Senn, de la Justice et du Droit, Paris, 1927.

(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 § 1. Ainsi pour le fragment cité au texte on lit: -livre premier, titre premier, fragment 1. principium (1,1,1,pr.)- On cite le Digeste et les autres textes du Corpus juris Civilis d'après l'Edition Mommsen; les textes qui ne sont pas au Corpus sont réunis dans le recueil de textes de P.F. Girard.

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

Source : BIU Cujas

"Juris præcepta 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 1914 - 18: restitutions, réparations et garanties.

Une autre définition, moins complète, d'Ulpien au Digeste, (D.1,1,10,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".

Le sens du mot Droit présente une difficulté en français, parce que ce mot "droit" se prend dans deux sens, un général ou objectif, un particulier ou subjectif. Les Anglais ont deux mots pour dire 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.

1er 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 juridique a bien sa place dans la morale et la justice, mais on y ajoute quelque chose de positif, de rationnel, de pratique; on ne peut concevoir le Droit sans que ses règles soient complétées par une sanction. En philosophie, 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; il y a des sanctions de l'ordre positif.

Girard définit donc le droit ainsi: (p. 1 de son Manuel) "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 peut-être 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 punition 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.

Source : BIU Cujas

Les principales 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 (1).

Principales divisions du Droit.

Les principales divisions du Droit sont les suivantes:

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

1. Le Jus publicum et Jus privatum.

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

Dans les Cours de Droit Romain, on étudie surtout le Droit privé.

Sources du Droit privé.

Le Droit privé sort de trois sources (2):

le jus naturale - le jus gentium - le jus civile.

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, même texte; 3. Ins 1, 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 par ex. suivant la conception antique, parmi les hommes, les esclaves ne comptent pas au point de vue du droit civil; au contraire, on leur reconnaît certains droits dans l'ordre naturel en tant qu'hommes.

Ce Droit naturel ne fut admis par les Romains qu'assez tard, à l'époque classique, à partir du IIème siècle - Le Christianisme devait beaucoup développer cette notion du Droit naturel (3).

---

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

(2) Le mot "sources" est un mot amphibologique, 1°- "Source" indique les monuments, les documents, où l'on peut puiser la connaissance d'un fait: ex. Joinville est une "source" de l'histoire de France; Le Digeste est une "source" du Droit Romain; 2° - source veut dire, comme ici, origine des règles juridiques.

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

Source : BIU Cujas

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 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 VI° siècle et surtout du VII°siècle de Rome (vers 150 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. 1,1 (1) 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 reconnaissance du jus gentium et du jus naturale; seulement la notion s'en est élargie peu à peu.

II. Jus scriptum (loi) Jus non scriptum (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.

Le droit au sens étroit - faculté reconnue par l'autorité sociale de se comporter d'une certaine façon.

2ème Sens. L'emploi du mot droit dans ce sens 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 de cette faculté 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.

Droits publics et droits privés.

Certains de ces droits constituent les Droits publics; c'est le droit de vote, le droit d'éligibilité, etc,... On parlera peu ici des institutions politiques

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

Source : BIU Cujas

de Rome. 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". Omne 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. 1,2,12).

On étudiera donc:

1° - Le droit des personnes comprenant les droits de famille.

2° - Le droit des choses en 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, ce mot "sources" étant pris dans un troisième sens : organes créateurs de ces règles positives qui régissent les rapports entre les hommes. On y joindra l'organisation judiciaire des Romains, c'est-à-dire des 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.

1°- 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 a coutume de penser 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 voir l'opposition entre la Loi et le Droit, on peut considérer, dans la France contemporaine, qu'en dehors des lois, fonctionne la jurisprudence qui est véritablement créatrice de droit; qui sous couleur d'interprétation des lois, crée, en réalité, du Droit, et ce droit se forme en 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

Source : BIU « Les Cours de Droit » 3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions Ecrites Reproduction Interdite

que de lui.

C'est que la loi est un produit créé par le législateur d'une façon souvent artificielle. La législation étant souveraine tend à abuser de sa puissance et, dans 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 un 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, les principales 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. Mais les grands principes de la grande Révolution commencent à être passés au crible de la critique et l'on s'aperçoit que dans tous ces mots règne de la grandiloquence : la conscience populaire est une notion qui, aujourd'hui, comporte des réserves.

On ne peut gère croire à l'action des puissances collectives, mais seulement à celle des puissances individuelles. Parler de la conscience du peuple, dire que les grandes actions, que les grandes réformes, que les grandes Révolutions viennent de l'âme du peuple (Michelet), cela veut dire, en vérité, que certains hommes déterminés (et qui généralement n'appartenaient pas à la classe du peuple) ont pris en mains une certaine tâche et se sont efforcés de la faire aboutir en entraînant après eux une masse ou une partie de la masse populaire ; et quand on dit que la Révolution a été faite par le peuple, il faut entendre que quelques hommes , des bourgeois ont passé de l'ordre théorique, qui était répandu dans les écrits intellectuels, à l'ordre pratique (et ce fait est établi par les historiens - Augustin Cochin).

Le Droit ne se forme pas davantage que les grandes réformes dans l'âme et dans la conscience populaires ; il est créé par des hommes, absolument comme tous les grands mouvements ; il faut toujours un chef ; et ce chef correspond aux besoins : c'est l'expression d'une idée qui n'est pas cllective et qui est acceptée par les masses.

Source : BIU Cujas

Le Droit, en dehors de la Loi, se formera donc dans une élite, comme toutes les choses qui durent et qui prospèrent, et ce sera une élite de juristes : d'un côté les savants et de l'autre, les praticiens.

Nous allons donc 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'État 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 d' l'histoire politique de ce pays et de ses institutions. La Loi, en France, ne s'est pas faite de la même façon au temps de Charlemagne, au moyen âge, au temps de Louis XIV, sous la Révolution, etc..

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

CHAPITRE Ier

LES SOURCES DU DROIT ET L'ORGANISATION JUDICIAIRE SOUS LA ROYAUTE.

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 de Tite-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 une fusion de différents peuples : Titiennes, Rammenses et Luceres et de deux peuplades, les Albains qui se sont établis sur le Palatin, et les Sabins, qui se sont établis sur le Capitole, Albins et Sabins qui diffèrent, d'ailleurs, de tout au tout sur beaucoup de points. Rome a subi également l'influence des Etrusques.

Donc, les anciens Romains, ce sont probablement le produit d'une fusion entre les peuplades italiotes. Albains et Sabins, et les Etrusques qui on vaincu ces populations, et les ont dominées plusieurs siècles, en leur imposant leurs institutions, mystérieuses comme leur langue.

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

Source : BIU Cujas

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 I,4 - v. les textes de Girard) "Mores sunt tacitus consensus populi, longa consuetudine inveteratus".

"La coutume, c'est le consentement tacite du peuple, qui a été rendue durable par une longue habitude".

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

Les Romains considérèrent que la coutume vient du consentement tacite du peuple (jus non scriptum) parce lorsque ce consentement s'exprime d'une façon formelle, expresse, il ne s'agit plus de coutume, c'est la Loi (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.

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).

C'est ainsi que les coutumes romaines les plus anciennes ont été rédigées dans la Loi des XII Tables.

Les premières coutumes des Romains qui existaient sous la royauté, et autant qu'on peut les reconstituer, étaient conformes à celles de tous les autres peuples du Latium (de l'Italie) et, d'une façon générale, semblables à toutes les coutumes primitives (On les examinera à propos de chaque institution).

La Coutume étant la seule source du droit privé sous la Royauté, deux questions se posent : 1°- Qu'est-ce que la Loi ? 2°- Que faut-il entendre par les Lois royales (leges regiae)

1°- La loi.

1°- La Loi.- Il n'est pas douteux que le peuple romain fait la loi d'une façon expresse, dès la plus haute antiquité.

Comment ?

Les différents organes politiques : roi

Rome, dès ses origines premières, constitue une Cité politique, cité analogue à toutes celles de l'Italie ou même à celles de la Grèce, constituée par trois rouages politiques : le roi, le Sénat, le peuple. Le peuple constitue le rouage le plus important. C'est ainsi qu'il est vraiment l'Etat, car la chose

Source : BIU Cujas

sénat, peuple.

de l'Etat, c'est celle su peuple : res publica, c'est la même chose que res populi. (le mot publicus, le peuple, est pour populicus). Seulement, à l'époque de la royauté, ce n'est pas l'ensemble de tous les habitants de Rome ; à Rome, comme dans tous les milieux primitifs, ce n'est qu'un certain nombre d'hommes qui sont citoyens. La Société, quoiqu'elle paraisse être une démocratie, comme la démocratie athénienne et les autres de l'antiquité est, en réalité, une société aristocratique : les citoyens, ceux qui comptent seuls au point de vue public et politique, ce sont les patriciens en état de porter les armes ; car le droit politique était lié, en somme, à l'accomplissement du service militaire.

Sur ces patriciens, règnent encore de grandes controverses. M. Piganiol veut y voir des Albains qui ne connaissaient encore que la vie pastorale, tandis que les plébéiens seraient les Sabins, qui se seraient déjà fixés au sol et qui seraient des agriculteurs.

Le populus romanus constitué par les seuls patriciens ou quirites.

Quoi qu'il en soit, les patriciens constituent seuls le populus romanus. On les appelle aussi les Quirites.

Il semble que les quirites sont une espèce particulière de romains. Quel est le sens du mot quirite ? Les auteurs varient sur ce point et ce sont là questions d'érudition.

Les citoyens patriciens sont répartis en tribus et en curies : 30 curies, à raison de 10 par tribu.

Les comices curiates composés exclusivement de patriciens.

Est-il exact que les 30 Curies remontent à l'époque de la royauté ? à qui 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.

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 mystère persiste.

Les curies sont des unités électorales, militaires, 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.

Source : BIU Cujas

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, les 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.

Il est arrivé un moment où l'Etat romain, le "populus", fut obligé de reconnaître 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 une Constitution célèbre de Servius Tullius - mais nous sommes ici encore en pleine obscurité.

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

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 plus les personnes, mais le sol. La réforme de Servius Tullius paraît coïncider par conséquent avec la réforme foncière. Le sol de l'Etat romain, qui était d'ailleurs un tout petit état de quelques kilomètres carrés, était divisé en Tribus. Alors qu'auparavant les tribus étaient des tribus personnelles, elles deviennent foncières. Les citoyens, patriciens et plébéiens, sont considérés désormais suivant leur fortune et à ces époques reculées, la fortune consiste principalement en terres et en troupeaux ; la fortune mobilière, l'argent, est peu répandue (1)

A la suite du recensement des citoyens, ou plutôt de leurs fortunes, suivant le taux de leurs richesses, ils sont répartis dans les centuries et ces centuries deviennent une unité fondamentale soit au point de vue militaire, soit au point de vue du droit électoral. Les centuries, pour voter, se réuniront dans des Comices, comme les Curies, mais qui s'appelleront comices Centuriates, par analogie aux Comices Curiates. (V. les manuels de Mommsen, Droit public romain)

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

Comment se faisait la Loi ?

Contrairement à ce qu'on reconnait dans le système politique moderne, le droit d'initiative et le droit

---

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

Source : BIU Cujas

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 ; c'est lui qui demande aux Comices de se prononcer et ce terme "demander" (rogare) est le terme technique. On appelle Rogatio d'une loi, 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 de fasse, dira le roi.

Rôle du peuple dans la confection de la loi.

Cette définition du mot jubere implique que chaque acte du peuple est une loi : Gaius (1,3) définit ainsi la loi.

"Lex est quod populus jubet atque constituit : la Loi, c'est ce que le peuple autorise et établit".

Le peuple ne fait que des lois particulières par lesquelles il déroge à l'organisation générale soit de la famille (adrogatio) soit des successions (testament).

Il s'ensuit que, sous la Royauté, toute loi du peuple romain est nécessairement une loi particulière et de circonstance. En effet, le peuple fait une loi toutes les fois qu'il est nécessaire de déroger en quoi que ce soit à l'état actuel des choses, au statu quo.

Ce qui est intéressant pour les juristes, ce sont les lois que faitle peuple en ce qui concerne les modifications à introduire, soit dans le sein d'une famille, ou plutôt de la gens, soit dans la constitution des fortunes. Il peut consentir à introduire une personne indépendant dans une autre famille à titre d'enfant adoptif : c'est l'adrogation, qui nécessite une loi du peuple. Le peuple peut consentir également à ce que la fortune d'un paterfamilias passe à un héritier désigné par lui : c'est le testament.

Le peuple peut aussi corriger la décision prise par le roi. Si le roi condamne à mort, appel peut être fait au peuple contre cette sentence ; c'est ce qu'on appelle la "provocatio ad populum". Il faut cependant, que le roi y consente.

Il en résulte qu'il n'est pas douteux que le peuple romain est souverain - mais cela ne veut pas dire qu'il soit 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 des pouvoirs contre lesquels personne ne peut rien. Il a l'imperium - puissance de commander au point de vue militaire, administratif, religieux et judiciaire. Il a des auxi-

Source : BIU Cujas

liaires, 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 qui sont des chefs militaires, et le Sénat.

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 membres, 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.

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 est un terme technique (qu'il ne faut pas traduire par "autorisation", mais par confirmation) (du mot augere = augmenter).

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 ?

2°- 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).

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), jurisconsulte du 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 matières 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

Source : BIU Cujas

un noyau de vérité. Voici ce que la critique moderne admet : (1)

Le jus papirianum est une retouche pontificale du Droit sacré. Les leges dites royales, concernant pour la plupart des matières religieuses, il est anti-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 1ère 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, sous la République, que l'instance judiciaire romaine dans ce qu'on appelle "la procédure ordinaire" 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 la sentence et l'instruction de l'affaire, laissé généralement à un judex particulier. 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, soutenue par des savants éminents, répond à cette question par la négative et 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

---

(1) Paul Kruger : Histoire des sources du Droit romain (Brissaud 1894).

encore trompés sur ce point.

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 de Rome (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 siècles 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 phénomènes principaux qui caractérisent la période de la République :

1°- Extension de la puissance romaine.

1°- L'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 concorde avec la destruction de Carthage (608-146 av. J.C.), lors de la troisième guerre punique). C'est là un facteur historique dont les conséquences ont été extrêmement importantes parce que l'extension de la puissance militaire et politique de Rome devait amener toutes sortes de conséquences.

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

Le deuxième phénomène consécutif au premier, c'est le développement intensif du commerce et de la richesse qui est un facteur de progrès d'ordre économique. Le commerce fait naître 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.

Source : BIU Cujas

3°- Développement de la culture intellectuelle des Romains.

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

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

Le quatrième phénomène est qu'à 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.

Le cinquième phénomène, c'est la transformation des institutions politiques.

Les organes politiques : peuple, Sénat, consuls.

Les institutions politiques de la République sont toujours construites sur le même schéma (1) : 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.

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 au patriciens, mais dans une Assemblée qui s'appelle : Consilium.plebis.

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

---

(1) V. Th. Mommsen, Le Droit public romain (Trad. P-F. Girard).

Source : BIU Cujas

Les Consuls (Annalité et collégialité).

Le peuple aura des magistrats : les deux consuls c'est-à-dire collègues, 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 à côté des consuls, de nouveaux magistrats qui acquièrent une partie des attributions primitives des consuls.

En ce qui concerne les consuls envisagés comme des juges, ils n'exercèrent que la première partie des pouvoirs du roi ; leur rôle judiciaire est seulement de mettre les affaires "en état", c'est-à-dire de connaître de la première phase du procès : le Jus ; et le judicium se trouve confié soit à un Judex, soit à des recuperatores, soit à des Tribunaux proprement dits

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 âge) ; 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 par là même 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

Source : BIU Cujas

du cens, ou recensement, de la surveillance des moeurs et de 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°- Des Ediles curules s'occupent en particulier de la police de la voie publique et des marchés ; créés 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 de Rome, 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" faits pour conduire l'instruction et le jugement. Leur apparition s'est produite au VIIème siècle de Rome, on ne connait pas la date exacte (entre 150 ou 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 propriétaires et les proconsuls "praesides provinciae" gouverneurs de provinces, 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 politique)

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

Magistrats investis de de la jurisdictio ; préteurs édiles, gou-

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

Source : BIU Cujas

verneurs de province.

Les magistrats de la plèbe.

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 de la plèbé 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 existent 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 devait être efficace que si elle avait reçu l'auctoritas patrum, cela subsiste sous la Républi-

Diminution du rôle du Sénat au point de vue de l'aucto-

Source : BIU Cujas

ritas.

que ; mais, d'une part, l'action de 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,4I5-339,décida que l'auctoritas patrum devrait être donnée avant le vote de la loi..

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 la multiplicité des sources du droit et l'apparition du jus scriptum. De même que la complexité du commerce et des affaires de l'Etat et 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 Coutume 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 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 par un vote exprès du peuple sur lequel il ne peut y avoir de doutes et par l'écriture, qui conservera pour un temps très long la décision prise: c'est ainsi que naît 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 l'on divisera en sources directes et en sources indirectes de droit.

Les sources directes sont: la loi, le plébiscite, l'Edit des magistrats; les sources indirectes sont: le senatus-consulte, la science du droit.

urces direc- s.

urces indi- ctes.

Les sources directes sont celles qui créent par elles-mêmes le droit, qui ont pour but de créer une institution, une règlementation juridique. M. Collinet appelle "sources indirectes", les sources qui contribuent au progrès du droit sans créer par elles-mêmes le droit.

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

Source : BIU Cujas

Section Ière - LES SOURCES DIRECTES.

§ 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 centuriates 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.

Les lois sont votées (1) par le peuple sur la rogatio du magistrat; aussi appelle-t-on la plupart des lois des leges rogatae; on leur oppose d'autres lois qui ne sont pas votées par le peuple, les leges datae, qui sont des lois concédées, mesures prises soit par le Sénat, soit par un magistrat supérieur en vue de certaines personnes ou de certaines citées 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 soit sur des tables de bois, de pierre ou de bronze et affichées dans la ville, au Forum. Ces lois renferment trois parties: la praescriptio, la rogatio, la sanctio.

Contenu des lois.

1°- La praescriptio.

La praescriptio est écrite en tête. On y trouve 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 "tribu prérogative"; le nom du membre de la tribu qui a voté l premier, le "prérogatif", s'il s'agit d'une loi votée par les Comices tributes. Un exemple unique nous a été conservé: la Loi Quinetia de 745, concernant les aqueducs (Voir les 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 la terme technique "rogare" (proposer la loi), ont été faits d'autres termes qui indiquent les principale modifications qui peuvent se produire dans les destinées d'une loi. Ulpien (Règles 1,3) dit: "Lex aut rogatur, id est fertur; aut abrogatur, id est prior lex tollitur; aut derogatur, id est pars primae legis tol-

---

(1) Pour les détails sur le vote des lois, voir "Histoire des Sources", de Krueger p. 21 à 24.

Source : BIU Cujas

Changements que peut subir une loi.

litur; 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.

3°- La sanctio. Différentes espèces de lois au point de vue de la sanctio : leges perfectae, mimes quam perfectae, minus quam perfectae et imperfectae.

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 : celles qui ont une sanction parfaite, c'est-à-dire qui annulent l'acte fait en violation d'elles ; les leges minus quam perfectae : les lois moins que parfaites, ce sont les lois 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)

Grand nombre de lois votées sous la République.

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 (1)

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 elle a été votée d'après les historiens romains.

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 ; 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. Sans discuter cette opinion, on admettra, sous toutes réserves, l'authenticité des XII Tables (V. les Textes 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 a-

---

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

Source : BIU Cujas

vaient eu des droits; la coutume était conservée par des patriciens, les pontifes, 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 le Sénat qui, à cette époque, étaient tous patriciens, défendirent leurs privilèges. 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. Ils 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. 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 des 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".

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, 10 Tables de lois; d'autres decemvirs furent nommés pour l'année suivante, 304/450; ceux-là soumirent deux nouvelles tables qui furent votées l'années suivante, 305/449 et cela faisait douze Tables. Les decemvirs furent chassés du pouvoir à la suite d'un évènement peut-être légendaire, le meurtre de Virginie. Voilà ce que disent les annalistes et ce que l'Ecole avancée prétend être une invention.

Les XII Tables furent, dit-on, gravées et affichées au Forum jusqu'à l'incendie de Rome par les Gaulois, 364/390; incendie qui paraît 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, ainsi que nous l'apprend Cicéron, un nouveau texte fut rédigé. Nous ne possédons plus les XII

---

(1) v. M. Nicolau, Causa Liberalis, thèse de Paris 1933.

Source : BIU Cujas

Tables dans leur intégralité. Nous en connaissons seulement certains fragments, parvenus par des citations soit textuelles, soit résumées, par des annalistes, des historiens, des juristes de Rome. Néanmoins, ces fragments nous donnent un aperçu assez général, assez satisfaisant sur le contenu de ces fameuses lois (Cf. Textes de Girard, p. 9 et suiv.)

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. Cependant, il y eut des modifications que l'on peut discerner par la comparaison entre les coutumes consacrées par les XII Tables et les coutumes que l'on connaît dans les autres milieux italiotes.

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

On trouve dans cette loi quelques dispositions sur les Sacra - le droit sacré- ; d'autres se rattachent au droit public, par exemple, le droit pour le populus de légiférer ; d'autres, au droit privé civil ; mais c'est surtout sur la procédure et sur la sanction des faits délictuels que la Loi des XII Tables semble avoir été développée.

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

La Loi des XII Tables a-t-elle subi réellement l'influence des lois de Solon ? Cette question reste encore à discuter. Cependant, on trouve dans cette loi un certain nombre de mots latins d'origine grecque.

§ 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,

Source : BIU Cujas

sont-elles désormais des plébiscites : lex sive plebiscitum "loi ou plébiscite".

§ 3 - L'édit des magistrats.

L'Edit des Magistrats nous transporte dans un domaine différent. Les hauts magistrats romains, et en particulier les magistrats judiciaires, préteurs, édiles curules, gouverneurs, lorsqu'ils se présentaien au vote des électeurs, avaient l'habitude de faire une profession de foi. Ils le faisaient par des discours, de là l'expression "ex dicere" qui indique bien le caractère oral d'où est venu ensuite"edicere-edictum".

Ensuite, ils rédigèrent leur profession de foi par écrit et la firent afficher.

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 les 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 vient son nom d'album. Les titres sont écrits en lettres rouges, d'où vient 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", Legis 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 procédure par formules. Cette procédure formulaire fut créée dans des conditions difficiles à préciser, au commencement du VIIème siècle de Rome, d'après une opinion ; peut-être auparavant, au VIème siècle, comme le croit plus volontiers M. Collinet avec quelques auteurs.

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

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'édit du

L'Edit du préteur contient d'abord les formules d'actions civiles (actio ou judicium), le préteur "viva vox juris civilis" étant chargé d'appliquer le jus civile qui naît de la coutume, de la Loi, ou du

Source : BIU Cujas

préteur comme moyen employé par celui-ci pour compléter ou corriger le Droit civil. Le jus honorarium.

Plébiscite. Mais il y a plus : le magistrat, expert en droit civil, s'aperçoit de ses imperfections ; il 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.

Ces procédés sont surtout des actions, comme les actions civiles et qui s'appelleront actions honoraires ou actions prétoriennes, leurs formules sont précédées d'édits qui contiennent : "judicium dabo" dans "tel ou tel cas, je promets de donner une action".

Différents procédés utilisés dans ce but par le préteur : a/ moyens rentrant dans la jurisdictio : formules d'actions honoraires, exceptions, restitutiones in integrum, praescriptiones. Les moyens dérivant de son imperium : interdits, stipulations prétoriennes, missiones in possessionem.

De plus, le préteur annonce dans son édit d'autres moyens que ne connait pas le droit civil : la "praescriptio, qui est une réserve mise en tête de la formule; 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) ; la restitutio in integrum, qui est un moyen qui permettra de revenir sur un acte déjà accompli, de rescinder un acte juridique accompli.

Le préteur avait encore d'autres procédés à sa disposition ; les premiers rentrent dans son pouvoir de jurisdictio ; ceux qui vont suivre rentrent dans son pouvoir d'imperium.

Ces procédés sont les suivants : l'interdit, la stipulation prétorienne, la missio in possessionem.

1°- L'interdit, ordre ou défense donné par le magistrat à une personne de faire ou de ne pas faire telle ou telle chose.

2°- 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.

3°- La missio in possessionem, envoi en possession d'une personne sur les biens d'une autre.

Voilà les sept moyens dont parleront les Edits en particulier du préteur urbain. Ce sont les instruments par lesquels ont été réalisées les nombreuses réformes prétoriennes qui ont véritablement changé la physionomie du Droit romain.

Importance des réformes

On les rencontrera au fur et à mesure de nos explications. Pour en donner un aperçu très général

Source : BIU Cujas

prétoriennes; ressemblance entre l'oeuvre du préteur et la jurisprudence moderne.

dira que ces réformes ont tenu dans l'histoire du droi romain la place qu'à 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. Les Edicta perpetua.

En dehors de l'Edit promulgué avant son élection, lorsqu'un préteur en charge se trouvait en face d'un cas nouveau, il était amené à prendre une mesure soudaine ; il faisait des Edicta repentina. Puis ces Edits se transportaient 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 Cicéron l'assimile à la loi ; il l'appelle : Lex annua "loi annuelle" et l'expression, malgré la contradiction des termes, est très bien choisie.

L'Edit acquit par la répétition une force presque assimilable à celle de la loi.

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 de Rome (67 av. J.C.) (Sylla) exigea que les préteurs observent le texte de leurs Edits. Malgré cela, on ne peut mettre l'édit sur le même pied que la Loi; une différence fondamentale exista toujours entre eux.

Cependant au point de vue théorique, le droit honoraire a moins de force que le Droit Civil.

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 crèent un droit parallèle: le Jus honorarium ou Jus praetorium.

1° - Ce droit honoraire n'est pas théoriquement constitutionnellement égal au droit civil en efficacité, 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'"integrum restitu-

Source : BIU Cujas

tio", 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 (1).

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

1° - Le sénatus-consulte,

2° - La science du droit.

§ I - Le sénatus-consulte.

Le sénatus-consulte est une invitation adressée à un magistrat de prendre une disposition déterminée.

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

Par son sénatus-consulte, 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, II° s. de notre ère, au Haut-Empire (v. plus loin).

§ 2 - La science du droit.

La science du droit s'appelle en latin jurisprudentia (2) et les jurisconsultes qui s'adonnent à cette science s'appellent les juris prudentes ou prudentes.

La jurisprudence aujourd'hui, c'est l'ensemble

---

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

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

Source : BIU Cujas

des décisions qui sont rendues par les tribunaux: elle correspond aux Edits prétoriens. (v. plus haut).

La science du Droit, jurisprudentio, comprend la doctrine et la pratique.

A Rome, la jurisprudentia, c'est la science du droit, c'est la Doctrine et aussi la pratique. Doctrine et pratique réunies sous le mot jurisprudentia sont des sources indirectes de droit en ce sens que leurs innovations ne sont pas obligatoires par elles-mêmes, mais doivent être incorporées au droit existant par la coutume.

Elle a ses origines dans la pratique du collège des Pontifes.

Cette jurisprudentia a commencé plutôt par la pratique que par la doctrine. La pratique du droit 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).

L'oeuvre des pontifes comporte l'interpretatio legis et la création de différents expédients juridiques pour répondre 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 détournés de leur sens primitif pour devenir des expédients formalistes répondant aux besoins nouveaux (v. Girard, p. 49).

Un peu avant l'année 450 de Rome, (304 av. J.C.), les pontifes perdirent le monopole qu'ils avaient des affaires civiles. C'est un épisode de la lutte entre les jurisconsultes séculiers et les jurisconsultes religieux .

La divulgation du droit: le Jus Flavianum.

L'histoire romaine traditionnelle nous apprend que Flavius, le Secrétaire d'Appius Claudius, 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

Source : BIU Cujas

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 s'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 une nouvelle période du Droit, 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 période nouvelle ?

A cette époque, nous avons déjà des textes et en particulier les ouvrages de Cicéron, qui sont du VII° siècle de Rome (un siècle av. J.C.), mais rappellent des pratiques antérieures.

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 ; ad vocatus), mais à l'assister 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, au 2ème siècle de notre ère (D. I,2, 2,35) nous apprend que l'enseignement public du droit était donné par Tiberius Coruncanius (V° ou VIème s. de Rome). Celui-ci réunissait, dit-il, soit chez lui soit 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 Cicéron, il était parfaitement constitué, moins complet que de nos jours, mais plus pratique : du temps des Romains,

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

on ne s'occupait ni de la doctrine ni de l'histoire et l'instruction du droit était donnée en vue de la pratique immédiate. Ce qui correspond le mieux à ces Ecoles, ce sont les Ecoles anglaises où les leçons sont données par des praticiens, principalement à Londres.

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

Au VIème siècle de Rome 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. (V. L'Histoire du Droit de Krueger) Les auteurs qui nient l'authenticité et l'antiquité des XII Tables lui attribuent la rédaction de celles-ci. On attribue également au même auteur un Recueil en trois parties : Les Tripertita où étaient réunies les XII Tables, l'interpretatio ; les formules d'actions de la loi. Il faut également citer Caton le jeune, mort en 602 - 152 et aussi les trois fondateurs du droit civil : Manilius, consul en 605 - 149, J. Brutus et Publius Mucius Scaevola, consul en 621 - 1 Publius Rutilius Rufus, consul en 649 - 105, a donné son nom à des formules d'actions que l'on retrouvera plus tard. Qu. Mucius Scaevola, consul en 659 - 95 d Rome a laissé un Jus Civile en 18 livres. C'est le premier ouvrage complet. Il est encore commenté par les jurisconsultes de l'Empire - 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 - 5 a eu quelques élèves, en particulier Alfenus Varus, qui est intéressant parce qu'il a confectionné un recueil, le Digeste : c'est la première fois qu'on voit ce nom qui est très célèbre depuis Justinien. Enfin, les trois derniers jurisconsultes qui sont à mentionner sont : Cascellius, Trebatius Testa et Tubero.

Source : BIU Cujas

Section III

L'organisation judiciaire.

Division de l'instance en deux phases.

On a vu que l'instance romaine se divise en deux phases : le Jus et le Judicium.

Le jus devant un magistrat.

1°- Le Jus se passe devant un magistrat judiciaire, chargé d'organiser le procès, de le mettre en état d'être instruit et jugé. Rappelons que les magistrats judiciaires sont : les consuls, les deux préteurs, les édiles curules, les praefecti jure dicundo, les gouverneurs de province.

2°- Le judicium, phase où le procès est instruit et jugé, se passe devant un judex unus ou devant des recupérateurs 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.

Le judicium devant un judex unus simple citoyen choisi comme juré ou devant un collège.

Ce juré est, ou bien librement choisi par les parties, ou bien si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord sur le nom d'un juré, celui-ci sera choisi sur une liste (album judicium), qui est préalablement dressée suivant des formes assez compliquées et qui est affichée à côté du tribunal du préteur. Le demandeur propose les noms inscrits sur la liste et dans l'ordre où ils sont inscrits et celui-ci a le droit de les récuser ; mais il doit en choisir un. (1)

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 le développement du droit romain. (2)

Des collèges permanents existent : les uns sont chargés de juger certains crimes (les triumvirs capitales), d'autres chargés des procès de liberté (decemviri stlitibus judicandis) (3) les centumviri au nombre de 104, connaissent des questions de succession (ou hérédité). Quelquefois, ce sont plusieurs récupérateurs -recuperatores - qui sont chargés de juger les procès entre citoyens ou entre citoyens et pérégrins.

Comment les juges sont-il saisis du procès ?

---

(1) J. Mazeaud, La nomination du judex unus sous la procédure formulaire, Paris 1933.
(2) V.P. Collinet dans les Mélanges Gény, t. I, Paris 1934.
(3) v. M. Nicolau, thèse 1933.

Source : BIU Cujas

Ils le sont par les magistrats qui ont mis l'affaire en état d'abord, dans la législation primitive des actions de la loi, par un résumé oral de l'affaire ; sous la procédure formulaire par la formule (on l'étudiera en détail à propos de la procédure).

Chapitre III

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

L'établissement de l'Empire (727-27)

Il n'est pas facile de fixer la date exacte du Haut-Empire. Dans l'Histoire d'Auguste, plusieurs dates importantes émergent qui se rapportent soit aux événements politiques, et en particulier aux batailles gagnées par Auguste, soit aux événements constitutionnels. On rattache le début du Haut-Empire à l'année 727 de Rome, 27 av. J.C. où Auguste reçut le titre d'imperator et Augustus. En 731 - 23, il reçut la puissance tribunicienne ; en 735 - 19, l'imperium pro-consulaire ; 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.

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

L'Empire romain se divise en deux périodes : le haut et le Bas-Empire. Le haut-Empire ou Principat, caractérisé par ce fait que l'Empereur gouverne avec le Sénat ; c'est la dyarchie, gouvernement à deux. Quant au peuple, il n'en est plus pour ainsi dire question. Le Haut-Empire dura jusqu'à l'avènement de Dioclétien, 284 de notre ère, 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.

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)

La puissance romaine sous l'Empire.

Les idées générales qui doivent nous guider sont les suivantes :

Sous le principat, la puissance romaine, qui était déjà si forte sous la République, augmente encore de force - et même elle va commencer à décroître

Source : BIU Cujas

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.

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

Examinons d'abord les magistrats de l'Empire.

L'Empereur, double base de ses pouvoirs : imperium proconsulaire et potestas tribuniciana. La lex regia de imperio.

L'Empereur réunit en lui toutes les attributions 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 tribunicienne qu'il reçoit du peuple. Le peuple le 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. (1)

Portée relative du principe "Princeps" legibus solitus 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

---

(1) V. la Lex de imperio de Vespasien dans Girard Textes p. 106-108.

Source : BIU Cujas

erreur de croire que l'empereur est au-dessus de toutes les lois. Sans doute "princeps legibus solutus 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 (méthode 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'organisa lentement par à-coups. Elle était composée d'affranchis. C'est sous Claude que son organisation sérieuse commence. Elle s'est beaucoup développée dans la suite des temps et surtout au Bas-Empire.

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.

Source : BIU Cujas

Des préteurs spéciaux sont créés (V. Infra).

Persistance des anciens magistrats.

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 Ediles, les questeurs. Auguste avait pris le pouvoir des censeurs. Mais ces magistrats de la République ne sont plus élus par le peuple. Le peuple perd très rapidement le pouvoir électoral ; après 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 pro-consuls 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 (aerarium, par opposition à fiscus, le trésor de l'empereur).

Le Sénat ; diminution de son rôle.

Enfin, le Sénat demeure toujours un corps consultatif. Mais son autorité à cet égard 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, c'est-à-dire vers le pouvoir de l'empereur seul.

Source : BIU Cujas

Section Ière

Les sources directes de 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'étend aux sources du droit, dont certaines vont tarir.

§ I - Les sources anciennes.

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

1° - La Coutume (moris).

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 règle 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.). "Invete rata 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.

2° - La loi: désuétude 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 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 soit 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 de 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

Source : BIU Cujas

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, nom du recueil, le juris consulte 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. 2I entre 129-138)

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 paraître être les subordonnés du préteur, il fallait que le droit honoraire fût codifié par ordre de l'empereur (Cuq, p.2I).

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 Senatus-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 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, M. 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 (1). La base de la méthode de M. Lenel a été

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

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, de Paul; 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. M. Lenel a édité aussi, comme base de son Edictum Perpetuum, la 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 M. Lenel, l'Edit comprend: l'Edit du préteur urbain et l'Edit des Ediles curules. L'édit 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 M. Lenel) . Cette partie principale était subdivisée en 4 sous-parties.

Titre I 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).

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

Les appendices ne comportent que des formules prétoriennes, pas d'édits 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 ces Edits, édiliciens 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. 95).

Source : BIU Cujas

§ 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 senatus-consultes et les Constitutions impériales.

1°- Senatus-Consultes.

1° - Les senatus-consultes ont 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 Senatus-consulte est ce que le Sénat autorise et institue". "idque dicem legis obtinet quamvis fuerit quaesitum" "et le sénatus-consulte a force de loi, quoique cela ait été discuté".

Depuis quelle époque le Sénat a-t-il l'autorité législative ?

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

Des auteurs disent que c'est à la fin de la République, d'autres au début de l'Empire. L'opinion la plus vraisemblable c'est qu'il faut descendre jusqu'au temps d'Hadrien (Girard p. 62).

Pourquoi le Sénat a-t-il obtenu le pouvoir législatif ? - Pourquoi le Senatus-consulte est-il devenu une source directe du Droit ?

C'est un fait qui n'a pas toujours été expliqué par les auteurs. 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), et cette coïncidence explique le fait en question parce que si pendant longtemps les magistrats qui ont proposé les Sénatus-consultes ont été les consuls, ce fut à partir d'un certain moment, l'empereur lui-même qui les proposa. Le premier empereur que nous savons avoir agi ainsi c'est l'empereur Hadrien et nous constaterons précisément que c'est avec Hadrien que les empereurs eux-mêmes acquirent le pouvoir législatif.

Mode d'élaboration des sénatus-consultes; l'oratio principis et son importance croissante.

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

Source : BIU Cujas

Trebellianum. Exception à cette règle : le nom du sénatus-consulte Macédonien reçoit une tout autre explication.

Lorsque le Sénatus-consulte était proposé par un empereur, il ne s'appelait plus "sénatus-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.

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.

Disparition des S.C. au IIIème s.

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

2°- La seconde source, les Constitutions impériales, ne fait qu'augmenter 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'elles le soient 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 (1,5) nous le dit : "Nec unquam dubitatum est, quin is legis vicem optineat, 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 à Vespasien, mais qui a été acceptée par tout le monde.

Les 4 formes de constitutions.

Gaius énumère trois formes de constitutions. En réalité, il y en a quatre.

1°- Les Edicta : les édits du prince sont semblables à ceux des magistrats ; ils sont affichés comme

Source : BIU Cujas

a) Edicta. 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, connaît 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 Epistolae -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 les Edits, puisque l'Edit était codifié.

L'empereur a 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 particuliers. 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 Le rescrit peut être ou particulier ou général. Il peut répondre à la personne qui a adressé la question, ou il peut donner une décision générale. Quelque-

Source : BIU Cujas

généraux et spéciaux.

fois il pose une règle nouvelle et à cet égard il est une source vive de droit. Souvent encore, le rescrit organise une instance. Il y a une procédure "procédure par rescrit" - procédure tout à fait extraordinaire (mot technique) qui s'est étendue de plus en plus. (1)

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 :

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

Les Edits 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 concernent 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 l'histoire des Constitutions impériales : 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 (mais que M. C. rattache au temps d'Hadrien), 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 coïncidé avec l'augmentation de l'autorité du senatus-consulte (c'est ce que disent les historiens du Droit romain) 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 paraît avoir une importance considérable.

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).

---

(1) E. Andt, Thèse Paris 1920.

Source : BIU Cujas

Section IIème

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.

Les jurisconsultes 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 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 donné 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 ex auctoritate principis, sous la garantie de l'empereur.

Conditions que doit remplir une consultation pour avoir un caractère obligatoire pour le juge.

De telles "responsa" lieront le juge unique, le judex unus, sorte de juré, auquel ils seront adressés. On voit tout l'intérêt de ce privilège. Pour cela il faut que la réponse soit écrite et scellée. Le juré doit conformer sa sentence à la réponse du jurisconsulte à condition que les faits soient prouvés, car le juré romain examine non seulement le point de droit, mais aussi le point de fait. Pour le point de droit, sa conduite est réglée par la réponse ; pour le point de fait, il le juge lui-même. Il examine si les faits donnent raison au demandeur ou au défendeur. (Pomponius

Source : BIU Cujas

D. 1,2,2,48 et 49), passage certainement corrompu.

La valeur de la réponse des prudents est contestée parfois en tant que source indirecte de droit; car si la réponse lie le juge pour un cas donné, elle ne le lie pas dans les cas analogues. On a cependant imaginé que ces réponses lieraient tous les jurés quels qu'ils soient, et cela sur la foi de Gaius (1,7) passage reproduit avec quelques modifications dans les Institutes de Justinien où il est dit que les Responsa prudentium ont force de loi ; que cela a été signifié par un rescrit de l'empereur Hadrien (1); et que les réponses des prudents sont sententiae et opiniones eorum quibus permissum est jura condere : les avis et les opinions des jurisconsultes à qui il a été donné de fonder le droit.

Peut-on dire que les responsa prudentium ont force de loi ?

Cette conception a semblé étrange à la plupart des auteurs ; elle est en contradiction avec Pomponius. D'autre part, le passage de Gaius contient des termes obscurs : qu'est-ce que les Sententiae et opiniones ? Nous savons que la réponse des prudents est celle qui est faite par le jurisconsulte à la question qui lui est posée par un particulier ; mais entre cela et toutes les opinions, tous les avis donnés sur tous les points de droit par un jurisconsulte, il y a un abîme. Voilà pourquoi on trouve dans Gaius, non seulement une opposition avec Pomponius, ce qui rend déjà son texte suspect, mais encore une impossibilité d'assimiler les responsa prudentium avec les constitutions impériales ; et des auteurs n'hésitent pas à se demander si le texte de Gaius n'a pas été remanié, altéré à une époque postérieure, dans les environs du Vème siècle, probablement, qui est la date où le manuscrit qui nous est parvenu a été écrit. (V. p. 77 du manuel de Girard).

---

(1) 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

§ II - La science du Droit.

A la fin de la République, les juristes appelés les Veteres par les classiques, avaient déjà porté la science du droit à une grande hauteur. C'était déjà une science de premier ordre. 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, et on appelle "Période classique" la période qui va d'Auguste à Alexandre Sévère, 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. Comment se fait-il que la science du Droit prospère à cette époque ? Cela n'a rien d'étonnant quand on étudie la philosophie de l'histoire au-dessus des sciences particulières.

Apogée du D.R. à l'époque classique.

On s'aperçoit alors 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.

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

Les jurisconsultes de l'époque classique ont laissé d'importants ouvrages dont beaucoup sont perdus. Ces ouvrages nous sont connus, pour la plupart, par le Digeste de Justinien, qui a été composé à l'aide de fragments des grands jurisconsultes. Ils nous sont connus encore par d'autres ouvrages.

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.

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, il y a : les Pithana,

"Les Cours de Droit" 3, PLACE DE LA SORBONNE. 3 U Répétitions Écrites et Orales Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

les opiniones, les Sententiae, qui correspondent aux répertoires que l'on publie de nos jours pour avoir une connaissance aussi rapide que possible de l'état du droit.

D'autres ouvrages sont beaucoup plus importants Les Digesta - nom célèbre depuis que Justinien a appelé ainsi une de ses compilations. Ils donnent un tableau d'ensemble du jus honorarium, du jus civile, du jus criminale, du jus publicum.

Les jurisconsultes qui donnent des Responsa ont l'habitude de réunir leurs consultations en Recueil : c'est ce qu'on appelle les Responsa.

Les Quaestiones et Disputationes donnent les problèmes, les cas (casus) qui ont été soumis à la discussion dans les auditoires.

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

Les Livres sur l'Edit, Libri ad edictum, comme tent 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 le jurisconsulte Capiton qui a eu pour successeur Massuriu Sabinus ; celui-ci a eu pour successeur Cassius. Ensuite, on trouve Caelius Sabinus ; puis 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 retrad parce que c'est un provincial.)

Les Proculiens ont pour fondateur Labéon, très illustre jurisconsulte. On trouve ensuite Proculus - puis 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 un iront à l'Ecole des Sabiniens, les autres à l'Ecole des Proculiens.

Aucun des critères proposés ne paraît d'aille satisfaisant. On a dit que les Sabiniens avaient l'e prit conservateur, tandis que les Proculiens auraien eu l'esprit progressif. Ceci est vrai si l'on considère les fondateurs, Capiton et Labéon, mais eux seuls. (Dig. 1,2,44). On a dit encore que les Proculiens professaient la doctrine stoïcienne, tandis qu

Source : BIU Cujas

les Sabiniens professaient plutôt la doctrine épicurienne, etc.. Enfin, on est arrivé à se demander si les deux Ecoles n'étaient pas tout simplement 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.

Un des plus puissants esprits juridiques de Rome, c'est Labéon, mort avant 22 de notre ère ; puis Javolenus, Ariston : ce dernier d'origine grecque. Il ouvre l'ère d'influence des provinces orientales de l'empire sur le développement du Droit.

Sous Hadrien, S. Julianus.

Sous le règne d'Hadrien, on voit deux jurisconsultes très connus : Publius Juventius Celsus, qu'on appelle 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 ; et Neratius Priscus.

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

Sous Antonin-le-Pieux et Marc-Aurèle : Gaius.

Sous Antonin-le-Pieux et Marc Aurèle, Gaius, jurisconsulte le plus connu, dont on ne connaît que le praenomen. Il est probable qu'il était originaire d'Asie-Mineure, et qu'il y professa. Il est connu principalement par ses "Institutes" (Institutiones) 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 (1). Il se compose de 4 Livres ou Commentaires retrouvés en 1816 dans un manuscrit palimpseste de Vérone (palimpseste : qui a été écrit deux fois : c'est après avoir gratté le texte écrit sur celui de Gaius, qu'on a retrouvé celui-ci) (V. Textes de Girard).

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

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 (2)

Sous les Sévères : Papinien, Paul, Ulpien.

Du temps de Marc-Aurèle et de Septime Sévère, le jurisconsulte le plus célèbre du IIIème siècle, celui que l'on considère comme 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.

Papinien avait été précédé au IIIème s. de deux

---

(1) Ch. Appleton, Rev. Hist. de Droit, 1929, p. 230.
(2) V. les articles de M. Collinet, R.H.D. 1928 et 1934.

Source : BIU Cujas

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 : 1°- 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. 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. Les extraits d'Ulpien sont si considérables au Digeste qu'il en forment à eux seuls les deux tiers.

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

On lira avec fruit les pages 35 à 49 du Manuel de Cuq sur la Méthode des Grands jurisconsultes et 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.

Les jurisconsultes romains 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 et en 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 traités de D.R sont, en réalité, des oeuvres qui sont fondées sur

Source : BIU Cujas

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). Et à ce propos, un historien, Camille Jullian, dans son "Histoire de la Gaule" au tome IV, remarque : "Le D.R. est fait plus qu'on ne le croit 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.

L'enseignement du Droit; son caractère élementaire et pratique.

L'enseignement du Droit à l'époque du Haut-Empire ne parait pas encore constitué d'une façon très complète. L'enseignement du droit tenait, semble-t-il, beaucoup moins de place à l'époque classique 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 exercices 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".

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

Les Ecoles de Droit en province.

Les Ecoles existaient aussi en province ; en Orient surtout, à Athènes, Alexandrie, Béryte (ou Beyrouth) à Césarée de Palestine (et non pas Césarée de Cappadoce) (1). L'école de Beyrouth était la plus célèbre école de l'Orient déjà au IIIème s., 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 en avait en Gaule, à Autun, par exemple ; mais nous ne savons pas si elles existaient à l'époque du Haut-Empire.

---

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

Source : BIU Cujas

Section 3ème:

L'organisation judiciaire.

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

Les Legati consulates d'Italie et les gouverneurs de province.

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

Transformation de l'organisation judiciaire à Rome.

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

1° - Que deviennent les magistrats et les juges anciens ?

Les anciens magistrats et les jurés disparaissent.

Ils périclitent ou ils disparaissent: le préteur pérégrin disparaît au III° siècle peut-être, a-t-on supposé, par l'effet de la célèbre Constitution de Caracalla en 212 (Texte fondamental sur lequel on 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).

2° - Le préteur urbain subsiste, mais sa jurisdictio avait été singulièrement réduite par suite du développement du second mouvement que nous allons examiner.

3° - 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. La procédure ordinaire a été concurrencée, puis remplacée par la procédure dite "extraordinaire", dans laquelle les magistrats jugent eux-mêmes.

4° - Les préteurs spéciaux restent au nombre de deux: le préteur tutélaire et le préteur de liberalibus causis. Le préteur fideicommissaire créé sous l'Empire disparaît assez tôt.

5° - Les tribunaux spéciaux (décemvirs, centumvirs, etc,..)disparaissent ou tout au moins périclitent. En somme disparaît la justice fondée sur l'idée populaire, sur l'idée de souveraineté du peuple. Désormais, c'est la souveraineté du prince qui la remplace soit en fait, soit en droit et c'est là le second mouvement.

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

II°- L'adage de l'ancien droit français "Toute justice émane du roi", a sa source dans le Droit Ro-

Source: Gaius

l'autorité du prince.

main . 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 non seulement sur les causes qui lui sont soumises directement en Ière Instance, mais encore sur tout, ou à peu près, et dans tout l'Empire. L'empereur connaît des sentences des magistrats en rendant des décrets. Pourtant, il ne connaît 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.

Toute justice émane du prince.

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. Il faut se rappeler que ces préfets du prétoire commandent la garde impériale, qu'ils sont par conséquent des sortes de généraux, et ils sont en réalité des vice-empereurs. Ils représentent l'empereur. Ils font tous les actes de l'empereur, et en particulier ils rendent la justice comme lui-même. A cet égard leur puissance, visible déjà au temps de Marc-Aurèle et de Commode, s'accentue au temps des Sévères, au commencement du IIIème s. 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.

Chapitre IV

LES SOURCES DU DROIT ET L'ORGANISATION JUDICIAIRE AU 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 tran-

Source : BIU Cujas

ches 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 (305) jusqu'à Justinien.

M. C. fait partir cette période du règne de Constantin, en 305, parce que c'est véritablement à cette époque que les influences nouvelles qui caractérisent le Bas-Empire, commencent à se manifester : influence orientale, influence chrétienne (1).

Caractères du Bas-Empire.

Les caractéristiques du Bas-Empire sont les suivantes :

1°- Décadence militaire, économique et morale.

1°- 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.

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 excellement 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 de 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.

La nobilitas les potentes.

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'ont 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,

---

(1) Voir Collinet "Etudes historiques sur le Droit de Justinien. t. I. Caractère oriental de l'Oeuvre de Justinien (1912).

Source : BIU Cujas

(1) 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.

Les humiliores, leur situation misérable.

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

Tendance à l'hérédité des professions.

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 âge, et par l'intermédiaire de celle-ci, la civilisation moderne.

Disparition de toute liberté.

Maintien de la civilisation par l'Eglise.

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 s. déjà, le gouvernement de l'Empire appartenait à deux titulaires, sans que l'Empire ait 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.

La Tétrarchie

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

L'Empire fut scindé en deux à partir de Théodose 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 et en particulier, en Italie, aux Ostrogoths.

Chute de l'Empire d'Occident en 476.

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

Survivance de l'Empire d'O-

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

"Les Cours de Droit" U Répétitions Écrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

rient jusqu'en 1453.

d'Orient et celui d'Occident nommés par les empereurs, qui continuait à dater les années ; bien souvent d'ailleurs, ce sont les empereurs eux-mêmes qui sont consuls

L'unité de gouvernement malgré la division en deux empires.

La législation demeure commune car les Constitutions portent le nom des deux empereurs ; on dit les constitutions de Dioclétien et de Maximien - de Théodose II et de Valentinien III, etc. Enfin, les réformes faites pour un empire s'appliquent généralement à l'autre, mais quelquefois avec un retard considérable.

Ce que devient l'Empire d'Occident appartient à l'histoire du moyen âge que l'on fait commencer généralement en 476. Ce qu'il faut dire, c'est qu'il a continué d'exister un lien avec l'empire romain d'Orient : c'est un lien de vassalité, les rois barbares reconnaissent l'Empire d'Orient comme un suzerain ; cela explique la politique de Justinien vis-à-vis de l'Italie. (V. pages 11 et suiv. du t. Ier de M. Collinet).

Nouveaux caractères de la législation ; influence du christianisme.

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.

D'autre part, la législation subit l'influence de plus en plus grande de l'Orient. Ce fait s'explique à la fois par le déplacement 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 , par la prépondérance scientifique des Ecoles d'Orient, surtout de l'Ecole de Beyrouth.

La renaissance des nationalités.

3°- L'Empire devient une monarchie.

La troisième 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 ,

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

Source : BIU Cujas

composé de grands dignitaires, que l'empereur s'adresse quand il a l'initiative d'une mesure à prendre.

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 VIème siècle : l'empereur Justin, à qui son neveu, Justinien, 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 maître 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 (Monnier 115-116).

4°- Transformation des fonctions publiques : distinction des fonctions civiles et militaires.

4°- Enfin, les fonctions publiques se transforment.

Jusqu'alors, on ne distinguait pas les fonctions civiles et militaires ; ainsi le préfet du prétoire, commandant de la Garde impériale qui était, par conséquent, muni de pouvoirs militaires, est également un fonctionnaire civil. 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

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

Source : BIU Cujas

du prétoire, divisés en diocèses, subdivisés en provinces et celles-ci en Civitates.

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 qui sont les saltus, les domaines.

Les deux Capitales : Rome et Constantinople.

Les deux capitales, Rome et Constantinople, dont le Sénat est le conseil municipal, ont pour administrateurs 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'Hist. du Droit).

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

Section Ière

Les Sources du Droit.

La décadence se fait sentir également dans les sources du Droit ; elle aboutit à ce résultat qu'il n'existe plus qu'une source, la source législative, la loi ou constitution

§ I - Disparition des sources anciennes.

Disparition des Senatus-Consultes.

1°- Le sénatus-consulte, qui avait perdu beaucoup de sa force et de sa valeur, disparaît. Le Sénat peut toujours être consulté par l'Empereur, mais sa décision n'a plus force de loi : les constitutions du Vème s. sont formelles sur ce point.

Disparition des responsa prudentium par suite de la décadence de la science

2°- Les responsa prudentium - leur disparition s'explique assez facilement. Le jus publice respondendi, ce privilège accordé à certains jurisconsultes, vus d'un oeil favorable par le Pouvoir, avait disparu sous le règne de Dioclétien et probablement parce que les jurisconsultes de la fin du IIIème siècle n'avaient

Source : BIU Cujas

du droit et de l'infériorité des Juristes.

plus grande valeur. Ce sont les rescrits qui ont pris leur place (Krueger, Sources, p. 148, n° 3).

§ 2 - Les Constitutions impériales.

Les constitutions 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 qui sort des écrits des jurisconsultes, de la jurisprudentia.

Le pouvoir législatif du prince trouve son expression dans une formule qui remonte à Ulpien au IIIème siècle (D. 1,4,1) et est reproduite aux Institutes de Justinien (1,2,6) "Quod principi placuit legis habet vigorem" - Tout ce qui plait au prince à 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 ?

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

Les mandata ont à peu près disparu.

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 ont été extrêmement nombreux sous le règne de Dioclétien et Maximien. Ils ont une importance de premier ordre parce qu'ils révèlent le dernier état du droit classique. Ces rescrits sont encore adressés aux particuliers, comme ils l'étaient au Haut-Empire.

Depuis Constantin, au contraire, la matière de rescrits subit un changement complet ; les rescrits sont désormais adressés aux fonctionnaires et non plus aux particuliers : ils perdent leur efficacité antérieure ; ils n'ont plus la même autorité ; ils ne font plus le 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 défiait des Bureaux de la Chancellerie et on supprimait la portée des rescrits.

Il ne reste donc plus qu'une seule forme de constitutions qui fasse le Droit, l'Edit. L'Edit impérial qui avait beaucoup moins 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, à la fin de l'ancien régime, et à ce que sont aujourd'hui les décrets

Source : BIU Cujas

du Président de la République.

Ces Edits sont adressés tantôt au Sénat, tantôt au peuple, tantôt aux provinciaux, tantôt à tel ou tel fonctionnaire, généralement supérieur, par exemple au préfet du prétoire d'Orient, ou d'Illyrie, au Maître des Offices, au Questeur du Sacré-Palais, et jamais plus à des particuliers.

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

Source : BIU Cujas

Section 2ème - 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 les sources du Droit. 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 IV° et du V° s. par son style et par sa science un peu réduite, son "Traité des Différences" Libri Differentiarum" renfermait la base des connaissances théoriques et pratiques.

Encore arriva-t-il un moment où les praticiens se sont trouvés si faibles de culture et d'intelligence qu'ils ont été embarrassés devant les ouvrages d'Ulpien et de Paul. Le législateur fut obligé d'intervenir parce que, dans ces grands ouvrages, se trouvaient rapportées les opinions des jurisconsultes des Ier et II° siècles et que ces opinions présentaient des divergences entre elles, des controverses devant lesquelles les juristes de cette époque étaient obligés de se faire une opinion à eux-mêmes.

Difficulté rencontrée par les juristes du Bas-Empire à utiliser les oeuvres classiques.

En 32I, Constantin enleva toute autorité aux notes de Paul et d'Ulpien sur Papinien: (ils avaient écrit des notes sur cet auteur et leur opinion n'était pas toujours la même).

La loi des Citations (426).

Une réforme plus profonde fut faite un siècle plus tard, en 426. Les empereurs Théodose II en Orient, Valentinien III en Occident, rendirent une Constitution célèbre: (Code Théodosien 1,4,3). La Loi des Citations. Cette loi confirme l'autorité des 5 jurisconsultes: Papinien, Paul, Ulpien, Modestin et Gaius. Elle consacre également les décisions des juristes cités par eux à condition que les manuscrits de leurs oeuvres aient été l'objet de copies récentes. (Comme, en pratique, on ne les recopiait plus, ces ouvrages perdirent toute autorité); En cas de désaccord

Source : BIU Cujas

entre les 5 jurisconsultes cités, le juge suit la majorité, en cas de partage, l'opinion de Papinien est prépondérante. C'est un procédé mécanique. Cette loi fut abrogée par Justinien, qui est le grand empereur législateur.

Période de codification; les 2 premières codifications des Constitutions impériales. Le C. Grégorien et le C. Hermogénien, caractère privé de ces oeuvres.

Le Bas-Empire est une période de compilations et de codifications privées ou officielles.

Les deux premières codifications que nous trouvons dans le D.R. ont été faites par des particuliers. Elles portent uniquement sur les leges, sur les Constitutions impériales; en effet, il était très difficile de se les procurer, autre part qu'à la Chancellerie.

Deux jurisconsultes en ont fait des recueil sous le nom de Codex (Le mot Codex "Code" apparaît pou la première fois, il désigne un ouvrage écrit sur des cahiers de parchemin et non pas sur des rouleaux de papyrus ("volumina").

1°) Le premier est le Codex Gregorianus (Code Grégorien) qui a été confectionné vers 294.
2°) Le second le Codex Hermogenianus (Code Hermogénien) fait entre 314 à 324 - Nous n'avons que des fragments de ces codes.

Les Fragmenta Vaticana.

3°) En Occident, une Compilation contient à la fois du Jus et des Leges, des fragments du Droit des Jurisconsultes et des constitutions. Ce document est conservé au Vatican, d'où son nom de Fragmenta Vaticana - fragments du Vatican; ils ont été compilés entre 372 et 438. (V. les Textes de Girard). Ils nous sont extrêmement précieux malgré leur brièveté, parce qu'ils donnent des textes que nous n'avons pas par ailleurs.

La Collatio Legum Mosaïcarum et romanarum.

4°) Une Compilation très originale, faite entre 390 et 438, est la réunion de textes parallèles tirés à la fois de la législation mosaïque et de la législation romaine; elle renferme, principalement, du droit criminel. On l'appelle " Collatio (ce qui signifie concordance, mise en regard) Mosaïcarum et Romanarum Legum" (v. Girard, Textes).

Le Coutumier syro-romain.

5°) Un peu plus tard, un ouvrage très développé est connu en France sous le nom de "Coutumier" ou de "Livre Syro-romain" (c'est la traduction du titre donné par l'éditeur allemand); mais ce n'est pas le titre de l'ouvrage. Ce titre paraît être "Leges Seculares" - "Les lois séculières". Cet ouvrage ne nous est pas connu par son original grec; nous ne possédons que des traductions dans les principales langues orientales: syriaque, arménien, arabe; georgien (à la Bibliothèque de Varsovie). Cet ouvrage possède un fond antérieur à Justinien, une première rédaction

Source : BIU Cujas

date sans doute de 371 et une seconde de 468. Il comporte un Résumé du Droit Romain en usage en Syrie, le plus souvent accommodé aux Coutumes de l'Orient, mélangé, par conséquent, de droit grec: c'est à cause de cela qu'il est du plus haut intérêt C'est probablement lorsque les évêques ont acquis une juridiction en Syrie que cette confusion des droits romain et oriental s'est produite. Cet ouvrage a été traduit en latin par Ferrini qui a appris le syriaque pour pouvoir le traduire (Fontes juris romani antejustinianei).

Consultatio cujusdam veteris Jurisconsulti.

6° - Un texte de la pratique très curieux, qui indique comment les jurisconsultes du V° siècle et du VI° siècle donnaient leurs consultations, est la "Consultatio cujusdam veteris Jurisconsulti: Consultation donnée par un jurisconsulte inconnu" (V. Girard, Textes).

Section 3ème - Les Codifications officielles avant Justinien.

Les codifications privées de Gregorius et Hermogenianus n'étaient qu'un commencement. Les empereurs et les rois barbares donnèrent aux V° et VI° siècles des codifications officielles.

Le C. Théodosien (438) premier code officiel complété par les Novelles post théodosiennes.

La première codification officielle fut faite en Orient, mais elle fut appliquée en Occident. L'initiative en fut prise par Théodose II qui, d'accord avec Valentinien III, fit rédiger par une Commission le "Codex Theodosianus" Code Théodosien. Il continue les deux codes Grégorien et Hermogénien, en donnant les constitutions depuis Constantin jusqu'en 438, date de sa promulgation.

Le Code Théodosien a reçu lui-même des compléments qu'on appelle "Les Novelles post-théodosiennes" (v. les éd. de Mommsen et Krueger). (1).
Le Code Théodosien est en 16 livres divisés en titres, et les titres en Lois.

Jusqu'au XII° siècle, où pénètre en France le droit de Justinien, c'est le Code Théodosien qui a été le recueil fondamental du droit écrit dans le Midi de la France.

Parallèlement à cette codification, mais un peu plus tard, lorsque les rois barbares se sont plus fortement implantés en Occident, ils ont fait rédiger les Lois romaines qui étaient appliquées dans leurs royaumes, personnalité des lois: Ecclesia sub lege romana (vivit).

---

(1) Une autre édition du Code Théodosien avec un savant commentaire est celle de Jacques Godefroy.

Source : BIU Cujas

Lois Romaines rédigées par les rois barbares.

1° Edit de Theodoric.

Loi Romaine des Visigoths.

1° - L'Edit de Théodoric, rédigé pour les Ostrogoths en Italie, ouvrage de peu de valeur;

2° - La Loi romaine des Wisigoths qui occupaient le midi de la France et l'Espagne: la Lex Romana Visigothorum qu'on appelle encore le "Bréviaire d'Alaric", rédigé en 507.- Il est intéressant pour nous parce que c'est la seule source où l'on trouve, avec le Code Théodosien, des textes importants de Droit romain: les Sentences de Paul, et un résumé de Gaius : l'Epitome Gaii.

Ces textes sont accompagnés d'une Interpretatio dont on discute encore l'origine.

Lex romana burgundionum.

3°) Chez les Burgondes (est et Sud de la France), la "Lex Romana burgundionum", dite également: le "Papien", du nom de Papinien, a été rédigée sur l'ordre du roi Gondebaud, mort en 507.

Section 4ème - L'enseignement du Droit avant Justinien.

S'il est impossible de reconstituer la vie juridique, la vie universitaire pour les périodes d'avant Jésus-Christ et les premiers siècles de notre ère au contraire, bien des renseignements existent pour le Bas-Empire. M. Collinet a pu retracer l'histoire de

Les écoles de Droit.

la plus célèbre de toutes les Ecoles: l'Ecole de Beyrouth (1).

Cette école avait déjà une réputation sous le Haut-Empire. Au V° s., un groupe de ses professeurs se trouve loué dans des termes tout-à-fait admiratifs par les juristes grecs qui les dénomment "les docteurs oecuméniques" - les docteurs universels, ou plus simplement "les docteurs de l'Empire", probablement parce qu'ils avaient un titre officiel.

Certains romanistes (dont M. C.) pensent qu'ils ont joué un rôle dans les réformes qui étaient nécessaires pour adapter les textes classiques au nouvel état de choses et en particulier les théories et les institutions juridiques classiques à l'Orient où ils enseignaient: c'est une idée qui peut se démontrer par quelques textes (2). Mais, bien entendu, elle rencontre de l'opposition, car on a peu de traces des travaux de ces jurisconsultes; elles se trouvent dans les "Scolies des Basiliques". Certains auteurs ont prétendu que parmi les travaux de Beyrouth se trouvait un texte grec fragmentaire, les "Scolies

---

(1) Paris, 1925.
(2) P. Collinet, Byzantion, 1926, p. 1 et s.

Source : BIU Cujas

grecques du Sinaï", découvertes dans un des nombreux monastères du Sinaï , (V. les Textes de Girard), et écrites sur les "Libri ad Sabinum" d'Ulpien, après 438. On a supposé que ces scolies du Sinaï étaient des fragments d'un cours de professeur sur les libri ad Sabinum d'Ulpien. Ce qui est intéressant ce sont les renseignements qu'ils nous fournissent sur la méthode d'enseignement.

Les Scolies du Sinaï.

Le procédé est celui qui consiste à prendre un texte et à faire des commentaires. C'est la méthode d'exégèse qui a été si fréquente et à laquelle on a renoncé aujourd'hui - malgré ses nombreux avantages,- mais qui a aussi des inconvénients.

Emploi dans les Ecoles de la méthode exégétique.

En Orient, les autres Ecoles du Haut-Empire ont continué: Athènes, Alexandrie, Césarée. Celle de Constantinople, fondée en 334, a été réorganisée en 425 par Théodose, à titre d'Ecole officielle de l'Etat, (jusque-là elle n'était pas officielle). Les professeurs sont des professeurs de l'Etat (Constitution de Théodose C. Th. 14,9,3; 11,19,1) (1).

En Occident, les Ecoles n'ont rien de comparable à l'Ecole de Beyrouth. Sur Rome, on n'a que peu de renseignements. A Autun on a retrouvé des fragments d'un cours d'un professeur du V° siècle: (Palimpseste appelé l'"Interpretatio Gaii". V. T. de Girard).

Quel était à cette époque le programme des Etudes de Droit ?

Nous sommes très bien renseignés à ce sujet par la Constitution de Justinien "Omnem rei publicae (les premiers mots de la Constitution en tête du Digeste): qui réforme les Etudes et qui, dans son préambule, rappelle l'état antérieur.

Les programmes des études dans les Ecoles de Droit avant Justinien.

Il y avait quatre années. En 1ère année, on étudiait les Institutes de Gaius et quatre livres particuliers (libri singulares): la dot - la tutelle - le testament - le legs. Ces quatre livres devaient être extraits semblerait-il des Libri ad Sabinum.

En 2ème année, on étudie la prima pars legum, la 1ère partie des Lois (le mot "loi" a ici le sens de Droit, jurisprudence, et non le sens de "constitution"). On s'y occupait aussi de quelques titres de judiciis "la partie qui touche aux actions, et certains titres de la "pars Rerum", la partie des Commentaires qui s'occupe des "choses".

En 3ème année, on traitait des autres titres des parties "de judiciis" et "de Rebus"-et on y ajou-

---

(1) Laborde "les Ecoles de Droit d'Orient" Thèse Bordeaux 1913.

Source : BIU Cujas

tait 8 livres des Responsa de Papinien.

La 4° année on s'occupait des Responsa de Paul, mais les étudiants devaient travailler chez eux et entre eux.

Il existait, croit M. C. une 5° année de Droit, qui était facultative. On y étudiait les Constitutions d'après les trois Codes Grégorien, Hermogénien, Théodosien, et les étudiants étaient aidés par les professeurs.

Les étudiants portaient des noms ou sobriquets.

En première année, le sobriquet était Dupondii "deux as" (monnaie romaine - la plus petite pièce de monnaie), les "bleus". En 2° année, on les appelait "Edictales". En 3° année "Papinianistae"; en 4° année, les Lytae, qui veut dire "étudiants dispensés des cours". En 5° année, on les nomme "prolytae", c'est-à-dire ceux qui sont au-dessus des Lytae.(I)

---

(1) Sur la vie des étudiants et sur les professeurs, V. P. Collinet, op. cit.

Source : BIU Cujas

Section V

L'oeuvre législative de Justinien.

L'époque la plus brillante de la codification dans l'histoire du droit romain c'est celle de la codification de Justinien. Elle est aussi célèbre que celle de Napoléon.

La civilisation byzantine, son caractère composite.

Justinien représente pour nous le byzantinisme : c'est une civilisation très décriée et à tort; elle a été défendue avec beaucoup de perspicacité par des esprits supérieurs (M. Ch. Diehl en première ligne)(I).

Le byzantinisme est essentiellement une civilisation composite; elle est à la base romaine avec des retouches grecques et orientales : son architecture, l'art décoratif, montrent bien que les thèmes sont souvent empruntés à l'Orient, à la Perse. A cette époque, l'art byzantin est certainement en décadence par rapport à l'art classique romain, il n'a plus cette perfection à laquelle l'art grec avait atteint et par lui, l'art romain. Le droit byzantin n'a plus la même perfection que le droit classique mais ce n'est pas à dire qu'il représente la période la plus basse dans l'histoire de l'humanité. On en aura une idée plus juste si l'on considère que ce n'est pas la suite de l'empire romain, non pas son éclipse, mais l'aurore, le précurseur du moyen âge. Cette idée est celle d'historiens de l'art comme M. de Lasteyrie ("Histoire de l'Art" André Michel).

Qui était Justinien?

Justinien Empereur d'Orient (527-565).

Justinien était un Thrace né en 482 dans le village de Tauresium près de la ville serbe de Scoplje (Uskub) sur le Haut Vardar. Il était le neveu de l'empereur Justin (lequel Justin avait été soldat avant de devenir empereur) homme médiocre qui l'avait adopté d'où son nom de "Justinianus". Justin associa son neveu au trône d'Orient en avril 527 et mourut le Ier Août 527 en laissant le trône à Justinien qui, à cette époque, avait déjà épousé Théodora. Théodora lui fut un conseil précieux, elle montra des dispositions politiques remarquables et inspira à son mari les réformes féministes de sa législation ; Justinien régna jus-

---

(I) Lire le beau livre de M. Diehl "Justinien et la civilisation byzantine au VI° s. Paris , 1901.

Source : BIU Cujas

qu'en 565. Il fut un grand militaire, il reconquit une très grande partie de l'Empire romain en Orient et en Occident; il fut un grand administrateur, il s'occupa aussi de théologie. Il semble qu'il n'était pas d'une intelligence remarquable, mais il était très bien conseillé par Théodora et Tribonien surtout. Son activité ressemble à celle de Napoléon.

Dès le début de son règne, il fut frappé de la difficulté de retrouver les sources du droit. La "Loi des Citations" était venue apporter un remède à cette situation. Mais ce n'était pas suffisant. Justinien forma alors le projet d'une codification.

La codification de Justinien, ses motifs.

Justinien voulut tout d'abord mettre en Code les Constitutions, leges, en continuant, en somme, l'oeuvre de Théodose; puis, au cours du travail, il décida de s'attaquer à l'oeuvre beaucoup plus difficile, délicate et considérable de la codification du jus.

Les codifications de Justinien ont pour but pratique de mettre les textes à la disposition des juristes et un but politique, pour que la législation de l'Empire ne parût pas moins bien ordonnée que celle des royaumes barbares.

Généralement les historiens modernes disent que Justinien fut porté à faire sa codification par un double mobile : "l'amour de la gloire et la vanité personnelle" (Paul Krueger); M. Collinet croit que c'est à des mobiles plus élevés, que l'empereur obéit ce qui le décide à agir, c'est la difficulté que les juristes avaient à retrouver les sources du Droit qu'on ne recopiait plus; et d'autre part, c'est qu'en Occident, dans les royaumes barbares, des Compilations avaient déjà été faites soit de droit romain, soit de droit barbare (dont la plus célèbre est la loi Salique), or, les rois barbares se trouvaient dans une certaine dépendance politique vis-à-vis de l'Empire d'Orient, et il aurait été extraordinaire qu'ils eussent une codification alors que le Suzerain, l'empereur d'Orient lui-même, n'en avait pas (I).

Caractères de la codification de Justinien, méthode suivie.

La codification comprend 4 oeuvres différentes : Le Code, le Digeste, les Institutes et les Novelles.

I°- Le Code a eu deux éditions : la première a été entreprise en 528 par une Commission de IO membres présidée par Tribonien, qui était alors maître des offices. Elle comprenait également un professeur célèbre de Constantinople, Théophile et Léontius, ancien professeur à Beyrouth. La mission donnée à ces commissaires était de refondre les trois codes antérieurs, Grégorien, Hermogénien et Théodosien, d'y ajouter les Constitutions nouvelles qui avaient été rendues à la fin du V° siècle, et au commencement du VI° s. de supprimer les répétitions et les contradictions. En même temps, les Commissaires avaient reçu le pou-

I°- Le Code Ière édition 529. Fusion des 3 codes antérieurs et des constitutions postérieures.

(I)V.P.Collinet "Les problèmes généraux soulevés par la Codification de Justinien" (en anglais) dans la revue d'Histoire du Droit (Haarlem), I922,p. I-30.

Source : BIU Cujas

Pouvoirs donnés aux commissaires de corriger les textes. C'est le recueil des leges.

voir de transformer les textes, de les rajeunir, le pouvoir de ce que nous appelons "interpoler", c'est-à-dire de changer le contenu des textes.

Ce Ier Code a été publié le 7 Avril 529. Il ne nous est pas parvenu parce qu'il a été refondu dans le 2° code (V. plus loin).

2°- Le Digeste compilation formée d'extraits des jurisconsultes classiques (Jus) 533.

2°- Le Digeste. C'est l'oeuvre la plus importante de Justinien. Tandis que le Code réunissait les Leges, c'est-à-dire les Constitutions impériales, le Digeste est une compilation du jus, c'est-à-dire des textes des jurisconsultes classiques. Le projet de réunir en un volume les extraits des jurisconsultes classiques était extrêmement difficile à réaliser à cause de l'importance des ouvrages dont certains étaient difficiles à se procurer, à cause du choix qu'il fallait faire dans les textes parce qu'on avait pris le parti de ne donner dans le Digeste que des extraits de ces oeuvres et enfin parce qu'il fallait opérer dans ces textes les remaniements nécessaires (interpolations).

Justinien nous dit, dans la Constitution en grec et en latin qui promulga le Digeste, (on l'appelle en grec Dedôken et en latin Tanta de ses deux premiers mots) §Ier : "Les Commissaires ont débrouillé 2.000 livres, non pas des ouvrages mais des rouleaux de papyrus qui avaient tous la même dimension avec plus de 3 millions de lignes, et ils les ont réduits à 50 livres et à I50.000 lignes".

La Commission travailla du I5 Décembre 530 jusqu'au I5 Décembre 533 (I). L'oeuvre s'appela Digesta (nom déjà employé par les classiques) ou Pandectae (mot grec qui signifie "j'enseigne tout") qui est un nom qui a eu un grand succès. Elle fut publiée le I6 Décembre 533.

Le Digeste est précédé d'une autre Préface, par laquelle l'empereur envoie l'ouvrage pour qu'il soit enseigné aux Ecoles de Droit, la Constitution Omnem (citée).

Division du Digeste en livres, titres, fragments et paragraphes.

Le Digeste est divisé en 50 livres. Ceux-ci sont divisés en titres, sauf trois : les livres 30, 3I, 32, qui sont consacrés à la matière des legs et qu'on cite couramment "de Legatis primo, de Legatis secundo; de Legatis tertio".

Les titres sont divisés en fragments ou lois qui sont chacun munis d'une incription, c'est-à-dire de l'indication du jurisconsulte, de l'ouvrage et du livre

---

(I) Son XIV° centenaire a été célébré à Milan en I93I. V. dans le volume des Conferenze, la notice de M. Collinet "L'originalité du Digeste".

Source : BIU Cujas

d'où il a été extrait. Exemple : Ulpianus libro primo ad Edictum : Ulpien, livre I de son commentaire sur l'Edit.

Les fragments sont divisés en paragraphes : le Ier § s'appelle "Principium ", ou "proemium" et par conséquent, le § Ier est en réalité le deuxième, etc...

Le Digeste a été édité bien des fois; consulter l'édition de Mommsen et Krueger ou l'édition italienne (portative).

3°- Les Institutes Manuel élémentaire pour l'enseignement 533.

3°- Les Institutes.

(Institutiones) sont un manuel d'enseignement calqué sur les Institutes de Gaius et qui les reproduit à peu près intégralement, tout au moins dans les morceaux encore applicables au VI° siècle. Les rédacteurs se sont servis également d'autres Manuels élémentaires; ils y ont fait des remaniements qu'on appelle également "interpolations".

La Commission était composée de Tribonien, de Théophile et de Dorothée, elle a commencé son travail en 530 et l'a publié le 2I Novembre 533.

Division et plan des Institutes.

Les Institutes sont divisées en 4 livres; les livres en titres; les titres en paragraphes dont le premier est le principium comme toujours. La meilleure édition, celle de Krueger, est reproduite dans les textes de Girard.

4°- Seconde édition du code 534.

4°- Le Nouveau Code (Codex repetitae praelectionis) fut promulgué le I7 Novembre 534 (I).

Il est divisé en I2 Livres; les livres en Titres; les Titres en Constitutions ou lois, les lois en paragraphes(avec un principium).

Les lois portent "une adresse" qui contient le nom de l'empereur, le nom de la personne ou du corps auxquels la Constitution est adressée (et c'est pour cela qu'on emploie le mot "adresse") (2) consulter l'édition de Krueger.

5°- Les Novelles Recueil des Constitutions postérieures au Code, leur caractère privé.

5°- Les Novelles.

On appelait "Novelles" (Novellae constitutiones) les Constitutions qui avaient été faites par les empereurs en dehors de leur codification (v. plus haut les Novelles post théodosiennes). Après que Justinien eut achevé sa codification, en 534, il continua à promulguer de nouvelles constitutions extrêmement importantes dans les questions administratives, militaires, religieuses, juridiques.

Il n'a pas été fait de codification complète officielle des Novelles (qui sont pour la plupart en grec); elles ne furent réunies que par des particu-

(I)Son XIV° centenaire vient d'être célébré à Rome. M. Collinet y a traité de "L'originalité du Code".

(2) Entre les deux éditions du Code, Justinien avait promulgué les "quinquaginta decisiones,50 lois de réforme qui ne nous sont pas parvenues.

Source : BIU Cujas

liers et à l'usage des praticiens (v. les deux excellentes thèses de M.P. Noailles).

La Ière compilation fut faite par le professeur Julien de Constantinople qui les traduisit en latin. C'est l'épitome de Julien (Novelles de 535 à 555).

La 2ème compilation, plus complète, en latin s'appelle "Authenticum". "L'Authentique". Elle comporte I34 Novelles de 535 à 556.

Enfin la 3ème collection , et la plus complète, est celle dite des "I68 Novelles" réunies du temps de l'Empereur Tibère (empereur byzantin) de 578 à 582.

L'édition en a été donnée par les Allemands Schoell et Kroll dans les Corpus Juris Civilis dont les Institutes et le Digeste forment le premier volume, le Code le 2ème volume et les Novelles le troisième.

Jugement de l'oeuvre législative de Justinien.

Sévérité exagérée avec laquelle on apprécie d'ordinaire l'oeuvre de Justinien.

On juge en général cette oeuvre sévèrement pour plusieurs motifs :

La compilation de Justinien en contient des imperfections dues surtout à la méthode consistant à utiliser pour faire un ouvrage de Droit au VI° siècle des Oeuvres des II° et III° siècles.

Cette oeuvre, dit-on, le Digeste surtout a défiguré par de nombreuses interpolations les oeuvres classiques qu'elle employait, c'est une oeuvre mal faite, qui comporte toutes sortes d'imperfections, voire des contradictions, des répétitions. Il n'est pas douteux que la codification ne soit une oeuvre imparfaite : cela vient de ce qu'elle a été conçue à l'époque byzantine où la pensée n'était plus aussi forte qu'elle l'était à l'époque classique romaine; elle a aussi des imperfections par le fait même de la méthode qu'a suivieJustinien. Son originalité est faite de ce qu'elle est composée principalement des morceaux classiques, dans le Code, la plupart des Constitutions sont des Constitutions depuis Hadrien jusqu'à Dioclétien et Maximien, dans le Digeste, tous les textes sont classiques; dans les Institutes, le fond est classique, puisqu'il est la reproduction de Gaius. Singulier procédé, en effet, que celui qui consiste à faire pour un temps donné, le VI° siècle, des oeuvres qui sont constituées par des matériaux empruntés à quatre, deux ou un siècle en arrière. On ne peut pas contester que ce soit un singulier procédé. Mais il est certain que cette oeuvre est encore préférable à ce qu'aurait été le travail s'il avait été confectionné par les compilateurs eux-mêmes et d'après leur propre conception : le résultat aurait été de beaucoup inférieur, si l'on n'avait pas emprunté au passé.

Mais cette méthode a en-

Sans nier l'évidence, il est certain que la pensés des rédacteurs n'était pas à la hauteur de la pen-

Source : BIU Cujas

core été préférable à celle qui aurait consisté à laisser les commissaires de Justinien faire une rédaction personnelle.

Les interpolations au point de vue historique étaient au point de vue pratique une nécessité pour Justinien.

sée juridique classique. Ils auraient fait des oeuvres (comme on en voit des exemples dans l'Edit de Théodoric, par exemple), qui auraient été inférieures. Ils ont préféré emprunter aux classiques, se servir des extraits des classiques, c'est qu'ils reconnaissaient et ceci est un mérite - la haute valeur des grands classiques romains, qu'ils rendaient hommage à leurs prédécesseurs. Cette méthode, que l'on condamne, il faut, au contraire, la comprendre pour l'excuser.

Cependant, le fait qu'ils employaient cette méthode et qu'ils ont découpé des morceaux qui ont servi à faire leur oeuvre, entraînait une nécessité que les modernes blâment beaucoup ; il fallait que les Byzantins, se servant de matériaux très lointains, les missent à jour ; ils devaient leur faire subir des remaniements : soit des additions, soit des suppressions, soit des transformations, cela n'est pas douteux.

Ces remaniements s'appellent du nom générique d'Interpolations (1). Et le fait que le Digeste, en particulier, regorge d'interpolations, a déchaîné la critique des modernes. Ils se plaignent en termes véhéments que les Byzantins ont abimé les classiques et qu'ils les ont dénaturés.

Sans contester le fait brutal - l'existence même des interpolations - il faut convenir qu'il ne pouvait pas en être autrement et que si les textes n'avaient pas été remaniés, ils n'auraient pas pu être appliqués dans la pratique au VIème siècle.

D'autre part, ils avaient été écrits pour tout l'Empire (Occident et Orient). Or, la législation de Justinien est conçue en Orient et par des Orientaux ; elle possède, entre autres, un caractère oriental (2) Par conséquent, il fallait faire subir aux textes deux remaniements : à l'égard du temps et à l'égard de l'espace.

On ne peut pas blâmer les Compilateurs d'avoir agi ainsi. S'ils avaient agi autrement, leur oeuvre n'aurait pas été pratique. Maintenant, qu'on dise que ces interpolations n'ont pas toujours été faites d'une façon parfaite, qu'elles ne sont pas écrites dans une langue très pure, qu'elles déforment les textes de façon que ces interpolations peuvent amener des contradictions, alors que Justinien voulait les supprimer, cela n'est pas douteux ;mais il aurait été extraordinaire qu'il en fût autrement alors qu'au VIème siècle

---

(1) V. sur elles, Girard, p. 88 n° 2 et Monier p. 636 638.

(2) P. Collinet Et. Hist. sur le droit de Justinien, t. I, Paris, 1912.

Source : BIU Cujas

la langue, comme la pensée, était inférieure. D'ailleurs, on reconnait aujourd'hui que beaucoup d'interpolations sont pré-justiniennes.

Succès de l'oeuvre de Justinien, consacré par les siècles bien qu'il n'ait pas été immédiat au lendemain de sa promulgation.

On note, si l'on juge d'un arbre par ses fruits, la défense des Compilateurs, est alors facile et la défense se change en triomphe, car le succès de cette oeuvre a été considérable.

Si l'on juge d'une oeuvre par son succès, aucune oeuvre juridique n'en eut autant que la Compilation de Justinien ; et si les hommes depuis le VIème siècle jusqu'à nos jours avaient trouvé que cette codification ne valait rien, on peut être sûr qu'on n'enseignerait plus aujourd'hui le droit romain d'après l'oeuvre de Justinien.

Cependant, le succès de l'oeuvre de Justinien ne s'affirma pas tout de suite en Orient ; la preuve s'en trouve dans le grand succès qu'eut le Coutumier Syro-Romain (Leges Seculares), antérieur à Justinien, qui fut l'oeuvre fondamentale de la pratique jusqu'au moyen âge et aux XVème et XVIème siècles dans le Levant (V. plus haut pour les M SS Orientaux).

En Occident, quand la législation de Justinien s'introduisit à la suite des victoires de Bélisaire et autres, en Italie, le premier soin des jurisconsultes fut de la gloser, d'en extraire seulement quelques fragments, d'en faire un "Epitome", ce qui prouve que l'oeuvre était trop forte pour les gens d'alors et qu'ils ne pouvaient pas l'absorber telle quelle ; ils la comprimèrent.

Tout cela implique une décadence profonde en Orient et en Occident. Mais les Byzantins, qui ont rédigé l'oeuvre de Justinien, ont ce grand mérite de ne pas avoir cédé à la tentation de rédiger une oeuvre qui fût à la portée de leurs contemporains. S'ils s'étaient mis à leur portée, ils auraient rédigé des oeuvres comme les Leges Seculares, comme l'Edit de Théodoric, comme l'interprétation de la Lex Visigotorum.

Les commissaires de Justinien ont eu pour idéal de restaurer le Droit Romain.

Loin de là, ils ont eu un idéal qui était de restaurer le vieux Droit qu'ils admiraient, qu'ils voulaient qu'on enseigne dans les Ecoles, qu'ils voulaient faire pénétrer dans les Tribunaux, et jusque chez les praticiens. Ils n'y ont pas réussi tout de suite, mais cela est arrivé plus tard et jamais les Commissaires n'auraient pensé qu'au XXème siècle, leur oeuvre serait encore étudiée. Si une oeuvre a donné de tels résultats, c'est qu'elle n'est pas si mauvaise que ses dénigreurs veulent le dire.

Les critiques ont pour point de départ qu'il n'est rien de plus beau que la législation des temps classiques (Labéon, Ulpien). Personne n'a jamais contesté la supériorité du Droit Romain classique. et les

Source : BIU Cujas

Byzantins eux-mêmes le reconnaissent. Mais il faut répondre aux critiques que cette époque ne pouvait pas durer éternellement, pas plus que le siècle d'Auguste ou de Louis XIV. Le Droit Romain a marché ; il l'a fait, hélas, dans le sens de la décadence ; Justinien lui a redonné de l'éclat et l'a remis dans la bonne voie. Seulement, les critiques modernes lui décochent leur véhémentes injures parce que, en réalité, il ne tiennent pas assez compte du milieu byzantin et des nécessités qui s'imposaient à Justinien.

Nécessité pour juger l'oeuvre de Justinien de la replacer dans son milieu.

Section 6ème

L'Enseignement du Droit sous Justinien.

Justinien opéra une réforme profonde dans l'enseignement (Constitution Omnem). Il supprima un certain nombre d'écoles : Césarée, Alexandrie, et quelques autres, on ne sait pas bien pourquoi. Plus tard, il supprima même l'Ecole de Droit d'Athènes. En définitive, il ne garda que trois Ecoles : Rome (qui était alors sous la domination des Ostrogoths), Constantinople et Beyrouth.

Dans ces deux dernières, quatre professeurs donnaient l'enseignement. On étudie en Ière année les Institutes de Justinien et dans les autres, le Digeste. En 5ème année, le Code. Justinien fixa officiellement le nom des étudiants de chaque année : en première année, ils s'appellent "les nouveaux Justiniens", Justiniani novi ; les autres noms furent maintenus pour les années suivantes d'études : Edictales - Papinianistae - Lytae et Prolytae. Justinien défend sous des peines sévères les brimades que les anciens faisaient subir aux jeunes étudiants et même aux professeurs, et qui s'appelaient "Ludi", c'est-à-dire jeux.

Section 7ème.

Les destinées du Droit de Justinien.

On a déjà dit plus haut que le Droit de Justinien avait eu des destinées merveilleuses après quelques siècles d'attente. Pour l'Orient, consulter les Sources du Droit de Krueger et les histoires du Droit

Source : BIU Cujas

Byzantin. Citons seulement: la Praraphrase grecque des Institutes, attribuée à Théophile (édition Ferrini) les "Basiliques" dues à Léon le Philosophe (Léon le Sage) de la fin du IXème siècle, ouvrage en 60 livres c'est une nouvelle codification des textes de Justinien, en grec, qui comporte des scolies grecques extrêmement précieuses (extraites des oeuvres des professeurs de Beyrouth ou de Constantinople). Les "Basiliques" ont été éditées en France par Fabrot, rééditées ensuite en Allemagne par Heimbach d'une façon défectueuse, 8 vol.

Pour les destinées du Droit Romain en Occident, le sujet est traité avec l'histoire du Droit Français (Voir "les sources" de Krueger et les Manuels)

CONCLUSION.

La conclusion traitera des méthodes qui ont été successivement employées dans l'étude du Droit Romain.

Abondance des documents sur le D.R.

Pour le Droit Romain, plus que pour tous les autres droits de l'Antiquité, nous possédons des textes abondants, répartis sur mille ans.

Ces documents sont de natures diverses : juridiques, littéraires (en particulier les oeuvres de Cicéron), épigraphiques, et papyrologiques. (L'indication des principaux documents se trouve dans l'ouvrage de Girard.

Connaissance encore imparfaite du D.R. 1°- A cause de l'absence de documents sur certaines périodes et de la rareté des actes de la pratique (sauf pour l'Egypte et le Bas-Empire)

Cependant, notre science du Droit romain est encore imparfaite et restreinte et le restera pour deux raisons.

1°- La première, c'est que pour des périodes entières, les documents manquent et qu'il est malheureusement probable qu'on ne les retrouvera jamais. Les textes juridiques, par exemple, sont très peu nombreux pour la période des origines et presque jusqu'à la fin de la République. Les documents de pratique : les actes qui sont si utiles pour la connaissance du Droit vivant et qui sont extrêmement abondants pour le moyen âge, nous font presque défaut en ce qui concerne le Droit Romain de l'Occident ; nous en avons beaucoup, au contraire, pour l'Egypte (grâce aux papyrus grecs) (1), mais c'est un droit local qui n'est pas le vrai droit de Rome ; pour le droit de Rome, de l'Italie et de l'Occident, nous avons très peu de choses. Rares

---

(1) V.P. Collinet, Papyrologie et Histoire du Droit dans les Münchener Beiträge, XXer - Hift 1934.

Source : BIU Cujas

sont les documents de la pratique qui nous sont parvenus (Textes de Girard, 3ème partie). Pour le Bas-Empire (où nous sommes mieux renseignés) ni Girard, ni les Fontes de Bruns ne nous donnent de textes.

2°- A cause de la difficulté d'extraire des documents des conclusions certaines et des interpolations des textes.

2°- Une autre difficulté est celle qui existe pour mettre en oeuvre les documents que l'on possède ; il est très rare que l'on puisse arriver à une certitude, malgré les apparences, en ce qui regarde l'Antiquité. Pour les juristes, historiens du Droit Romain, il existe une difficulté particulière qui ne se présente pas pour les littérateurs ou pour les historiens c'est que la plupart des textes juridiques sont connus par le Digeste, le Code, les Institutes, oeuvres du VI° siècle, dont les sources ont été interpolées. Il faut distinguer les éléments qui appartiennent véritablement aux jurisconsultes des Ier, IIème, IIIème siècles, ou aux Empereurs du Haut-Empire, et ceux qui appartiennent au VIème siècle, à la période byzantine. Ces difficultés se présentent à chaque instant et l'historien du Droit Romain ne peut les écarter qu'avec infiniment de peine. Cela nous amène aux méthodes suivies pour l'étude du Droit Romain.

Les 3 méthodes suivies.

La méthode d'étude n'a pas toujours été la même elle a passé par 3 phases qui correspondent à trois points de vue sous lesquels on peut envisager le Droit Romain. Chaque méthode a produit des résultats différents.

1° - La méthode exégétique inaugurée par les Glossateurs consistant à interpréter les textes de Justinien comme des textes positifs applicables aux difficultés de la pratique.

I° - La méthode exégétique.

Elle consiste à regarder le Droit Romain comme la raison écrite, "ratio scripta" et à le considérer comme pouvant recevoir des applications pratiques dans la solution des procès actuels.

Cette méthode nous paraît extraordinaire aujourd'hui, mais elle s'expliquait à une époque où le Droit Romain était le seul "Droit écrit", parce qu'on vivait sous l'empire de la Coutume. Le résultat de l'emploi de cette méthode était nécessaire à la construction de systèmes juridiques. Elle fut suivie à partir de la 1ère renaissance du Droit Romain, au XI° siècle, dans l'Ecole de Bologne. Elle subit diverses évolutions avec l'Ecole des Glossateurs et l'Ecole des Bartolistes.

Cette méthode a été refoulée; mais, malgré cela, elle existait toujours, et elle existe encore parce qu'elle est indispensable, mais elle n'est pas la seule. Elle a été employée au XIX° siècle par les Pandectistes allemands, suivis par de nombreux français et italiens et elle régnait d'une façon absolue il y a peu d'années encore. Cette méthode se fondait surtout sur les textes de la Compilation de Justinien.

Source : BIU Cujas

(V. le grand Traité de Windscheid - Kipp et le Précis d'Accarias).

2°- La méthode historique, illustrée par Cujas consiste à étudier le D.R. en soi, comme une donnée de l'histoire de l'Antiquité et à replacer chaque institution dans son milieu historique.

2° - La méthode historique.

Elle a été conçue à la fin du XV° siècle concurremment en Italie (Alciat) et en France (Cujas), en réaction contre les abus de la méthode exégétique et de la construction de systèmes. C'est une méthode tout à fait moderne, qui considère le Droit romain comme un objet d'études en lui-même; il doit être étudié comme une donnée antique et reconstitué comme une chose du passé; pourtant on cherchait encore à en tirer des conséquences pratiques.

Cette méthode tient compte, non plus seulement des textes juridiques, mais de tous les textes, et en particulier des textes littéraires de l'archéologie, de la chronologie, c'est une méthode beaucoup plus large et elle a fait l'honneur du Grand Cujas, qui est un des jurisconsultes les plus éminents de tous les temps. (Ses oeuvres forment 10 ou 12 volumes infolio).

Cette méthode a été suivie par un autre esprit de premier ordre: le président Favre, président du Parlement de Savoie, qui a laissé au XVII° siècle, des oeuvres remarquables et d'une perspicacité étonnante sur le D.R.

Influence de Savigny sur la méthode historique.

Au XIX° siècle, cette méthode a été renouvelée par l'allemand Savigny, descendant d'émigrés français au moment de la révocation de l'Edit de Nantes). Les Allemands ont été suivis par les Français et les Italiens (1).

3°- Nécessité d'élargir la méthode historique en s'inspirant de données sociologiques.

3° - La méthode actuelle.

Mais il y a encore des perfectionnements à lui apporter, et il faut employer une méthode historique au sens large en s'aidant non seulement de la science critique, de l'archéologie, de la chronologie, mais aussi de sciences nouvelles à peine ébauchées encore: la sociologie, l'histoire du Droit comparé - qui replacera le Droit romain dans la civilisation générale de l'Antiquité (Cf. Cuq "Les Institutions juridiques des Romains, 2 volumes).

Combinaison de ces 3 méthodes.

Aujourd'hui ces 3 méthodes se combinent.

Il faut étudier les textes par la méthode exégétique, on ne peut pas s'en dispenser; cette étude est négligée parfois en raison de la prépondérance du point de vue critique.

C'est surtout pour le Droit de Justinien que l'on emploie la méthode critique, qui consiste à sépa-

---

(1) Collinet "La science allemande du Droit Romain et ses limites" "Revue Internationale de l'Enseignement, 15 Nov. et 15 Déc. 1919".

Source : BIU Cujas

rer ce qui est classique de ce qui est post-classique et byzantin. Mais, de plus, il faut que le Droit de Justinien prenne sa place dans l'histoire et qu'on l'examine aussi au point de vue historique.

Enfin,- et ceci s'applique principalement au droit primitif romain, alors qu'il n'y a presque pas de textes, il faut reconstituer par la sociologie et par l'histoire du droit comparé, l'état social de Rome.

Par la combinaison de ces trois méthodes, on a pu et on pourra réaliser des progrès qui font mieux connaître l'évolution, ou l'histoire du D.R.

INTRODUCTION.

Matières qui composent un programme de Cours de Droit Romain.

Les droits privés, dont on s'occupe seuls, sont des rapports entre particuliers reconnus par les différentes sources du Droit. Ils existent soit entre les personnes elles-mêmes, soit entre les personnes et les choses de la nature. Ils tendent à faire obtenir à quelqu'un une puissance qui est tantôt une puissance d'autorité sur une autre personne, tantôt une puissance sur les choses ou à maintenir cette puissance. Enfin, ils sont sanctionnés.

Voilà le schéma de ce qu'est le Droit privé.

Appliquant ces idées, on aura à étudier dans n'importe quelle législation, mais en particulier en Droit Romain:

1ère Question: Quels sont les droits privés ?

Ils peuvent se répartir en trois groupes:

1°) Les droits de famille (y compris les droits de tutelle et de curatelle).

2°) Les droits du patrimoine appréciables en argent (alors que les premiers ne le sont pas), droits qui seront divisés en deux classes:

A. les droits réels, ainsi appelés parce que ce sont les choses, res, qui jouent le rôle principal (propriété, servitudes, hypothèque);

B. les droits personnels ou obligations, dans lesquels c'est la personne du créancier et surtout celle du débiteur (ou obligé) qui jouent le rôle principal, en ce sens que c'est de la personne, de l'obligation du débiteur, que l'on attend la prestation due.

3°) Les droits de succession - qui ont pour objet la dévolution des biens d'un défunt à titre universel, droits qui ont pour fondement la parenté, ou un rapport imité de la parenté. On y joint les droits des légataires et des fidéicommissaires.

Source : BIU Cujas

Tous les droits rentrent dans ces trois catégories droits de famille-droits de patrimoine-droit de succesion

2ème question : Etant connus les droits privés : Qui peut être sujet de Droit ?

On distingue les sujets actifs et les sujets passifs (l'obligé est un sujet passif) : Etude de la personnalité - capacité et incapacités.

3ème question : Quelles choses peuvent être l'objet des droits ?

Un rapport suppose toujours un sujet et un objet. (Le sujet, c'est la 2° question; l'objet, c'est la 3° question et le rapport, c'était la 1ère question).

4ème question : Comment crée-t-on les droits privés ? Ou comment se créent-ils ?

5ème question : Comment s'acquièrent les droits ? Comment se transmettent-ils ?

6ème question : Comment les droits s'éteignent-ils ?

7ème question : Quelles sont les sanctions des Droits ?

Ce qu'il y a de plus intéressant dans un droit, c'est sa sanction. Celui qui a un droit sans sanction a une arme qui a fort peu d'efficacité.

Ce n'est pas ce programme en sept parties que l'on suivra ici; on se rapprochera de la construction romaine, telle qu'on l'enseignait aux étudiants autrefois : c'est le plan traditionnel, le plan de Gaius et de Justinien, chez qui les 7 matières qu'on vient d'indiquer étaient traitées en 4 Commentaires ou livres.

Dans le 1er, il est question des sources et des personnes;

Dans le 2ème, des choses, des successions testamentaires, des legs, des fidéicommis ;

Le 3ème livre est consacré aux successions ab intestat (successions dévolues sans testament) ou légitimes , fondées sur la loi, et aux obligations.

Le 4ème livre contient : la procédure et la sanction des "droits". Voici notre plan :

Plan.

Ière Partie : Les personnes et les droits de famille.

2ème Partie : Le patrimoine.

3ème Partie : Les droits réels.

4ème Partie : Les droits de succession, legs et fidéicommis.

5ème Partie : La sanction des droits et la procédure.

6ème Partie : Les obligations (programme de 2ème Année).

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3

Répétitions Ecrites
Reproduction Interdite
U

Source : BIU Cujas

1ère PARTIE

LES PERSONNES ET LES DROITS DE FAMILLE.

Titre Ier

LES PERSONNES ET LE DROIT DE CITE.

Section I

Les Personnes.

Définition de la personne.

Le mot latin "persona" veut dire "masque" et on applique ce mot à l'homme qui possède ce qu'on appelle aujourd'hui "la personnalité", c'est-à-dire la capacité d'être sujet de droits. Une "personne", c'est un être, physique ou moral, capable d'avoir des droits.

Tout homme à Rome n'est pas une personne.

En général, aujourd'hui, tout homme est une personne, a des droits ou est susceptible d'en avoir ; mais cette capacité est le résultat d'une très longue lutte qui n'a abouti qu'à la Révolution française. Les "personnes" en droit romain ne sont pas tous les hommes.

Comment se divisent les hommes en Droit Romain ?

Triple division des personnes

Trois divisions sont indiquées par Gaius en particulier :

1°- Status

1°- Les hommes libres et les esclaves : c'est la summa divisio (Gaius, II, 1,9)

Source : BIU Cujas

libertatis : hommes libres et esclaves. Division des hommes libres en ingénus et affranchis. Différentes sortes d'esclaves ; servi de droit commun, servi sine domino. Servi poenae ; servi publici.

Les hommes libres sont eux-mêmes de qualités différentes : d'une part, les ingénus - ingenui (ceux qui n'ont jamais été esclaves) ; d'autre part, les affranchis - liberti ou libertini qui étaient autrefois esclaves (Gaius 1,10 et 11).

Les esclaves eux-mêmes sont de qualités différentes : ce sont des servi de droit commun - ou des servi sine domino, esclaves sans maîtres, dont le premier venu peut s'emparer - ou des servi poenae, individus libres qui ont été condamnés à des peines afflictives (mines, bêtes) ; enfin, les servi publici, qui sont les esclaves de l'Etat romain.

La condition d'une personne libre constitue ce qu'on appelle en Droit Romain le Status libertatis "l'état de liberté".

2°- Statuts Civitatis : Distinction des Cives, Latini, peregrini. Le status civitatis.

2°- Les hommes se divisent, au point de vue du Droit Romain d'une autre façon : ou bien ils sont citoyens romains (cives romani) ; ou bien ce sont des Latins (latini) ; ou encore des étrangers (peregrini).

Gaius (1,12) signale les trois termes à propos des affranchis, mais on rencontre des ingénus dans les trois catégories. Si l'on considère les hommes à ce triple point de vue, on se trouve en face du status civitatis.

3°- Status familiae : distinction en sui juris et alieni juris.

3°- Les hommes se divisent, aux yeux des Romains, au point de vue de ce qu'on appelle le status familiae, en hommes sui juris ou alieni juris. (Ces termes ne peuvent pas se traduire en français).

Le sui juris c'est l'individu (homme ou femme) qui est comme aurait dit l'ancien droit français "à son propre droit", qui tient tout son droit de soi-même ; autrement dit qui ne dépend de personne, qui n'a personne au-dessus de lui : ni chef, ni maître.

Les alieni juris, ce sont les individus "qui sont au droit d'autrui", qui dépendent d'autres hommes qui n'ont de droits que ceux qu'ils tiennent d'autrui. Gaius (1,49) les énumère ainsi "Les alieni juris sont, dit-il, les individus qui sont placés les uns in potestate (sous la puissance du paterfamilias, esclaves, enfants de famille), les autres in manu (sous la main du maître : ce sont les femmes mariées avec manus) ; d'autres encore sont placés in mancipio (sous le mancipium d'une autre personne, puissance analogue à celle d'un maître).

Les Romains divisent donc les hommes à trois points de vue qui correspondent à ce que l'on appelle les trois status : libertatis, civitatis, familiae.

Quelles sont les personnes?

Quels êtres humains sont, en Droit Romain, des personnes ? Disons d'abord : 1°- que la personnalité ou capacité juridique, s'exprime en D.R. par le

Source : BIU Cujas

mot "caput" (tête) ; 2° Qu'elle commence (aujourd'hui encore) non seulement à la naissance, mais dès la conception (Infans conceptus pro nato habetur, quotiens de commodis ejus agitur).

3°- Qu'elle finit, comme aujourd'hui, à la mort (sous réserve de la règle romaine : hereditas jacens personam defuncti sustinet ; V. Successions).

4°- Qu'elle s'éteint par application d'une théorie propre au D.R., la capitis deminutio, à propos de quoi on verra ce qui constitue le caput. Ajoutons que la personnalité est différente de la capacité politique (1) (V. plus loin) et procure la jouissance des droits distincte de leur exercice (V. Tutelle et Curatelle).

Cela dit, sont des personnes en D.R. ou, ce qui revient au même, ont un caput, la capacité juridique, ceux ou celles qui sont libres et citoyens, qui ont la civitas libertasque.

Des degrés de la personnalité.

Mais la personnalité comporte en D.R. des degrés. La personnalité complète n'appartient qu'au civis romanus ou à la civis romana qui est sui juris. Aussi dit-on que la personnalité complète consiste dans la réunion des trois status. Les enfants de famille (cives, liberi, alieni juris) ont une personnalité amoindrie.

L'esclave n'est pas une personne, mais une chose et, aux origines, le pérégrin (non citoyen) ne l'est pas non plus aux yeux du D.R.

Nous verrons plus loin dans quelle mesure la personnalité des non-citoyens (Latins et pérégrins) a été reconnue, dans quelle mesure aussi s'est élargie la personnalité des enfants de famille, comment l'esclave a acquis une faible personnalité, sans cesser d'être une chose, enfin comment ont été créées "des personnes morales ou juridiques".

Ces progrès s'expliquent par une loi de l'évolution des institutions : que l'absolutisme diminue toujours et qu'on marche de plus en plus vers la reconnaissance de ce qu'on peut appeler le "naturel". Il y a une loi d'évolution qui porte les législations à reconnaître de plus en plus les choses naturelles. A l'origine, l'opposition est complète entre ce qui est légal et ce qui est naturel (on en trouvera de nombreux cas). Ainsi, au point de vue de la nature, tous les hommes sont des hommes (homo , c'est l'esclave), tandis

---

(1) A preuve l'exclusion des femmes en France de certaines fonctions et du droit d'électorat et d'éligibilité (sauf exceptions) et partout l'exclusion des étrangers des droits politiques.

Source : BIU Cujas

qu'au point de vue légal, tous les hommes en D.R. ne sont pas des personnes. A mesure que la civilisation avance, le D.R. étend la personnalité sans que jamais tous les êtres humains vivant dans l'empire aient été dotés du titre de "personnes".

D'ordinaire, on étudie successivement les trois status : status libertatis, status civitatis, status familiae, mais il parait préférable de suivre une autre méthode. Le status libertatis peut, en effet, s'étudier avec la Civitas car pendant longtemps en Droit Romain, les deux status sont unis. (Le citoyen complet c'était celui qui possédait la civitas libertasque au temps de Cicéron encore ; on ne tient pour ainsi dire pas compte du status familiae). On l'étudiera ici avec la famille, parce que les individus qui ne sont pas libres font partie de la famille. On gagne ainsi du temps, l'inconvénient est de laisser de côté les servi poenae, les servi publici et les servi sine domino sur lesquels on lira les Manuels.

Section II

Le droit de Cité.

Caractère extrêmement fermé de l'Etat Romain.

La cité romaine -civitas romana - s'est longtemps confondue avec l'Etat. Le citoyen, c'est essentiellement le membre de l'Etat et on peut voir que l'Etat antique, et en particulier l'Etat romain, est toujours un Etat extrêmement fermé, jaloux de ses droits. Notre conception de l'Etat aujourd'hui est plutôt large, au point que la France néglige souvent ses intérêts nationaux pour les intérêts de l'humanité. (C'est une idée qui, cependant, n'est pas commune à tous les Etats contemporains).

L'Etat antique pense à lui, parce qu'il est menacé de toutes parts, et il considère que son devoir primordial, c'est son existence, son développement, son succès ; par conséquent, la Cité romaine ne sera accordée qu'à très peu de personnes, qu'à celles qui font essentiellement partie de l'Etat, qui sont les cellules primordiales, fondamentales de l'Etat : les patriciens seuls, d'abord les patriciens et les plébéiens ensuite.

Source : BIU Cujas

§ I - Les citoyens.

Contenu du status civitatis.

Le status civitatis comprend à la fois des droits politiques et des droits privés. Dans l'ordre du droit public, distinct de la personnalité, le citoyen complet est celui qui possède à la fois ces droits politiques et ces droits privés ; on verra bientôt quel il est.

Sous la République, les droits politiques et les droits privés sont les suivants :

A. Droits politiques. 1°- Jus suffragii.

A - Droits politiques : 1°- le jus suffragii (ou électorat) comprend le droit de voter les lois, de nommer les magistrats. Ce pouvoir s'exprime dans le nom du citoyen romain.

Le nom du citoyen.

Le nom du citoyen est déterminé, en effet, en fonction du droit politique (ce qui n'existe plus sous le Haut-Empire). Voici quel est le nom complet du citoyen sous la République : son praenomen - qui est écrit en abrégé : M. (Marcus) pour Cicéron, par exemple ; puis son nomen gentilicium, c'est-à-dire le nom de la gens à laquelle il appartient : Tullius (gens Tullia) ; on indique ensuite la filiation du citoyen, également en abrégé. M.F. (Marci filius) (et même quelquefois qu'il est le petit-fils et l'arrière petit-fils de... ;)puis encore à quelle tribu il appartient (et c'est cela qui marque dans quelle condition il exercera son droit de suffrage) : pour Cicéron, l'abréviation, c'est Corn, qui indique qu'il appartient à la tribu Cornelia ; enfin son surnom, Cognomen : Cicero. Donc le nom complet du citoyen est : M. Tullius M.F. Corn (elia tribu) Cicero.

2. Jus honorum.

2°- Plus complet que l'éligibilité, le jus honorum comprend le droit de prendre part aux honneurs de l'Etat, d'être magistrat, chevalier, le droit d'entrer au Sénat, le droit d'entrer dans les légions, le droit de participer aux assignations de terres, à tous les avantages que l'Etat romain distribue.

B. Droits pri- I. Jus conubii.

B - Les droits privés se ramènent à deux types :

1°- Ce que les Romains appellent le jus conubii - ou conubium - qui est le droit de contracter un mariage légal avec un Romain ou une Romaine.

2. Jus commercii.

2°- Le jus commercii - ou commercium - qui est la capacité d'acquérir des droits, de transférer des droits, de plaider.

Les droits politiques se perdant sous le

Source : BIU Cujas

Décadence des droits publics sous l'empire.

Haut-Empire, le nom du citoyen s'en ressent, et on ne tient plus compte de la Tribu. Mais on tient encore compte de la filiation - les citoyens finissent par ne plus posséder les noms tripartites : au IIème siècle, le j.c. Celsus le fils a 7 noms.

Evolution des droits privés sous l'influence du Jus gentium.

Les Droits privés ont évolué dans un sens contraire : ils s'élargissent. Les jus conubii et le jus commercii ne sont pas restés aussi fermés qu'ils l'étaient à l'origine. A côté du jus civile, réservé aux seuls citoyens, s'est développé un droit considérable, riche et fécond, le jus gentium qui appartient non seulement aux citoyens, mais encore aux étrangers, aux pérégrins.

L'individu qui possède l'ensemble de ces droits politiques et privés, possède le status civitatis, et comme il ne pourrait pas posséder la Cité sans la liberté, il est celui qui a aussi le status libertatis.

Le civis romanus. Les droits du C.R. d'abord réservés aux patriciens ont été ensuite étendus aux plébéiens qui n'ont cependant eu le jus conubii avec une patricienne qu'à partir de la Loi Canuleia.

Quel est cet individu ? C'est le citoyen du sexe masculin, ingénu et pubère, âgé de plus de 14 ans.

A Rome le droit de vote et le droit d'éligibilité s'associent avec le droit d'entrer dans la milice, et cette idée existe encore aujourd'hui ; c'est la véritable raison pour laquelle on a refusé le droit politique aux femmes : c'est parce qu'elles ne font pas de service militaire. On confond le citoyen avec celui qui porte les armes.

A l'origine, le patricien seul jouit de ces droits. Au moment de la loi des XII Tables, les plébéiens furent admis à les exercer, mais avec une réserve : il est interdit au citoyen plébéien d'épouser une patricienne. Cette impossibilité fut levée un peu plus tard par la loi Canuleia, de 309 de Rome. (445 av. J.C.). Rien d'étonnant à ce que le mariage entre patriciens et plébéiens ait été refusé alors que les plébéiens jouissaient des droits politiques, cela tient à une idée de caste, de moeurs, qui est beaucoup plus difficile à effacer que les autres distinctions ; dans les temps modernes, la Révolution française a voulu la fusion des classes, elle a supprimé purement et simplement la noblesse ; cependant, à l'heure actuelle la lutte des classes est le mot d'ordre du Front commun.

Conditions pour être citoyen.

A quelles conditions peut-on se dire Civis Romanus ou civis Romana ?

Il faut distinguer suivant qu'il y a eu mariage "justae nuptiae", et suivant qu'il n'y en a pas eu.

1°- L'enfant né ex justis nuptiis suit

1°- L'enfant, né de parents unis par le mariage légal, né ex justis nuptiis, suit la condition du père. Il se rattache à son père et d'une façon ir-

Source : BIU Cujas

la condition du père.

réfragable. Donc si le père est romain et la mère latine, l'enfant est citoyen romain. (En effet, les latins ayant un Droit presque semblable aux romains, le mariage légal était possible).

Si l'enfant est né d'un romain et d'une pérégrine, comme il ne peut exister de mariage légal entre citoyens et pérégrins, il sera pérégrin.

Si l'enfant est né d'un pérégrin et d'une romaine, il sera pérégrin d'après la loi Minicia (avan 90 av. J.C.) En d'autres termes, en cas de mariage inégal, on applique un adage qui se retrouve dans le vieux droit français : "le pire emporte le bon" - c'est la condition pire qui l'emporte.

2°- L'enfant né en dehors de justae nuptiae suit la condition de la mère.

2°- L'enfant né hors du conubium, le spurius l'enfant naturel, suit la condition de sa mère puisqu'il est impossible légalement de savoir qui est son père.

Les déclarations de naissance.

Les naissances d'enfants légitimes étaient déclarées et portées sur un album professionum liberorum natorum, dont on possède des extraits sur des diptyques de bois (Girard, Textes, p. 918-919). Ces déclarations remontent au moins à Auguste (qui poussai beaucoup à la natalité) puisque les lois Aelia Sentia (4 ap. J.C.) et Papia Poppaea (9 ap. J.C.) défendent de mentionner sur l'album des naissances les spurii (enfants naturels). Pour eux, la mère faisait une déclaration spéciale (professio in actio ou apud acta) (Lire l'article excellent d'Ed. Cuq, Dict. Paul Fournier, 1929, p. 119-133)

Situation inférieure de l'affranchi-citoyen ; il subit des incapacités au point de vue du jus conubii et au point de vue politique.

A Rome, il est des citoyens de seconde zône, qui ne possèdent pas tous les droits : ce sont les affranchis - citoyens (on verra plus tard comment les esclaves deviennent affranchis)

1°- Les affranchis-citoyens ne purent pas d'abord contracter un mariage légal avec les ingénues (survivance de l'esprit de caste). Lorsque le conubium leur fut permis, par la loi Julia de Maritandis ordinibus, de 736 (18 av. J.C.), sur le mariage, le conubium leur fut encore refusé avec les personnes de l'ordre sénatorial.

2°- Ces affranchis ne possèdent pas le jus honorum ni le privilège de servir dans les légions. Ils voteront avec leurs patrons.

Possibilité pour l'affranchi d'acquérir l'ingénuité par la restitutio natalium ou le

Comment les affranchis citoyens deviendront-ils ingénus ?

1°- Primitivement, la condition d'affranchi était héréditaire jusqu'à la 2ème génération. D'assez bonne heure, le fils ou la fille d'affranchis naissent ingénus.

2°- Les affranchis peuvent devenir ingénus

Source : BIU Cujas

jus aureorum annulorum.

depuis l'Empire par le bienfait du prince, par la restitutio natalium, c'est-à-dire le rétablissement de naissance. Il peut leur accorder également le droit de porter l'anneau d'or, le jus aureorum annulorum, qui était d'abord réservé aux chevaliers, ensuite aux ingénus.

Sous Justinien, la Novelle 78 a concédé les deux bienfaits à tous les affranchis ; par conséquent, l'affranchi a la condition d'un ingénu sauf une différence : le patron possède toujours vis-à-vis de son affranchi et de sa famille les jura patronatus - les droits de patronat. (V. plus loin).

§ 2 - Les Latins.

A côté des citoyens romains se trouvent les Latins.

Différentes catégories de Latins.

Les Latins possèdent la Civitas latine, mais ils possèdent également certains droits au regard de la Loi romaine, par rapport à l'Etat romain. Il faut distinguer encore les latins ingénus des latins affranchis-latins.

A. Latins-veteres.

1°- Les latins ingénus étaient de diverses catégories.

A - Les latins de vieille souche - Latini veteres.

C'étaient non seulement les habitants du Latium, que les Romains s'étaient incorporés, mais aussi ceux des colonies fondées par la Ligue Latine, jusqu'en 416 de Rome (338 av. J.C.) ou des colonies fondées par Rome jusqu'en 486 (268 av. J.C.)

Ils ont un jus suffragii restreint, le jus conubii et le jus commercii.

Les Latins Veteres sont assez favorisés par rapport au Droit romain. Au point de vue du droit politique, ils possèdent le jus suffragii, c'est-à-dire que quand ils sont à Rome au moment des élections, ils peuvent y voter. Réciproquement, quand un citoyen Romain se trouve dans un pays latin au moment des élections, il peut y voter ; c'est un avantage qui appartient aux membres de la Ligue Latine. Au contraire, les latins n'ont pas le jus honorum. Au point de vue privé, ils ont le conubium. Il semble qu'ils aient aussi le commercium.

B - Les latins coloniaires.

Les latins coloniaires : ayant le jus suffragii et le jus commer-

Ce sont ceux qui habitent les colonies fondées après 486 (268)

Les premières colonies fondées par les romains ont été des colonies latines, dotées du jus latii. C'est seulement ensuite que les Romains ont

Source : BIU Cujas « Les Cours de Droit » 3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions Ecrites Reproduction Interdite U

cii, mais non le conubium.

"déduit" (terme technique) des colonies de citoyens.

Le jus latii est de deux catégories, tantôt grand (le majus Latium), tantôt petit (le minus Latium)

Les latins coloniaires possédaient le jus suffragii, le jus commercii, mais non pas le conubium, ni le jus honorum.

Les latins ingénus disparurent, d'ailleurs, d'assez bonne heure. Ils furent convertis en citoyens romains, soit par le bienfait de la loi, soit par des concessions.

Concession de la cité romaine aux Latini veteres et aux latins coloniaires.

Les latini veteres devenaient citoyens à deux conditions : habiter Rome, mais, par voie de conséquence, les villes romaines se dépeuplaient au profit de Rome et les cités latines protestèrent. Après diverses vissicitudes (V. le Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines de Daremberg), ce privilège fut supprimé en 659 de Rome (95 av. J.C.). Mais tous les latins d'Italie en bloc, reçurent la cité romaine en vertu de la loi Julia de 664 de Rome (90 av. J.C.).

Les Latins coloniaires qui habitaient en dehors de l'Italie conservèrent leur qualité de latins. Mais ils recevaient la Cité romaine par voie de naturalisation. En fait, les latins ingénus disparaissent après le règne de Gordien, au IIIème siècle.

2°- Les affranchis latins survécurent.

Qu'est-ce que les affranchis latins ?

Il y a peu de choses à dire sur les affranchis latins proprement dits qui sont les affranchis des latins ingénus ; le latin qui ne possède que sa qualité de latin, ne peut pas donner à son esclave, quand il l'affranchit, autre chose que sa propre qualité.

C. Les latins juniens, esclaves affranchis d'une façon irrégulière sont dans une situation inférieure : celle des coloniaires.

D'autres latins constituent une classe particulière, ce sont les affranchis latins d'un degré inférieur qu'on appelle les affranchis juniens.

On appelle affranchis juniens les affranchis qui ont été créés par une loi Junia sur laquelle on ne s'entend pas. C'est, ou bien la loi Junia qui se place entre 710 et 727 (44 et 27, av. J.C.) ; ou plutôt la loi Junia Norbana de 18 ap. J.C. Peu importe (V. plus loin affranchissement). Leur situation est en principe celle des latins coloniaires, sauf au point de vue de certains droits qui rentrent dans le commercium. A ce point de vue, ils sont inférieurs aux latins coloniaires.

Ils ne peuvent pas laisser d'héritiers, ni recueillir par testament. Quand on leur laisse par testament quelque chose, ils ne peuvent pas le recueillir car ils n'ont pas le jus capiendi - le droit de prendre, de recueillir, à moins qu'ils n'obtiennent la Ci-

Ils vivent libres et meu-

Source : BIU Cujas

rent esclaves.

té romaine dans un délai très court. "Ils vivent libres et meurent esclaves" parce qu'ils ne pouvaient pas laisser de biens à leurs héritiers.

Que deviennent leurs biens ? Ils retournent à leur ancien maître à titre de pécule, comme les biens de l'esclave reviendraient au maître.

Ces affranchis latins juniens peuvent devenir citoyens et en particulier quand ils rendent des services à l'Etat - res publica. (Girard 139-140).

Les latins juniens furent supprimés par Justinien et alors ceux qui auraient été autrefois des latins juniens deviennent directement affranchis citoyens (Institutes 1,5,3).

§ 3 - Les Pérégrins.

Il existe des pérégrins ingénus et des pérégrins affranchis.

Tout étranger n'est pas un pérégrin, seuls ont cette qualité ceux qui appartiennent à une cité.

1°- Les pérégrins ingénus ce sont les personnes libres qui sont membres des cités pérégrines, c'est-à-dire des cités qui existent dans les provinces romaines, unies à Rome par des traités. "Membres d'une cité" ; en effet, le pérégrin n'est pas un étranger quelconque, c'est l'étranger qui appartient à une cité étrangère qui, par conséquent, jouit des droits civils et politiques d'une Cité. Tous les étrangers ne sont donc pas des pérégrins ; certains sont des "barbares" : les Germains, les Scythes. Les Romains veulent bien reconnaître certains droits à des étrangers et les regarder comme des hommes qui ont une personnalité, mais à condition qu'ils appartiennent à des peuples civilisés. Les pérégrins auxquels les Romains pensent toujours quand ils parlent de pérégrins, ce sont surtout les Grecs, qui organisent des cités politiques très fortes, soit dans les villes grecques, soit en Egypte, soit dans les colonies grecques ; les Romains plus tard, penseront aussi aux Gaulois qui avaient, eux aussi, une organisation politique, comme on peut le lire chez Jules César.

Deux sortes de pérégrins : 1. Pérégrins ingénus. a) Pérégrins appartenant à une cité et conservant leur coutumes particulières.

Les pérégrins ingénus, membres libres des provinces du monde romain, habitants d'une Cité, sont régis principalement par leurs lois, leurs coutumes nationales (Girard p. 124, n. 3 ; Cuq, p. 55-57). Les plus célèbres d'entre eux sont les Grecs, qui possédaient une législation propre très importante. Les Gaulois étaient également des pérégrins régis par des Coutumes (sur lesquelles nous ne savons malheureusement que peu de chose).

Source : BIU Cujas

b) les pérégrins deditices.

D'autres pérégrins dont la caractéristique est de n'avoir pas de Cité (sine civitate) sont les pérégrins deditices, ceux qui se sont rendus à merci (du latin dedere) et auquels les Romains n'ont pas fait l'honneur de passer avec eux des traités. Ce sont aussi des Romains qui avaient été condamnés à des peines particulièrement fortes et qui subissaient des peines dégradantes (V. à leur sujet Gaius 1,14,26).

Participation des pérégrins au jus gentium.

Les pérégrins qui sont régis par leur loi nationale, participent également au Droit Romain, exercent à Rome des droits selon le droit romain, et en particulier le droit qu'on appelle le Jus gentium, qui a été précisément inventé pour permettre aux Romains de négocier avec les pérégrins.

En dehors du jus gentium, de quels droits les pérégrins jouissaient-ils à Rome ?

Les pérégrins n'ont pas de droits politiques ; pas de jus conubii ; exceptionnellement ils ont le jus commercii.

Ils n'avaient pas de droits politiques, pas de nom constitué suivant la forme romaine, on leur laissait leur non grec ou gaulois ; ils n'avaient pas le conubium avec les citoyennes romaines ; et certains pérégrins seulement jouissaient du commercium (en tant qu'il s'agit du jus civile). C'étaient ceux qui en avaient reçu la concession spéciale par traités (mais c'était l'exception).

Au point de vue de la justice, les procès des pérégrins étaient institués par le préteur pérégrin, créé en 512 de Rome (242 av. J.C.)

Accession des pérégrins à la Cité romaine par voie de concession particulière ou générale.

Comme les Latins, les pérégrins peuvent accéder assez facilement à la Cité romaine. Des lois avaient accordé la Cité à des Nations pérégrines tout entières : ainsi la loi Julia de 664 de Rome (90 av. J.C.) à tous les pérégrins d'Italie. Une loi Roscia de 705 (49 av. J.C.) aux Gaulois pérégrins de la Gaule Transpadane.

Faveurs spéciales pour les pérégrins ayant fait partie de l'armée.

D'autre part, de nombreuses concessions, soit particulières, soit collectives, ont toujours été accordées aux pérégrins en dehors de ces lois générales ; en particulier, l'une des formes de concessions les plus importantes concerne les anciens soldats qui ont servi Rome dans les armées (et non pas dans les Légions). On possède de nombreux documents à cet égard, sur bronze, qu'on appelle "Les diplômes militaires" (en 1931, 137) ; ce sont des privilèges accordés à l'ancien soldat libéré. L'Empereur lui donne le pouvoir d'épouser une femme romaine, ou bien le pouvoir de transformer son mariage non reconnu par la loi romaine en un mariage régulier et de donner à ses enfants la qualité de citoyens (V. des exemples, Textes de Girard p. 124-127). On rapprochera les titres sur bois constatant l'honesta missio du soldat (Girard, loc

Source : BIU Cujas

cit.). Sur le mariage des soldats d'après J. Carcopino, V.P. Collinet Revue 1931, p. 189-190.

Concession de la Cité à la plupart des pérégrins par Caracalla en 212.

Une Constitution de Caracalla, rendue en 212, nous était connue par un certain nombre de textes (en particulier au Digeste - Ulpien D. 1,5,17) (1) déclarant que Caracalla accorda la Cité romaine à tous ceux qui vivaient dans le monde ; à cette époque, le monde et l'Empire, c'est la même chose. La constitution est conservée par le papyrus de Giessen n° 40 (Girard Textes p. 204-205). Ce papyrus donne les motifs qui sont allégués par l'Empereur : ce sont des motifs religieux, d'aucuns disent financiers. Une exception est indiquée à la défaveur des déditices. Les auteurs continuent à discuter sur le sens de ce terme (Monier p. 280-282). Cependant, la Constitution de Caracalla ne supprime pas les droits propres des pérégrins, et l'on sait que le droit grec a survécu en Orient (et il est nécessaire de le savoir quand on veut bien connaître le droit de Justinien).

Persistance de certains cas de pérégrinité après Caracalla.

D'autre part, tous les pérégrins n'ont pas disparu après la Constitution de Caracalla, et on en trouve encore des traces après celle-ci, par ex. à Briançon (Alpes) au IVème siècle ; il y a eu des pérégrins déditices jusqu'à Justinien, mais c'était principalement des condamnés ou des affranchis.

II. Affranchis pérégrins.

II. Les affranchis pérégrins - C'étaient d'abord les affranchis des pérégrins ; mais il y a également des citoyens romains, qui affranchissant leurs esclaves, ne peuvent leur donner que la pérégrinité.

Esclaves affranchis d'une façon irrégulière (Loi Aelia Sentia).

D'après la loi Aelia Sentia, lorsque des esclaves avaient encouru des condamnations étant esclaves, ils ne pouvaient pas acquérir la Cité romaine comme affranchis : la dégradation qu'ils avaient subie en temps d'esclavage persévérait ; ils étaient simplement des pérégrins deditices ; et il en est ainsi jusqu'à Justinien. (Inst. 1,5,3) qui supprime les deditices.

---

(1) Il faut remarquer dans le texte du Digeste (1,5, 17) une interpolation par suppression que M. Collinet (Nouvelle Revue Historique, 1909, p. 50) a signalée le premier : Ulpien devait prévoir l'exception des deditices et il devait dire que les pérégrins avaient disparu "sauf les deditices" ; mais les commissaires de Justinien ont enlevé ces mots.

Source : BIU Cujas

TITRE II

LE DROIT DE FAMILLE.

Chapitre ler

EVOLUTION DE LA FAMILLE ROMAINE.

Dans les civilisations modernes, la famille éveille nécessairement et uniquement l'idée de parenté par le sang.

Différents sens du mot familia.

A Rome, le mot "familia" n'a pas ce sens unique : cinq sens sont indiqués par Ulpien (Dig. 50, 16, 195).

1°) L'ensemble des biens d'une personne.

ler Sens - "Familia" indique l'ensemble des biens d'une personne, le patrimoine, comme dans l'expression familia pecuniaque, ou "mancipatio familiae" ou familiae emptor (acheteur de la familia), ou actio familiae erciscundae (action en partage d'hérédité).

2°) L'ensemble des esclaves (f. urbana; f. rustica).

2ème sens - "Familia" s'emploie pour désigner l'ensemble des esclaves, car deux mots désignent l'esclave "famulus " et "servus". On appelle "familia urbana" l'ensemble des esclaves de la domus de la ville; et "familia rustica", l'ensemble des esclaves qui sont compris dans la Villa de la campagne.

3°) Etres et choses qui sont dans la domus.

3ème Sens - "Familia" dans son sens probablement le plus ancien, veut dire "l'ensemble des êtres et des choses qui sont dans la maison". La racine du mot, en effet, veut dire "habiter" et, par conséquent tout ce qui se trouve dans la maison se rapporte très bien au mot "familia" (et si famulus a voulu dire "esclave", c'est dans ce sens). Ce sens primitif se retrouve encore en latin dans une expression bien connue "paterfamilias"; le père de famille, c'est "celui qui commande dans la maison" (Ulpien, l.c. 195): "On appelle paterfamilias celui qui a la puissance dans la maison. P.F. appellatur qui in domo dominium habet".

La "Familia" en ce sens représente assez bien (et M. Collinet assimile les deux mots) ce qu'on appelle la Domus, l'ensemble des êtres qui habitent dans la maison. De quoi se compose la Domus ? et quelle est la portée du mot familia dans ce sens ? On le verra en détail plus loin.

Les deux derniers sens du mot "familia" regardent la parenté; l'un se rapporte à ce qu'on appelle à Rome

Source : BIU Cujas

la gentilité, l'autre à ce qu'on appelle à Rome l'agnatio.

4°- La gens et la gentilité; obscurité de ces institutions.

4ème sens.- La gentilité est une question extrêmement obscure, malgré tous les travaux dont elle a été l'objet; si le paragraphe de Gaius qui traite de la question avait été lisible, nous aurions dans le Manuscrit de Vérone l'explication qui nous manque. Cette conception de la "gentilité" a, en effet, disparu vers le ler siècle de l'Empire, entre Cicéron et Gaius.

La gentilité sorte de parenté rattachant les personnes qui se rattachent à un ancêtre commun plus ou moins fictif et unies entre elles par une communauté de nom et de culte.

La gentilité constitue une sorte de parenté, mais ce n'est pas une parenté par le sang. La "gens" est, en effet, une unité politique. C'est l'ensemble des individus qui sont unis à la fois par l'identité de culte et par l'identité de nom, le nom gentilice (nomen gentilicium).

Cicéron dans les "Topiques" (ch. 6 par. 29) parle de la Gens; Quintus Mucius Scaevola a laissé une définition de la gens pleine d'obscurité (1).

Pour avoir une notion complète de la gens, il semble que les textes romains soient insuffisants, parce que les Romains ne se rendaient plus compte déjà de cette institution et il faut se reporter au Droit comparé.

Caractère artificiel de la gens, groupement de familles en vue de leur défense commune.

La gens, c'est la tribu(qui existe encore chez les Arabes et chez les sauvages) c'est le clan qui a existé très longtemps en Ecosse et en Irlande et dont on voit encore les traces aujourd'hui. La gens a été définie et analysée d'une façon remarquable par le professeur russe Maxime Kovalewski; ses "Etudes" ont été traduites en français. Les Romains pensaient que les gentiles avaient un auteur commun qui aurait donné naissance à cette institution et cet ancêtre aurait remonté très loin, à 1000 ou 2000 ans; ce qui est plus probable, c'est que la gens est un milieu artificiel composé de familles naturelles, familles qui sont unies par le même nom, dont les membres ont le même culte, parce que ces familles, autrefois, se sont groupées probablement pour leur défense; et ces familles ont pris un signe distinctif et se reconnaissent à un symbole, un fétiche, un totem.

On a cherché à retrouver le totémisme dans le Droit Romain, mais c'est une question très obscure et qui n'est pas épuisée.

---

(1) Voir aussi les remarquables études sur la Capitis Deminutio de M. Desserteaux de Dijon. Les Manuels n'ont pas tiré suffisamment parti de cet ouvrage.

Source : BIU Cujas

5°- L'agnatio;

5° sens - "Familia" veut dire "agnation".

La famille agnatique romaine n'a été supprimée que par Justinien dans sa célèbre Novelle 118 de l'année 543.

L'agnatio est une parenté uniquement fondée sur la descendance par les mâles. Caractère patriarcal de la famille romaine.

Qu'est-ce que l'agnation ? Que signifie l'expression "famille agnatique" ? C'est une parenté civile, c'est-à-dire légale; ce n'est pas la parenté naturelle, qui établit entre des personnes le lien par le sang. L'agnatio existe en vertu de la Loi qui unit des personnes libres qui seraient réunies sous la même puissance si leur auteur vivait encore, par exemple; si leur grand père ou leur arrière grand père vivait encore. Cette parenté agnatique existe essentiellement par les mâles: ainsi, les enfants d'une fille ne sont pas agnats avec le père de celle-ci ou avec le frère de celle-ci. La famille agnatique se distingue par ceci que l'arbre généalogique ne se fait que par les mâles. Pourquoi ? cela tient au caractère de la famille antique que l'on appelle "patriarcale" et cela s'explique probablement parce que cette famille est considérée uniquement du point de vue de la force militaire.

D'ailleurs, il semble prouvé aujourd'hui que chez certains peuples, la famille avait été primitivement "matriarcale": cette question du matriarcat primitif est une question sur laquelle on n'avance que très lentement et qui n'a pas d'intérêt au point de vue du Droit Romain, fondé sur le patriarcat (Voir les ouvrages de sociologie sur ce point).

Droits de succession et de tutelle attachés à l'agnatio et à la gentilité.

De même que les gentiles sont des parents, de même les agnats sont aussi des parents et cette parenté se manifeste de la même façon, par les mêmes faveurs ou les mêmes charges, à savoir le droit d'hérédité (succession) réciproque, un droit de tutelle réciproque, un droit de curatelle réciproque. La famille agnatique comprend non seulement des parents par le sang (les descendants par les mâles), mais aussi d'autres personnes, comme les enfants adoptifs. C'est une famille légale et même une famille politique Ce qu'on cherche avant tout, c'est l'intérêt de la Cité, c'est l'intérêt de la défense militaire.

Enfin, les Romains connaissent aussi une autre famille identique à la famille moderne, fondée sur la communauté du sang et où les descendants par les femmes sont parents entre eux (l'enfant de la soeur est parent tout aussi bien que l'enfant du frère): c'est la famille que nous appelons naturelle et que le Droit Romain appelle "cognatique".

La cognatio, parenté fondée sur le sang aussi bien en ligne paternelle que maternelle; recon-

La cognation s'oppose à l'agnation, et il ne faut pas confondre les cognati et les adgnati..

Source : BIU Cujas

naissance progressive des effets juridiques de la cognatio.

La famille cognatique est intéressante aux mêmes points de vue que la famille agnatique, en ce sens qu'elle fonde un droit de succession, de tutelle et de curatelle, comme aujourd'hui. Elle n'est pas primitive; elle a eu de la peine à se développer; elle avait à lutter contre la famille agnatique; mais au fur et à mesure que se perd la conception politique du Droit, et qu'elle est remplacée par la conception purement juridique, la famille cognatique prend de plus en plus de puissance et la famille agnatique tombe en décadence. Cette transformation sera étudiée en détail à propos des successions, car c'est là que se manifeste le progrès de la famille cognatique. On verra que ce sont les préteurs qui ont accordé à des parents par le sang, qui n'étaient pas appelés par la Loi, le droit de succession. On verra ensuite que cette famille a été développée encore par les empereurs paiens. En somme, Justinien, en détruisant la famille agnatique (Novelle 118), ne faisait que supprimer une chose déjà tombée en décadence; et le système successoral de Justinien est le système moderne, qui nous est venu par l'intermédiaire du moyen âge et du Droit canonique.

Chapitre II

LA COMPOSITION DE LA FAMILLE.

On prendra ici le mot familia dans le sens de Domus.

Dans ce sens, que comprend une famille ?

Composition de la domus: le paterfamilias; sa femme materfamilias; les liberi.

Les êtres qui existent dans une Domus sont: Un chef, qui est nécessairement un homme: le paterfamilias;- sa femme, la materfamilias - les liberi, qui sont à la fois les enfants au premier degré, et les petits-enfants, les petites-filles; peut-être même les arrière-petits-fils et les arrière-petites-filles, car dans les sociétés primitives, tout le monde vit ensemble: pourquoi ? à cette époque, cependant, il y a de l'espace ? - cela tient probablement à ce que le droit à cette époque, est une chose politique et le chef entend garder sous sa main la domination sur tout le monde, et la meilleure façon pour cela, c'est de vivre ensemble.

Les esclaves, les animaux; les choses.

Dans cette Domus, déjà si peuplée par les personnes libres se rencontrent aussi des personnes in mancipio (quasi-esclaves), des esclaves, des animaux

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Source : BIU Cujas
Répétitions Ecrites
Reproduction Interdite
U

et des choses; et la maison, qui est primitivement une hutte en bois couverte de terre, est une unité sociale (1).

Le paterfamilias mâle sui juris exerce tous les droits.

Dans le cercle de la Domus, celui qui commande est nécessairement un homme, le paterfamilias, qui a tous les pouvoirs et qui ne tient ses droits de personne. Il est ce qu'on appelle en Droit Romain "sui juris", il tient ses droits de lui-même, c'est-à-dire de personne.

Les alieni juris n'ont pas de droits.

Au contraire, les individus libres ou esclaves qui sont sous la dépendance du chef n'ont pas de droits du tout, et s'ils en exercent en fait, c'est uniquement par une sorte de délégation du P.F.: c'est pourquoi ils sont dits "alieni juris" "au droit d'autrui": les droits qu'ils exercent ils les exercent pour le chef.

Situation des liberi; bien qu'alieni juris, ils sont co-propriétaires de la famille; donc heredes sui.

Cependant des différences existent entre les liberi ou la femme in manu, d'une part, et les servi, d'autre part, les premiers étant des personnes libres et les seconds des non-libres. L'unité de la famille est marquée par ceci, que les liberi, et pendant longtemps la femme mariée avec "manus" sont déjà virtuellement co-propriétaires des biens familiaux, et lorsque le P.F. vient à mourir, ces personnes en héritant de lui, héritent en même temps d'elles-mêmes; leur co-propriété se dissout pour faire place à une véritable propriété; on dit que ces personnes sont des heredes sui "des héritiers siens". (Gaius, 2,157).

Comment les liberi peuvent-ils devenir sui juris?

A la mort du P.F., les liberi, la femme in manu, qui étaient alieni juris deviennent à leur tour sui juris (Gaius, 1,127). Cette transformation dans leur qualité peut leur être acquise du vivant même du P.F. lorsque celui-ci, par des modes appropriés fait sortir de la Domus les liberi ou la femme in manu.

Nous allons voir les changements produits au long

---

(1)"La Cité Antique" de Fustel de Coulanges", repose sur cette idée fondamentale que toutes les sociétés politiques antiques sont unies par la religion - thèse qui a été fort attaquée et qui est, sans doute, trop absolue, mais qui est vraie en ce qui concerne la formation de la famille, les membres de la domus et de la gens. Non seulement les personnes libres participent à la religion de la domus, mais encore les esclaves sont associés au culte; ils sont protégés par la religion. De même, il y a des traces que les animaux eux-mêmes ont été attachés au culte et protégés par les dieux du foyer; et il est possible qu'à une époque préhistorique, les mêmes dieux aient protégé aussi les choses de la maison.

Source : BIU Cujas

des siècles dans la condition des membres de la famille.

Au point de vue historique, la ligne d'évolution est facile à saisir. C'est toujours la même chose chez tous les peuples et à toutes les époques: l'humanité est poussée de plus en plus vers la reconnaissance des choses naturelles (ou qui tout au moins paraissent telles parce qu'elles correspondent à l'état de civilisation auquel nous sommes arrivés, bien que comme tout autre il soit artificiel ou légal).

Evolution de la famille romaine dans le sens d'une reconnaissance progressive des droits de l'individu.

Dans le Droit Romain, l'évolution a pour raison d'être une transformation qu'il est facile de suivre: le droit a commencé par être quelque chose de politique pour perdre de plus en plus ce caractère. La famille a été d'abord une unité politique, sociale et même religieuse, comme la Gens l'était elle-même. Puis, la famille est devenue une unité qui est de plus en plus une unité civile; l'individu prend de l'importance au point de vue social, et les droits individuels remplacent les droits collectifs de la famille. On suivra cette évolution dans le D. Romain en prenant successivement les êtres qui se trouvent dans la domus.

Section I

LE PATERFAMILIAS.

§ Ier - Caractères et noms de la puissance du P.F.

Il faut considérer la situation du P.F. à deux points de vue:

1°- du point de vue externe, c'est-à-dire dans les rapports qu'il peut avoir avec les autres chefs de famille; nous négligerons ici ce point de vue, car il concerne tout le Droit même dans ses applications ordinaires et pratiques qu'on développera.

II°- Du point de vue interne, on peut dire qu'il est en dehors du droit. ce qui n'empêche qu'il existe des coutumes familiales.

Le caractère absolu et viager de la puissance du P.F. à l'origine.

A l'origine du droit Romain, au temps des XII Tables , il n'est pas douteux que le père de famille a tous les pouvoirs. (A l'extérieur, il doit respecter le droit d'autrui). Sa puissance est absolue (1) Elle durait autant que lui. Conséquence: il n'y avait pas de majorité, comme aujourd'hui, pour les enfants alieni juris , sous la puissance du chef. La

(1)Il en était de même sur les enfants, chez les Galates dit Gaius 1,55.

Source : BIU Cujas

minorité et la majorité romaines existent seulement pour les personnes qui juris.

Pourquoi cette puissance du chef est-elle absolue et viagère ?

Parce que la famille est constituée sur le type patriarcal. Le P.F. est tout puissant ; il est à la fois chef de culte domestique, magistrat et maître, propriétaire. Mommsen a soutenu à cét égard une idée que Girard admet; il a dit: "le pouvoir du P.F. c'est la source du Droit public, du pouvoir public, de la puissance de l'Etat, de l'imperium".- Et l'Etat aurait été constitué à l'origine sur le modèle des pouvoirs du chef de famille. Mais cette notion est inexacte: il y a des analogies incontestables entre les pouvoirs du roi et celui du P.F. mais ellesne doivent pas entraîner à concevoir que les deux puissances soient de nature analogue: l'Etat est une institution qui est bien postérieure à la Gens et à la famille et dont les éléments sont de nature diférente.

Unité de puissance du paterfamilias à l'origine. Différenciation ultérieure de cette puissance: Dominium; dominica potestas; patria potestas; manus, mancipium.

La puissance du chef était vraisemblablement en préhistoire, une puissance unique; autrement dit, elle était la même sur tout ce qui se trouvait dans la Domus, aussi bien sur la femme, les enfants, les petits-enfants, que sur les esclaves, les animaux et les choses. Cette idée est vraisemblable, parce que dans le droit des cavernes, les conceptions devaient être simples. Quoique déjà ces hommes fussent des artistes (on peut le voir par les peintures des cavernes), on peut penser qu'ils étaient plus facilement artistes que philosophes ou juristes.

Mais au temps des XII Tables, la puissance du P.F. était déjà différenciée. La preuve est qu'elle porte des noms différentssuivant l'objet auquel elle s'adresse.

La 1ère puissance, la plus forte, qui s'exerce sur les animaux et sur les choses, c'est le dominium.

La 2ème, celle qui s'exerce sur les esclaves, c'est la dominica potestas ou "la puissance du maître".

La 3ème s'exerce sur les liberi: fils, filles, petits enfants, c'est la patria potestas (patria, pater, il y a déjà une lueur de sentiment dans cette expression).

La 4ème s'exerce sur la femme mariée dans les conditions qu'on retrouvera, c'est la manus, (la main, qui est le signe de la puissance); la femme est traitée comme une fille "loco filiae", "alieni juris" sous la puissance qui s'appelait la manus.

La 5ème s'exerce sur des enfants qui appartiennent en réalité à d'autres familleset qui (pour des raisons que l'on expliquera plus tard) ont été livrés

Source : BIU Cujas

au P.F.; c'est le mancipium; les enfants in mancipio sont quasi esclaves: le mancipium est un état voisin de l'esclavage qui, à l'origine, a dû être aussi dur que lui.

Reste une autre situation, c'est celle qui existe vis-à-vis des affranchis et des clients; c'est le patronat. Dans la société romaine, d'un côté les affranchis, de l'autre, les clients (anciennement), tiennent une grande place. Le P.F. est considéré par ces individus comme un patronus, comme une sorte de père. Le patronat est-il une puissance ? En ce sens J. Lambert, thèse, Paris, 1934.

Si des termes différents et techniques existent pour désigner ces différents états, comme la formation des mots est toujours postérieure à la formation des idées, c'est qu'il y avait déjà eu des différenciations dans la puissance unique de la préhistoire, en fonction du rôle propre ou du caractère propre des êtres de la domus.

Atténuation de la puissance du paterfamilias, du chef, de son morcellement.

Une autre loi sociologique, c'est que, quand une puissance se morcelle, par là-même, elle s'atténue: c'est l'application de la règle: "divide ut imperes" - "diviser pour régner". La puissance originaire et concentrée devait être très forte; cet homme des cavernes était sans doute pour ses esclaves, ses enfants, sa femme, ses animaux, un tyran terrible. La puissance du chef s'est atténuée probablement d'abord par rapport à la femme, puis aux enfants, aux personnes in mancipio (1) et même par rapport aux servi: ceci est un classement chronologique.

Seule, une puissance subsiste entière: c'est le dominium la propriété (et encore la notion de l'abus du droit n'est pas inconnue aux Romains).

Pour les clients et pour les affranchis, il en a été de même.

§ 2 - Tableau des droits du Paterfamilias, à l'époque des XII Tables.

Tableau des pouvoirs du P.F. à l'époque des XII Tables.

1° - Le chef de famille peut composer sa famille comme il veut: toute personne qu'il accepte entre dans la famille; toute personne qu'il n'accepte pas ou qu'il rejette ne fait pas partie de la famille.

1°) Il compose sa famille à son gré. Il

A. Ainsi, le P.F. peut et même doit, accepter la paternité d'un enfant qui vient au monde. Cet enfant ne lui appartient pas de plein droit. (Ce ne sera

---

(1) Pour l'évolution du mancipium, v. l'ouvrage de M. Desserteaux, sur la Capitis deminutio.

Source : BIU Cujas

peut y faire entrer qui il veut, il peut en exclure sa femme et ses enfants; il peut les abandonner.

plus comme cela à l'époque classique et ce n'est pas ainsi actuellement où tout enfant d'une femme mariée est présumé enfant du mari; c'est la présomption "is pater est quem nuptiae demonstrant"). Les primitifs sont moins compliqués; ils disent: le P.F. accepte ou n'accepte pas l'enfant qui vient au monde, quand il a des doutes sur la fidélité de sa femme ou si l'enfant est mal constitué: il est le maître. Pour reconnaître cet enfant, le procédé à Rome est que le père soulève l'enfant et le prend sur ses genoux "suscipere". Ce geste suffit. (En droit primitif, formalisme).

B. Le P.F. peut aussi adopter un enfant; il peut épouser telle jeune fille qu'il lui plaît; il peut faire épouser à son fils telle jeune fille qu'il veut; à sa fille tel homme qu'il veut.

C. Il peut a contrario rejeter qui il veut de sa famille. Le procédé le plus radical, c'est de tuer sa femme, ses enfants, ses petits-enfants; mais il les tue comme juge; il a le droit de vie et de mort, jus vitae necisque sur tous les membres de sa famille (absolument comme les jurés dans la Société actuelle); il peut aussi abandonner un enfant nouveau-né; c'est ce qu'on appelle: l'exposition des nouveau-nés. La plupart du temps, l'enfant meurt, mais quand il ne meurt pas, il est un enfant sans famille, situation très malheureuse à cette époque.

Il a le droit de vendre ses enfants, de les émanciper.

Le P.F. peut aussi rejeter sa femme de la famille en la répudiant soit pour une faute, soit parce qu'elle est stérile. Il peut aussi vendre ses enfants comme il vendrait son esclave ou une chose pour se procurer de l'argent parce qu'il est pauvre, et il est probable qu'il pouvait aussi vendre sa femme. (V. M. Cornil. Nouv. Rev. Hist. de Dr., t. 2I, p. 439 et suiv.

Il peut émanciper ses enfants: l'émancipation a d'abord été une peine: c'est l'expulsion de la famille que le père prononce parce que l'enfant se conduit mal ou a commis des méfaits; mais, plus tard, l'émancipation est plutôt, comme aujourd'hui, une récompense.

Le cas de délit commis par l'enfant; il peut l'abandonner à la victime.

Si l'enfant a commis des délits vis-à-vis d'un autre chef de famille, par exemple il a volé, il a tué un esclave, il a détruit un meuble ou endommagé un animal, dans ce cas le père de famille est autorisé par la loi à livrer cet enfant coupable à la victime; il en serait de même s'il s'agissait d'un esclave, d'un animal ou même de la femme in manu; le père de famille peut livrer le coupable à la victime, c'est ce qu'on appelle faire "un abandon noxal".

2°- Le pater-

2°- Le père de famille a sur ces alieni juris

Source : BIU Cujas

familias a sur les personnes soumises à sa puissance une sorte de droit de propriété sanctionné par des moyens analogues à ceux qui sanctionnent le droit qu'il a sur ses biens.

un pouvoir qui ressemble à la propriété par certains côtés. De même qu'un propriétaire peut détruire la chose qui lui appartient, de même le P.F. a le droit de tuer un individu subordonné qu'il estime coupable. Autre ressemblance avec le droit de propriété: le propriétaire peut réclamer sa chose, la "revendiquer" exercer contre le possesseur de la chose l'action en revendication: la rei vindicatio. Il peut également exercer l'action de vol: actio furti. Il peut, dans certains cas exercer contre le possesseur, non pas des actions, mais des interdits. Si un esclave s'enfuit, si le fils de famille s'enfuit ou bien s'ils sont enlevés par autrui, le P.F. réclamera ses subordonnés par les mêmes actions, par les mêmes interdits ou par des interdits spéciaux (quand il s'agit de personnes libres: l'interdit de homine libero exhibendo).

3° - Le père de famille est un juge, et le seul juge de la famille.

3°- Le P.F. a un pouvoir de juridiction qu'il exerce avec l'aide du conseil des proches.

Pour juger, le P.F. est toujours assisté d'un Conseil. C'est un fait général qu'un individu ne peut juger seul et il en est ainsi partout, sauf en Angleterre, l'idée que les hommes sont extrêmement faillibles et qu'un homme ne peut s'arroger le droit de juger seul est une idée latine. A Rome, il y a un Conseil autour du magistrat, du préteur, du judex unus, de l'empereur; il y a de même un Conseil autour du P.F., "le Conseil des proches", et le père le réunit lorsqu'il se passe dans la famille des choses graves; il est seul maître d'apprécier et il ordonne dans la plénitude de sa responsabilité.

Pourquoi le P.F. juge-t-il ?

Aujourd'hui, le père n'a pas cette puissance judiciaire. Il a le droit de correction, mais avec des limites.

A Rome, le père juge parce que l'Etat ne juge pas, et c'est parce que, à l'origine, il n'y a pas d'Etat; la conception de l'Etat n'existe pas aux origines; il n'y a que les Gentes, les Tribus, les familles, il n'y a pas d'Etat.

Supposons que l'Etat existe, sous la République romaine, par exemple, il y a des magistrats qui organisent la justice. Mais ils ne s'occupent pas des affaires de famille; ils ne s'immiscent en aucune façon à l'intérieur de la famille: la Domus est un cercle fermé, (conception que l'on trouve encore aujourd'hui chez les Arabes du Sud du Maroc) et le seuil de la domus est inviolable.

4°) Le P.F. est seul maître de la for-

4° - Le père de famille est le seul maître de la fortune familiale. (Cette conception ne se retrouve plus aujourd'hui). Il peut donc donner, vendre,

Source : BIU Cujas

tune familiale. Il peut en disposer entre vifs ou par testament.

aliéner à sa guise les biens familiaux; il peut le faire de son vivant, par des modes de transmission entre vifs; il peut le faire en vue de sa mort, par son testament.

Y a-t-il des limites à ses pouvoirs aux temps primitifs ?

Dès la Loi des XII Tables, on voit le droit absolu du père de famille limité à trois égards:

Limitation des pouvoirs du paterfamilias à l'époque des XII Tables: s'il est prodigue, fou, ou vend 3 fois son fils.

1°) S'il devient prodigue, il peut être mis en interdiction;

2°) S'il devient furiosus (fou), il peut recevoir un curateur;

3°) S'il vend son fils trois fois, ce fils est libéré de la puissance paternelle, il devient indépendant: sui juris: "Si pater filium ter venum - duuit, a patre filius liber esto" - "Si le père a vendu trois fois son fils, que le fils soit libéré de son père" (On verra comment les pontifes ont fait usage de cette règle).

§ 3 - Diminution des Pouvoirs du P.F.

Affirmation des restrictions aux pouvoirs du P.F. sous l'influence de la philosophie et du christianisme.

Le progrès de la civilisation romaine devait développer les restrictions de la puissance paternelle soit sous l'influence des doctrines philosophiques (fin de la République et Haut-Empire), soit sous l'influence du christianisme.

Il faut, en effet, remarquer ceci: le principe fondamental de la famille romaine, sous la dépendance complète du père de famille et constituant un cercle fermé, n'a pas toujours duré. Ce régime changea le cercle fut brisé et une personnalité variable fut reconnue aux êtres subordonnés. Mais l'individualité ne peut être exercée que si elle est protégée par quelqu'un, autrement elle n'est que théorique. Les subordonnés eurent leur personnalité reconnue le jour où ils furent protégés par l'Etat; et où, par conséquent, la puissance du P.F. se heurta à la puissance même de l'Etat qui ne faisait qu'augmenter.

La puissance paternelle changea alors de caractère au commencement du Haut-Empire, ce ne fut plus une puissance à proprement parler, c'est-à-dire une autorité absolue, mais une puissance mitigée, par l'introduction d'une idée nouvelle: celle que le père ne peut exercer sa puissance que sous réserve de l'affection qu'il doit à ses subordonnés, et cette affection doit conduire à des conséquences juridiques - Cette idée n'a fait que se développer et aujourd'hui l'autorité paternelle, encore reconnue par le droit civil, est peu de chose: c'est l'affection qui domine.

L'idée de puissance se mitige par celle d'affection.

Cette affection se manifeste tout naturelle-

Source : BIU Cujas

Conséquences juridiques de cette idée nouvelle: l'officium pietatis.

ment dans le fait que le père a des devoirs: Officium pietatis, idée qui est née de l'influence philosophique et qui sera développée davantage encore par le christianisme. De là découlent des conséquences:

1° - Restriction au droit de vie et de mort du père. Droit des subordonnés de se plaindre au magistrat.

1° - En ce qui concerne la personne physique des subordonnés: Le père ne peut plus mettre à mort ses subordonnés, l'Etat, seul, a le droit de punir: il ne peut qu'infliger des corrections légères à ses subordonnés. Si ceux-ci subissent des mauvais traitements, ils peuvent se plaindre au censeur qui infligera au père la Nota Censoria; ou intenter une action en justice qui se déroule sous des formes particulières: la procédure extraordinaire.

Quant à l'abandon noxal, il a subi une évolution de décadence et pour les enfants tout au moins il a disparu; il n'existe plus que pour les esclaves et animaux.

Restriction au droit du père d'empêcher le mariage de ses enfants.

Enfin, le droit d'empêcher le mariage pour le père s'est aussi atténué et les droits du père à cet égard ne sont plus aussi absolus: cela a été fait par la célèbre loi Julia de maritandis ordinibus, en 736 de Rome (18 av. J.C.), sous Auguste.- D'après la même loi, le père est obligé de doter sa fille.

2°- Quant aux biens le P.F. ne peut plus arbitrairement déshériter ses enfants (querela inofficiosi testamenti).

II° - En ce qui concerne le patrimoine.

En principe, le P.F. a toujours le droit de disposer de son patrimoine; mais il ne peut plus déshériter ses enfants complètement; il doit leur laisser la quarte, c'est-à-dire le quart de sa succession, sinon les enfants peuvent attaquer le testament par la "Querela inofficiosi testamenti" - "plainte d'inofficiosité" -, Cette querela a eu son pendant dans la "Querela inofficiosae donationis, et la querela inofficiosae dotis, qui ont complété le système en empêchant le P.F. de faire des donations ou des dots à des étrangers au détriment de ses enfants. Ceux-ci peuvent alors attaquer la donation, la dot faite à un étranger par ce procédé (V. Successions).

Il y a plus - et c'est le droit le plus important: les enfants ont à partir de la fin de la République, et surtout sous l'Empire, des droits propres sur les biens qui sont acquis par eux-mêmes. (V. plus bas , Section III).

Source : BIU Cujas

Section II

La Mater Familias.

Il faut distinguer deux régimes complètement distincts pour la femme mariée.

1°- Mariée cum manu, la femme est par rapport à son mari, loco filiae et par rapport à ses enfants, loco sororis.

Dans le régime primitif, il n'existe qu'un seul mariage : le mariage avec manus qui place la femme sous la manus, sous la domination de son mari.

La femme qui, avant de se marier, pouvait être sui juris, tombe sous la manus de son mari ; elle devient alieni juris ; elle devient "comme une fille "loco filiae". Ce fut là le seul mariage jusqu'au VI° siècle ; après quoi, on inventa le mariage sans manus, qui est le mariage moderne, mais avec une différence énorme : aujourd'hui, le mari a la puissance maritale, à Rome, pas de puissance maritale dans le mariage sans manus : dans ce mariage nouveau, la femme reste dans sa famille d'origine : elle reste la fille de son père et, si elle est sui juris, elle reste sui juris indépendante. D'où cette conséquence : la femme n'est pas parente de ses enfants. C'est là une conséquence illogique qui nous surprend. Elle reste dans sa famille paternelle et les enfants, eux, restent dans la famille de leur père. Ce régime changea par la suite.

2°- Mariée sine manu, elle reste dans sa famille, étrangère à ses propres enfants.

Droits et devoirs reconnus à la mère au Haut-Empire, au point de vue héréditaire, alimentaire et de la dot.

Tout d'abord, la femme acquit des droits vis-à-vis de ses enfants sous le Haut-Empire. Elle a le droit de garde, le droit de correction, le droit de succession depuis le senatus-consulte Tertullien, le droit à l'obligation alimentaire et même un certain droit de consentement au mariage. En même temps, elle a des devoirs ; ils résultent de ce qu'on appelle le lien d'alliance qu'elle contracte avec son mari et avec les parents de son mari. Le mari lui-même, d'ailleurs, a des devoirs fondés sur l'alliance vis-à-vis des parents de sa femme. C'est ainsi que l'obligation alimentaire existe de la femme aux parents de son mari et du mari aux parents de la femme.

L'obligation de doter ses enfants est une influence chrétienne. Le texte fondamental est celui de Dioclétien et Maximien (293) (Code de Justinien 5,12,14) dit : la mère n'est pas obligée de donner une dot à sa fille, si ce n'est "pour un motif important et probable et pour une cause spécialement prévue par la loi (cette phrase à nisi est interpolée).

On ne parlera pas de la situation sociale de la

Source : BIU Cujas

mère,"l'uxor" ; cela rentre dans les moeurs et ce n'est pas du Droit.

Section III

Les Alieni Juris.

§ I - Condition primitive et évolution.

Liberi et servi.

On étudiera ensemble les liberi et les servi parce que leur situation a beaucoup de rapports, mais commençons par poser les différences entre eux :

Différences entre eux : 1°- Au point de vue de la liberté.

1°- Les Liberi - leur nom l'indique - sont libres. Par conséquent, ils ont une personnalité ; mais cette personnalité se trouve comprimée tant qu'existe le P.F. ; elle se trouve absorbée par cette puissance tant qu'elle dure.

a) Les liberi ont une personnalité, mais comprimée par celle du père.

b) Les servi n'ont pas de personnalité ; ce sont des choses douées de raison.

Les servi, auxquels il faut assimiler pendant longtemps les personnes in mancipio, ne sont pas libres, et par conséquent, n'ont pas de personnalité. On dit très souvent que les Servi sont des choses ; ce n'est pas tout-à-fait vrai ; on trouvera une meilleure formule en disant que les "servi sont des choses animées douées de raison : d'où des conséquences, plus loin.

2°- Les liberi à la différence des servi se rattachent à la gens; différence quant au nom.

2°- Les Liberi font partie de la gens, et de la famille, et ils y sont rattachés par leur nom ; tandis que les Servi ne sont pas rattachés à la famille et leur nom n'est pas formé de la même manière que pour les liberi. Au début, on ajoutait au nom du maître "puer" (arch : por) et on disait, par exemple, Marci-por. Puis, comme la plupart des esclaves étaient étrangers, on leur laissa leur nom étranger, par exemple: Hermodorus Marci Tullii Servus. On ne leur adaptait pas un nom romain.

3°- Les liberi ont le jus conubii, les servi ne peuvent contracter qu'un contubernium engendrant la cognatio serilis.

3° - Les Liberi, étant des personnes libres, ont le droit de contracter l'union légale, le jus conubii, et ils ont des enfants légitimes; tandis que les servi ne peuvent pas contracter d'union légale, mais seulement une union de fait qu'on appelle le "contubernium" qui ne crée pas de parenté.

Pour bien comprendre comment la personnalité des alieni juris s'est développée pour les liberi, ou créée pour les servi, il faut voir quelles sont les conséquences du régime.

Ils ne peuvent faire d'actes juridiques pour eux-mêmes, et, s'ils en font, ces actes sont nuls. Ils ne

Source : BIU Cujas

Les liberi et les servi ne peuvent originairement acquérir de droits. Cet état de droit change au Haut-Empire.

peuvent être sujets de droits, ils ne peuvent jouir d'aucun droit légal, mais pas pour la même raison: les liberi, parce qu'ils sont comprimés par leur père de famille, et qu'ils ont seulement une personnalité en puissance; les servi, parce qu'ils n'ont aucune personnalité.

Quels sont les changements qui sont survenus à cet état de choses ?

1° - Droit de puissance.

1° - Le fils de famille acquiert une certaine puissance sur sa femme.

Le fils de famille, qui se mariait, n'acquérait pas la manus sur sa femme, pas plus que la patria potestas sur ses enfants, c'était le P.F. qui les acquérait: manus sur la femme, patria potestas sur les enfants.

Cependant, dès l'époque classique, on a reconnu que le filius familias pouvait avoir une certaine manus sur sa femme. D'ailleurs, cette manus était restreinte à cette époque; elle est en quelque sorte théorique.

Parenté entre servi.

On reconnut une certaine parenté pour les servi, la Cognatio servilis "parenté servile" qui produisit des effets quant à l'empêchement au mariage. Cette parenté devint légale après l'affranchissement. Elle fonda également un droit de succession soit entre enfants, soit entre parents et enfants.

II° - Le patrimoine.

On doit l'envisager sous deux aspects.

L'aspect actif: les Droits;

L'aspect passif: les Obligations.

Le patrimoine est toujours et nécessairement un ensemble de droits et de charges ou obligations.

2° - Les alieni juris acquièrent pour le compte du P.F. soit par les actes qu'ils accomplissent, soit quand ils recueillent une succession ou un legs.

Les Droits - En principe, les alieni juris n'acquièrent rien pour eux-mêmes. Ils peuvent acquérir, mais c'est pour leur Père et Chef. Cela prouve que même les servi ne sont pas comparables aux animaux.

Il faut introduire ici un élément nouveau pour eux : l'intelligence.

L'alieni juris acquiert pour le P.F. quand il se porte acquéreur ou créancier ; il peut le faire de lui-même ou sur l'invitation du P.F. et celui-ci a le bénéfice de l'acquisition ou de la créance ; à cause de cela, les alieni juris sont des instruments d'acquisition, des intermédiaires que l'on rencontre surtout dans le commerce,(Gaius, 2,86).

Les alieni juris peuvent faire également acquérir des droits à leur Père et Chef quand ils sont institués héritiers ou inscrits légataires. Mais ce n'est pas eux qui acquerront la succession ou qui bénéficieront du legs : c'est le P.F. (Gaius, 2,87) et tous ces biens que recueillent les alieni juris ne restent pas entre leurs mains.

Voyons comment plus tard des éléments sociaux

Source : BIU Cujas

ont influencé ce droit et les Romains ont changé leur point de vue sous l'empire des nécessités. Le vieux droit a changé en ce qui concerne les liberi et les servi, mais avec des distinctions.

§ 2 - Le Pécule profectice.

Evolution du sens du mot peculium.

Le mot "peculium" (étymologie : pecus, comme pecunia) désigne en Droit Romain au point de départ un troupeau qui appartient au pater et qui est mis dans les mains d'un alieni juris pour le faire fructifier. Le mot peculium a changé de sens, il s'est étendu à tout bien confié par le chef "parti du chef" d'où l'adjectif profecticium, puis encore à des biens acquis par les fils de famille en dehors du P.F. (Voir § 3).

1°- Le pécule profectice concédé par le père à l'esclave ou à l'enfant est la propriété du père ; l'enfant, l'esclave n'en a que la détention : c'est le père qui acquiert en droit les revenus du pécule.

Le pécule profectice existe aussi bien pour les esclaves que pour les enfants de famille. Il comprenait donc tous les biens que le P.F. a confiés d'une façon générale aux alieni juris pour qu'ils les fassent valoir. Mais ceux-ci n'ont sur ces biens que la détention (possession restreinte). Ils en ont la jouissance de fait, et non pas celle de droit, en ce sens que si le pécule comprend des biens frugifères, l'enfant recueillera les fruits, récoltera la moisson, mais en droit, ces biens appartiennent au P.F.

Ce pécule est extrêmement important en Droit Romain (la théorie en sera faite à la IIème Partie) : si le P.F. est riche, il ne peut pas administrer tous ses biens lui-même : s'il est commerçant, il ne peut pas diriger seul ses comptoirs qui sont souvent très éloignés, ou commander tous ses navires et il aura mis à leur tête des enfants ou des esclaves qui travailleront pour lui.

Ce que peut contenir un pécule.

En particulier, le pécule confié à un esclave peut comprendre non seulement des biens immobiliers, mais encore les esclaves mêmes qui travaillent sur ces biens ; par exemple, un esclave est mis à la tête d'une villa qui comporte une exploitation agricole : l'esclave qui la dirige s'appelle servus ordinarius, et ceux qui sont sous sa dépendance s'appellent les servi vicarii.

Ce pécule, qui est confié à des enfants ou des esclaves, soulève d'autres questions importantes en ce qui regarde le côté passif de la condition des alieni juris (Jusqu'ici on n'a vu que le point de vue actif). On les retrouvera au § 6 .

Source : BIU Cujas

§ 3 - Les pécules des filii.

Le mot "peculium" désigne aussi, a-t-on dit, des acquisitions qui sont faites par les fils de famille en dehors du père.

1°- Le peculium castrense, biens acquis par le fils pendant son service militaire. Il peut en disposer librement entre vifs ou par testament.

1°- Le "peculium castrense", le pécule des camps comme l'indique son nom, est réservé aux soldats ; il a été établi par César ou Auguste qui, pour se procurer des soldats, avaient créé de nombreux privilèges et parmi ces privilèges se trouve celui-ci : le fils qui avait touché de l'argent ou acquis des biens à la guerre, soit par sa solde, soit en recevant une part du butin, pouvait garder ce pécule pour lui ; il était à cet égard "comme un paterfamilias". Depuis Hadrien, il lui fut permis de tester sur ce pécule ; s'il n'a pas testé, le père le recueille, jure peculii, c'est-à-dire sans être obligé de payer toutes les dettes de l'enfant. Justinien a établi une succession ab intestat au pécule comprenant les descendants de l'enfant, ses frères et soeurs et ses ascendants qui recueillaient jure communi, c'est-à-dire jure hereditario, avec obligations aux dettes.

C'est une loi d'évolution des sociétés et des institutions juridiques que, lorsqu'une réforme s'est établie dans un domaine, qu'une institution est née sur un terrain, elle a des tendances à se répandre ; c'est le phénomène qu'on appelle "la pénétration" ou la contamination : c'est l'expansion de l'institution.

2°- Le pécule quasi castrense.

2°- A côté du pécule castrense, il y eut le pécule quasi castrense, qui fut laissé aux fonctionnaires et au clergé. C'est Constantin en 321 qui déclara que les fils de famille, fonctionnaires ou clercs, qui touchaient à cause de leurs fonctions des indemnités, des traitements, des prébendes, pourraient garder leur pécule pour eux-mêmes. Justinien leur permit d'en disposer par testament.

§ 4 - Les biens adventices des liberi.

Les bona adventicia provenant de la succession de la mère et des ascendants maternels

Le Bas-Empire reconnut l'existence de toute une catégorie de biens attribués aux enfants, fils ou filles : c'est ce qu'on appela les bona adventicia, qu'il ne faut pas appeler, comme certains "pécule adventice".

Les bona adventicia furent d'abord les biens qui échoient par hérédité ab intestat aux enfants en puissance ; primitivement, la mère n'était pas parente de

Source : BIU Cujas

ses enfants ; puis la mère a pu hériter de ses enfants d'après le Senatus-Consulte Tertullien ; postérieurement, les enfants, en vertu du Senatus-consulte Orfitien, de 178, ont pu hériter de leur mère.

Les biens dont ces enfants héritent de leur mère, constituent les bona adventicia (quae a matre adveniunt.) Ces biens appartiennent au père, si bien que les biens maternels, par l'intermédiaire des enfants, vont à la famille paternelle ; le père peut en disposer comme il veut ; et s'il se remarie, il laissera ces biens à la fois aux enfants du premier lit et aux enfants du second lit. Constantin, le premier empereur chrétien, déclara en 319, que ces biens formeraient un patrimoine réservé aux enfants.

Arcadius et Honorius, en 395, ajoutent aux bona adventicia les biens qui proviennent de la ligne maternelle directe ascendante, par exemple, de leur grand père maternel.

Théodose et Valentinien III, en 420, y ajoutent les donations reçues entre époux ou entre fiancés.

A l'époque de Justinien, toutes les acquisitions du fils lui appartiennent, sauf dans trois cas.

Justinien enfin, en 529, déclare que toutes les acquisitions faites par les enfants à un titre quelconque, seront considérées comme des biens adventices, qu'ils soient reçus comme des successions maternelles ou par legs, ou par donation, peu importe (Loi générale d'évolution : le principe n'apparaît qu'après les cas d'espèces).

Dans deux Constitutions du Code (6,60 et 6,61), il pose trois exceptions au principe :

1ère exception. Les acquisitions qui sont faites par l'enfant ex re patris, moyennant une valeur fournie par le père (ces biens constituent le pécule primitif).

2ème exception.- Les acquisitions qui sont faites en considération du père : contemplatione patris.

Donations du P.F. aux enfants en puissance, l'enfant n'en a, en fait, que la possession et la jouissance à la mort du P.F. la donation fait partie de la succession à moins qu'elle n'ait fait l'objet

3ème exception.- Les donations du père à ses enfants. Il faut y insister.

En principe, il ne peut exister aucune espèce de rapports de droit entre le père et ses enfants ; par conséquent, lorsque le père fait une donation à ses enfants, celle-ci ne crée pas un droit de propriété à l'égard des enfants puisque tout ce qu'ils acquièrent appartient à leur père. Donc, pas de changement de propriété. Les biens donnés se trouvent simplement dans la possession de l'enfant, et également dans sa jouissance. Si l'on suppose que le père meurt sans avoir révoqué sa donation, qu'arrive -t-il ? Le bien retombe dans le patrimoine commun et il est partagé avec tous les autres biens entre tous les enfants.

Si le père voulait que l'enfant gardât le bien qu'il lui avait donné, il fallait une disposition

Source : BIU Cujas

d'un praelegatum à l'enfant.

spéciale du testament ; c'est ce que Papinien appelle un "praelegatum", un "legs par préciput", dit-on aujourd'hui, un legs par préférence (Fragments du Vatican, paragraphe 294).

Dioclétien décide que la donation appartiendra à l'enfant si le père meurt sans l'avoir révoquée.

A la fin de l'époque classique, en 286, Dioclétien et Maximien décident, au contraire, que si la donation n'avait pas été révoquée jusqu'à la mort du paterfamilias, le bien appartenait à l'enfant, même sans praelegatum. (Fragments du Vatican, par. 277, 278, 281). Mais le titre de propriété de l'enfant vient, non pas d'une donation entre vifs, mais d'une donation à cause de mort : "donatio mortis causa". Autrement dit, le titre de l'enfant ne commence qu'à la mort du P.F. (Fragm. du Vatican, par. 274).

Justinien distingue : 1°- les donations non insinuées mais non révoquées valent comme donations mortis causa.

Justinien établit des distinctions entre les donations qui sont faites aux enfants :

1°- Si ces donations n'avaient pas été insinuées (c'est-à-dire enregistrées) mais si, d'autre part, elles étaient confirmées par le P.F., les donations valaient à partir du jour du décès, comme donations "mortis causa".

2°- Si elles sont insinuées elles valent comme donations entre vifs.

2°- Si ces donations étaient insinuées, elles valaient comme des donations entre vifs, à partir du jour où l'insinuation avait eu lieu. (Code 5,16, 25).

Les droits des enfants se sont donc perfectionnés et le mouvement a été analogue à celui qui s'est produit dans les donations entre époux qui, primitivement, étaient nulles et qui ont fini par devenir possibles à condition qu'elles soient confirmées par le donateur.

Quelle est la condition des biens adventices en général ?

Les biens adventices ne constituent pas un pécule ; ils sont la nue propriété de l'enfant, le père en a la jouissance légale.

Tout d'abord, il ne faut pas employer à leur égard l'expression "pécule" adventice. Ce n'est pas un pécule, car la condition du pécule est tout-à-fait différente du régime des biens adventices.

L'enfant a la propriété des biens adventices, sa la réserve du droit de jouissance et d'administratio qui appartient au père ; la propriété de l'enfant se trouve réduite à une nue-propriété : c'est le père qui a le droit de jouissance légale. La théorie des biens adventices en Droit Romain est l'origine du droit de jouissance légale du droit français. L'enfant ne peut disposer de ces biens par testament.

L'enfant ne peut disposer par testament et au V° s. ces biens font même l'objet d'une succ-

Au contraire, à partir de l'année 439, l'enfant peut laisser un héritier ab intestat sur ces sortes de biens ; s'il vient à mourir avant son père, les bien adventices seront dévolus à différentes personnes : aux descendants de l'enfant, à ses frères et sœurs à ses ascendants.

Source : BIU Cujas

cession ab intestat spéciale.

Conclusion.- Voilà comment les alieni juris acquièrent pour leur chef et comment les liberi acquièrent pour eux-mêmes. Voyons maintenant le côté passif de leur activité.

§ 5 - Les obligations des alieni juris.

Obligations des alieni juris.

Les alieni juris ont pu de tout temps s'obliger eux-mêmes par leurs délits, mais ils ne pouvaient s'obliger personnellement par leurs contrats, à l'origine.

A l'époque classique, ils ont pu seulement s'obliger par leurs contrats "d'une façon naturelle" : naturaliter. Les esclaves en sont restés là. Le fils de famille a pu s'obliger civilement, aussi bien par ses contrats que par ses délits (sauf exception du S.C. Macédonien).

Les filles elles-mêmes sont arrivées à pouvoir s'obliger par leurs contrats, seulement au Bas-Empire. (Voir les détails en IIème Année : Obligations).

§ 6 - Les obligations incombant au P.F. du chef des alieni juris.

Si le père acquiert par l'intermédiaire de ses personnes en puissance, celles-ci ne peuvent l'obliger par leurs contrats.

Au début, les alieni juris étaient absolument incapables d'obliger leur chef et père par leurs contrats : ils étaient des instruments d'acquisition, mais ils n'étaient pas des instruments d'aliénation ou d'engagement. Ils pouvaient acquérir un bien, ils ne pouvaient pas le vendre ; ils pouvaient faire devenir le P.F. créancier, ils ne pouvaient pas le faire devenir débiteur. Le père ne pouvait devenir débiteur qu'avec son consentement propre, et non point par l'intermédiaire d'autrui. Voilà le principe, dont on verra les changements.

Mais le père de famille à raison des délits de ses personnes en puissance est obligé de payer l'amende ou de faire l'abandon noxal.

Le P.F. a contrario peut être obligé par leurs délits. Le P.F. du Droit Romain est tenu par les actions dites noxales lorsque l'alieni juris a commis un délit ou bien de réparer ces délits, de payer l'amende équivalente, ou bien de faire abandon noxal de l'individu coupable. L'abandon noxal c'est la livraison à la victime de l'être coupable afin que la victime exerce sans obstacle sa vengeance sur le coupable. Cet abandon noxal fera, des enfants de famille, des personnes in mancipio : c'est là dit-on la source principale du mancipium.

Du côté des délits, il s'est produit toute une évolution qui a restreint de plus en plus l'obligation du P.F. La noxalité était une théorie très ancienne, archaïque, préhistorique et qui a été en s'atténuant

"Les Cours de Droit" 3, PLACE DE LA SORBONNE, 3 U Répétitions Écrites et Orales Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

Atténuation de la théorie de la noxalité ; l'abandon noxal ne s'applique plus au Bas-Empire qu'aux esclaves.

pour des considérations d'humanité et de morale. On a introduit ici des idées de décence et finalement il n'y a plus que les esclaves et les animaux qui soient susceptibles d'être livrées noxalement (Voir détails en IIème année : Obligations).

A l'égard des contrats, le principe a changé également mais en sens inverse : l'obligation contractuelle gagne par étapes. Au départ, le P.F. ne peut pas être tenu par les contrats qui sont passés par ses subordonnés. Les obligations qu'ils contractent n'ont pas d'effets à l'égard du P.F. et si le tiers créancier veut poursuivre le P.F. du chef de l'alieni juris, le préteur lui refusera une action, pour cette raison que le droit civil ne donnait pas de moyens de droit dans ce cas-là. Cependant, les préteurs n'ont pas toujours conservé la même doctrine, et comme ils avaient des vues de justice et d'équité, ils ont déclaré que cette situation était inéquitable. Dès lors, ils ont donné la possibilité aux tiers créanciers de se faire payer par le P.F. qui bénéficiait des créances et qui pouvait refuser de payer les dettes.

En droit civil, le tiers qui a traité avec les personnes en puissance n'a pas d'action contre le père, mais le préteur lui a donné des actions permettant de faire condamner le père (actions adjecticiae qualitatis) soit pour toute la dette soit pour une partie de celle-ci.

Le préteur a donc donné aux tiers des actions contre le P.F., du chef des alieni juris, actions dont les formules ont dû subir des modifications appropriées ; elles constituent ce qu'on appelle les actions adjecticiae qualitatis "formules avec qualité adjointe", rentrant dans les actions à transposition. (V. Procédure).

Les réformes du préteur ont deux conséquences. (Inst. Just. 4,7).

1°- Ou bien le chef, le pater se trouve obligé "in solidum" pour l'intégralité de la dette lorsqu'il a donné son autorisation à l'acte soit d'une façon expresse (action quod jussu ; jussus veut dire "ordre"), soit d'une façon tacite (action exercitoria nom tiré de la qualité du père armateur, exercitor, pour le commerce maritime ; le subordonné, capitaine du navire, est le magister navis ; action institoria nom tiré de la qualité, du subordonné institor préposé à un comptoir - taberna - pour le commerce terrestre.) C'est le premier groupe des actions adjecticiae qualitatis.

2°- Ou bien le père n'a pas donné son consentement, et, dans ce cas, il n'est obligé que d'une façon limitée. La limite de sa responsabilité, c'est le montant du pécule, ou bien l'enrichissement du père. (Action de peculio et de in rem verso, mot à mot pour ce qui a tourné au profit du père). Une dernière action est l'action tributoria donnée contre le père qui, devant répartir (tribuere) entre les créanciers l'actif d'un subordonné commerçant en mauvaises

Source : BIU Cujas

affaires, est poursuivi par l'un d'eux qui prétend n'avoir pas reçu sa part d'actif.

§ 7 - Capacité des filii d'ester en justice.

Le fils peut ester en justice pour son père exceptionnellement.

Les esclaves et les filiae familias ne peuvent ester en justice. En droit classique, les filii le peuvent, soit au nom de leur père, soit en leur propre nom, dans l'action d'injuria et dans quelques actions in factum. (Dig.) 44,7,13) (1)

§ 8 - Les procès de Liberté (2)

La causa liberalis.

Les procès touchant la liberté d'un individu (causa liberalis) sont de deux sortes : ou la réclamation par celui-ci de sa liberté (vindicatio in libertatem) s'il est traité par autrui comme esclave, ou la réclamation par un maître d'un homme passant pour libre (vindicatio in servitutem)

1°- Vindicatio in libertatem.

Ier cas.- La vindicatio in libertatem se déroula, sous les Actions de la Loi, par le sacramentum (V. Procédure). Ses règles spéciales s'expliquent en partie par le principe que les Romains sont très favorables à la liberté :

Règles spéciales favorables à la liberté.

1°- le prétendu esclave ne peut faire le procès lui-même ; c'est un tiers, l'adsertor libertatis (m. à m. "l'affirmateur de liberté") qui le conduit ;

2°- la summa sacramenti, amende risquée par les deux parties, est uniformément de 50 as ;

3°- Pendant le procès, le prétendu esclave est libre : les vindiciae (possession intérimaire) sont secundum libertatem (en faveur de la liberté) ;

4°- par dérogation à la règle Bis de eadem re ne sit actio, le procès perdu peut être recommencé à l'infini, mais chaque fois par un nouvel adsertor ; cela a été démontré par M. Nicolau.

La cause a été jugée d'abord par des récupérateurs, puis, sous l'Empire, extra ordinem, par les consuls et les gouverneurs de provinces, puis par le préteur fidéicommissaire et le préteur de liberalibus causis.

Justinien a supprimé la nécessité de l'adsertor

2°- Vindicatio in servitutem.

2ème cas.- La vindicatio in servitutem se déroulant par le sacramentum, a été jugée d'abord par les decemviri stlitibus judicandis, puis par les centumvirs, enfin, dès le IIIème siècle (ap. J.C.) par les juges normaux des procès extra ordinem : ce procès est souvent alors un praejudicium de libertate "ques-

---

(1) Girard, p. 156, n° 5

(2) V. L'excellente thèse de M. Nicolau, La Causa Liberalis, Paris, 1933.

Source : BIU Cujas

tion d'état" préalable à un procès sur le fond.

Chapitre II

FORMATION DE LA FAMILLE (Domus)

Voyons comment se forme une famille, une domus.

Section I

La femme et le Mariage (1)

La femme entre dans la maison du mari par le mariage.

La femme entre dans la maison de son mari par son mariage. Avant le mariage, il y avait les sponsalia - les fiançailles, qui donnaient lieu à certaines cérémonies religieuses et qui semblent également avoir donné lieu à des rapports de droit civil. Leur importance grandit encore avec le droit chrétien. (V. Girard p. 163-164).

Définition du mariage rapportée par Modestin et remontant sans doute au mariage par confarreatio.

La définition classique du mariage se trouve au Digeste (23,2,1). Elle est du jurisconsulte du III° siècle, Modestin : "Nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani Juris communicatio. Le mariage, c'est l'union de l'homme et de la femme. C'est une société qui doit durer toute la vie ; une mise en commun du droit humain et du droit divin". (de toutes les choses divines et de toutes les choses humaines, dit un texte).

Cette définition paraît à M. Collinet très ancienne et probablement elle a été imaginée pour le mariage par confarreatio, puisqu'il y est question du droit divin et du droit humain, et que la confarreatio était un mariage religieux (V. plus bas).

Au Digeste de Justinien, elle se rapporte au mariage chrétien, qui nécessite la présence d'un prêtre.

Le mariage romain a d'abord été formaliste, et il faisait tomber la femme sous la Manus du mari.

Ensuite, il n'a plus été formaliste, et la femme n'est plus tombée sous la manus du mari.

---

(1) V. Paul Gide, La condition privée de la femme ; Esmein, Mélanges d'Hist. du droit.

Source : BIU Cujas

§ I - Le mariage cum manu.

Le mariage, d'abord, était formaliste. Tous les actes primitifs juridiques des Romains sont formalistes.

Le formalisme domine le droit primitif romain comme le droit germanique primitif et le droit français du XIIIème siècle.

Le formalisme en général.

Sur le formalisme, ses origines, sa portée, son intérêt, ses avantages, ses désavantages, on ne dira qu'un mot :

On s'imagine souvent que le formalisme (qui est incontestablement gênant) est une gêne inutile : c'est une erreur ; il a un avantage énorme : la forme précise l'intention des parties, et lorsque la forme est accomplie, l'acte est réputé solide, ferme, définitif et, par conséquent, inattaquable ; tandis qu'avec les procédés modernes, non formalistes on ne sait que très difficilement si l'on est encore dans la phase des pourparlers (précontractuelle) ou si l'on se trouve à la phase définitive de l'acte.

Bien que le formalisme, malgré ses inconvénients, présente des avantages, il a été mis de côté, en général, par les sociétés civilisées ; cependant, il est exigé exceptionnellement et même on le voit renaître dans les temps modernes.

Tous les actes juridiques primitifs des Romains étaient formalistes parce que, a-t-on dit, la forme est la façon pour la Cité de donner son sceau aux actes. (M. Collinet pense que peut-être le formalisme est plutôt la manifestation de la puissance de la Gens).

Caractère formaliste du mariage. Ses deux modes : Confarreatio et coemptio.

Le mariage romain a deux formes très connues : la confarreatio et la coemptio.

Des doutes règnent pour savoir quelle est la plus ancienne des deux formes ; la plupart des auteurs croient que c'est la confarreatio (M. Piganiol est d'un avis contraire).

1°- La confarreatio, mariage religieux.

1°- La confarreatio est un mariage religieux qui exige, dit Gaius, des paroles que l'on prononce, (G. 1,112 ne dit pas lesquelles) - en présence de 10 témoins. C'est le nombre maximum des témoins chez les Romains. Un sacrifice est fait à Jupiter, avec un pain de farine d'épeautre (farine spéciale qui rappelle les temps primitifs où les Romains ne connaissaient pas le froment). (On sait que, dans les rites, on emploie souvent des objets archaïques, comme souvenir des temps les plus primitifs). Ce pain s'appelle farreus panis, d'où le nom de confarreatio. Ce pain était offert aux dieux, et probablement partagé entre

Source : BIU Cujas

les époux en signe d'alliance.

On sait peu de chose de la confarreatio. On a supposé que ce n'était pas les Romains qui l'avaient inventée, qu'elle avait été empruntée à quelque peuple voisin, probablement les Etrusques. On pense que ce mariage était celui des patriciens (mais non pas M. Piganiol)

2.La coemptio, mariage plébéien, au moyen de la mancipatio.

2°- La deuxième forme de mariage est la coemptio. On croit que c'était la forme du mariage plébéien.

On apprend par Gaius, que la coemptio est un achat (emere veut dire : acheter). Cet achat est l'application au mariage spécialement d'un acte d'achat beaucoup plus général qui s'appelle la mancipatio.

La mancipatio sert à faire acquérir à une personne toutes sortes de puissances : la propriété, la dominica potestas, la patria potestas, le mancipium et, ici, la manus. Comme elle, la coemptio est un acte per aes et libram, qui exige l'airain et la balance, la présence de 5 témoins citoyens romains pubères et d'un libripens (porteur de balance,Gaius, 1,113). On prononce des paroles qui sont autres que celles de la mancipation.(Gaius 1,123). Gaius ne nous dit pas si cette vente est réelle ou fictive ; elle est certainement fictive sous la République ; elle a peut-être été réelle au début. Il y a , en effet, des peuples chez qui la femme est achetée : c'est le mari qui apporte la dot et il paie une somme au père de la femme. Chez les Romains, nous ne trouvons pas ce régime. La coemptio exige un prix de vente, mais il est certainement fictif, probablement d'un sesterce (nummo uno)

3°- L'usus : acquisition de la manus par la cohabitation pendant un an.

3°- Un troisième procédé d'acquisition de la manus qui n'est pas une forme de mariage est très curieuse. Gaius (1,119) le signale comme ayant disparu à son époque, c'est l'usus, l'usage. L'homme qui s'est servi de sa femme pendant un an et un jour acquiert la "manus" sur sa femme. Si la femme ne veut pas tomber sous la manus de son mari, il lui suffit, d'après les XII Tables, de quitter le domicile pendant trois nuits; c'est ce qu'on appelle "l'usurpatio trinoctii" - ce qui veut dire "interruption de prescription". Ainsi, l'usus appliqué au mariage, c'est le même procédé que celui qui s'applique à l'acquisition des choses par l'usage.

Pourquoi les Romains ont-ils appliqué ce procédé au mariage ?

C'est un point qui n'a pas reçu d'explications encore très nettes. On a parlé de mariage à l'essai ou entre concubins.

M. Collinet croit que cet usus n'existait pas

Source : BIU Cujas

L'usus est un moyen de régulariser un vice de forme d'un mariage contracté par confarreatio ou par coemptio.

entre concubins ; les moeurs, à l'origine, étaient beaucoup plus pures qu'elles ne l'ont été plus tard, et que l'usus a pour objet, pour résultat et pour but, de réparer un vice qui se serait produit dans la solennité de la confarreatio ou de la coemptio - comme l'usus, en matière de propriété, répare un vice dans la transmission de cette propriété. Par conséquent, si les époux ont cru qu'ils étaient mariés, alors qu'ils ne l'étaient pas en réalité et si d'autre part, ils sont restés ensemble pendant un an, ils sont mariés tout comme si le mariage n'était pas entaché d'erreur.

Situation de la femme in manu : elle sort complètement de sa famille pour entrer dans celle de son mari où elle est loco filiae.

La manus a pour effet de faire sortir la femme de sa famille d'origine et de la faire entrer dans la famille du mari - loco filiae si elle est l'épouse du P.F. - loco neptis, si elle est sa bru. La femme ainsi mariée rompt tous les liens de droit avec sa famille d'origine et, en particulier, les liens de sacrifice qui étaient les liens fondamentaux à l'origine.

La femme garde son nom gentilice (ce qui prouve qu'elle ne rompt pas absolument avec sa famille) et elle prend le nom de son mari au génitif. Peut-être primitivement, prenait-elle complètement le nom de son mari ; et on cite à ce propos ces mots que doit dire la femme romaine qui se marie "Là où tu es Gaius, je suis Gaia..." Cela marque la communauté entre les époux; mais cela veut-il dire que la femme prend complètement le nom de son mari ? elle ne prendrait, ici que son praenomen, puisque Gaius est un prénom. A quel moment de la cérémonie la femme prononçait-elle cela ? Nous ne le savons pas.

Disparition successive des différents modes de constitution de la manus.

Les sources de la manus disparurent par étapes : l'usus avait disparu avant Gaius. La Confarreatio tombe en désuétude après Gaius ; elle ne se pratiquait plus que dans les familles patriciennes qui voulaient avoir des enfants susceptibles d'être Flamines de Jupiter, de Mars ou de Quirinus ou rex sacrorum (Gaius 1,112).

Quant à la coemptio matrimonii causa, elle dura jusqu'au IIIème siècle, mais elle n'avait plus d'importance que sous forme fiduciaire (V. Tutelle). C'est que, en effet, le mariage formel avait subi la concurrence du mariage sans forme.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Le mariage sine manu.

Apparition au VI° s. du mariage sans formes.

On ne connaît pas non plus l'origine du mariage "sans formes" : on le voit apparaître au VIème siècle, sans qu'on sache d'où il vient. Ce mariage s'établit uniquement par l'échange de volontés, il fait partie des actes qu'on appelle en droit les actes consensuels, c'est-à-dire sans formes, "solo consensu", par le seul consentement (1) "nuptias enim non concubitus, sed consensus facit". Pendant longtemps toutefois il fallait l'établissement de la vie commune. Elle se faisait par l'introduction de la femme dans la maison du mari : la deductio in domum mariti (2). Le mari était dans l'obligation de faire entrer sa femme dans sa maison en lui faisant sauter le seuil, après l'arrivée du cortège nuptial, avec des joueurs de flûte. (Cela aussi bien dans le mariage cum manu). Les voiles, les anneaux du mariage chrétien existaient aussi.

La deductio in domum mariti.

Lorsque le mariage sans formes fut admis, il était difficile, en théorie, de le distinguer du concubinat, car la vie en commun de deux personnes qui ne sont pas mariées s'établit également par l'échange des consentements et par la cohabitation : comment distinguer les justae nuptiae ?

Criterium des justae nuptiae et du concubinat - existence de sponsalia et d'un instrumentum dotale.

C'est d'abord par les fiançailles et plus tard par la bénédiction nuptiale et aussi par la dot et la rédaction du contrat de mariage qui s'appelle "instrumentum dotale", "pacta nuptialia". On infère, par contre, le concubinat, si ceux qui vivent ensemble ne sont pas du même rang social.

§ 3 - Conditions de fond du mariage.

1°- Le consentement.- Le mariage romain repose sur le consentement des époux, du paterfamilias si l'époux est un alieni juris et, pour la femme, le consentement de son tuteur si elle est sui juris (les femmes ont été en tutelle perpétuelle jusqu'au Bas-Empire).

Le mariage exige le consentement du paterfamilias.

Si le consentement ne pouvait être donné par le chef pour cause d'absence, de folie, de maladie, on pouvait demander le consentement de la justice, de-

---

(1) V. un article fameux de M. Lefebvre "Le mariage civil est-il un contrat ? - Etude sur le mariage et le divorce à travers l'histoire romaine". Nouvelle Revue Historique, 1918.
(2) Thèse de Madeleine Roge-Brocard, Paris, 1933.)

Source : BIU Cujas

puis la Loi Julia de maritantibus ordinibus, de 736, (18 av. J.C.), sous Auguste.

Pour contracter des justae nuptiae il faut avoir le conubium.

2°- Le conubium.- Le conubium comprend un certain nombre de conditions qui doivent être remplies pour que le mariage soit légal, que les nuptiae soient "justae" : aucun empêchement résultant de la parenté ou de l'alliance ne se dresse entre les époux (nullité absolue ou relative) ; c'est à peu près la même théorie que celle d'aujourd'hui qui vient du droit canonique, et le droit canonique vient du droit romain.

et un certain âge (puberté-nubilité).

3°- L'aptitude aux oeuvres matrimoniales.- Le but du mariage, c'est la procréation des enfants ; par conséquent, il faut que les époux soient aptes à avoir des enfants. Cette aptitude s'appelle chez l'homme la puberté, chez la femme, la nubilité. Aussi un âge minimum est-il requis pour le mariage : il est fixé pour celle-ci à 12 ans, et à 14 ans pour les jeunes gens ; mais c'était un âge théorique et souvent à Rome, les garçons se mariaient seulement à 16 ou 18 ans, alors qu'ils prenaient la robe virile et laissaient la robe prétexte (celle des enfants).

§ 4 - Effets du mariage.

A l'égard des enfants, voir plus bas.

Entre époux, sur leurs devoirs réciproques, leurs obligations et la violation de la fidélité (adultère), v. Esmein, Mélanges d'Hist. du Droit, et Monier)t. I, p. 343-345.

§ 5 - La dot.

La dot fut longtemps en Droit Romain la seule disposition à cause de mariage. Les Romains, à la différence des peuples primitifs, connurent jusqu'au Bas-Empire (influence chrétienne) des dispositions qui sont le contraire de la dot, qu'on appelle parfois la "contre-dot".

La dot est une libéralité faite par la femme ou toute autre personne, au mari, pour subvenir aux charges du mariage. Les autres dispositions à cause de mariage sont, au contraire, faites par le mari à la femme : en D.R., c'est la donation "ante nuptias", devenue sous Justinien la donation "propter nuptias". D'après la Novelle 97 de Justinien, elle doit être égale à la dot (V. le Tome Ier, p. 145, des Etudes de M. Collinet). Cette institution, qui ressemble au douaire de l'Ancienne France, n'existe plus aujourd'hui (V. Monier, t. I., p. 357-359). On insistera sur-

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

tout sur la dot.

Définition et historique de la dot.

La dot, a-t-on dit, est une libéralité faite au mari, pour supporter les charges du mariage, par la femme sui juris ou par un tiers au nom de la femme, par son père, si la femme est alieni juris.

La dot remonte aux origines mêmes de l'histoire de Rome ; elle existait dans le mariage avec manus, comme dans le mariage sans manus. Elle peut être constituée avant ou pendant le mariage (aujourd'hui seulement avant).

La dot est qualifiée de trois façons par les Romains : dot profectice - qui est celle qui part du père ; dot adventice - qui est celle qui est constituée par la femme elle-même ou par un tiers ; enfin, la dot réceptice, pour laquelle le droit de retour au donateur est stipulé.

Sur les caractères de la dot, V. Gérardin, Nouv. Rev. Hist. 1896, p. 5 et suiv. C'est un acte à titre gratuit, mais à titre onéreux à certains égards (Action Paulienne, IIème année).

Al. I - Modes de constitution de la dot.

Différents modes de constitution de la dot.

D'après Ulpien (Règles 6,1): "Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur". Donc trois procédés de constitution de dot : la dation, la dictio, la promesse.

1. Datio : par un acte translatif de propriété.

1°- La Dation est le procédé normal. Elle consiste dans un transfert de propriété qui s'accomplit par les modes normaux : mancipatio, in jure cessio, ou traditio. Rien de particulier à dire : c'est le droit commun. Cependant, la dation est faite "dotis causa", à titre de dot : par conséquent, elle ne devient effective que si le mariage s'ensuit, si nuptias sequantur, condition tacite ; autrement, la dation n'aurait plus de cause.

2. Dictio (contrat verbal).

2°- La Dictio est un procédé spécial (2ème année, contrats verbaux).

3. Promissio par une stipulatio ordinaire.

3°- La Promesse - promissio dotis- est, comme la dation, un acte du droit commun. C'est la promesse par stipulation : "Spondesne ? Spondeo".

Caractère obligatoire de la simple convention de dot au Bas-Empire.

La promesse, qui était formaliste (puisque la stipulation est un contrat formel) est devenue, en droit classique, non formaliste, libre, à partir de Théodose II. Cet empereur a admis que la constitution de dot pouvait se faire par un pacte légitime, c'est-à-dire une convention sans forme. Les origines de cette disposition sont certainement helléniques (M. Collin tome Ier, p. 291 et suiv.)

4. Autres modes de constitution.

L'énumération d'Ulpien n'est pas complète. On peut constituer la dot par d'autres modes : cession de créance, remise de dette.

Source : BIU Cujas

Estimation des biens donnés en dot "Estimation vaut vente".

Quand on constitue une dot qui porte sur des immeubles, des esclaves ou sur des choses certaines en général, on estime la dot, on lui attribue une valeur en argent : cette estimation vaut vente, (principe du droit romain et du droit français). En conséquence, on applique à la dot estimée les principes qu'on applique à la chose vendue. Cela a de l'intérêt pour répondre à la question : la constitution de dot emporte-t-elle garantie ? c'est-à-dire après un transfert de propriété, si le mari est évincé par un tiers, peut-il avoir un recours en garantie contre le constituant ?

La Constitution de dot n'emporte pas ordinairement obligation de garantie.

On répond "oui" en général, et le C.C. français admet le recours (art. 1440)- Mais il semble qu'en Droit Romain ce n'est pas une règle absolue; c'est par exception et par application des principes ordinaires, que la constitution de dot emporte garantie. Ainsi, en cas d'estimation de dot, parce que "estimation vaut vente". De même si le constituant a fait une promesse spéciale pour la garantie (1).

Les pacta nuptialia.

Il faut ajouter ceci:

1°) Toutes les modalités de la constitution de dot sont réglées aujourd'hui dans "le contrat de mariage", dressé par les notaires. Les Romains le connaissaient déjà sous le nom de "pacta nuptialia" "instrumentum dotis". On y indiquait la dot, les conventions de restitution, etc,.., d'abord par acte verbal, puis par acte écrit.

Les paraphernaux.

2°) Il faut savoir que tous les biens de la femme ne sont pas nécessairement des biens dotaux; le sont seuls ceux qui sont compris dans les pactes nuptiaux; les autres s'appellent des "paraphernaux" extra-dotaux et restent la propriété de la femme sui juris.

Le régime matrimonial romain: séparation de biens avec constitution de dot.

Le régime matrimonial romain est donc un régime de séparation de biens avec régime dotal pour les biens qui ont été apportés en dot. Les Romains n'ont pas connu notre régime de communauté.

Al. II - La Restitution de la dot.

La dot a en D.R. une causa perpetua.

Le Droit Romain est parti d'un principe tout à fait différent de celui du droit actuel; comme tous les droits primitifs, le D.R. a posé comme principe que la dot appartenait au mari d'une façon absolue, sans restitution possible; elle lui appartient pour toujours et il peut en faire ce qu'il veut. Cela se traduit par un adage: "Dotis causa perpetua est" (Paul, Dig. 23,3,1). "La cause de la dot est perpétuelle". Ce qui veut dire que la dot appartient constamment au

---

(1) V. l'art. cité de M. Gérardin.

Source : BIU Cujas

mari perpétuellement parce que la raison de la dot, le but (causa) (la destination) de la dot est perpétuelle; ce but est en effet de subvenir aux charges du mariage, à l'entretien des époux, à l'éducation, à l'entretien des enfants et à leur établissement dans la vie.

Or, on comprend que ce but soit perpétuel puisqu les charges du mariage durent autant que le mariage lui-même.

Ce régime aboutissant à la non restitution de la dot même en cas de divorce semble avoir persisté, à en croire les Annalistes romains, ou Aulu-Gelle pendant 5 siècles, jusqu'au divorce de Carvilius Ruga qui aurait été le premier divorce à Rome.

En principe, le mari n'était pas tenu de restituer la dot à la fin du mariage. Inconvénients de cette règle avec le mariage sine manu et le divorce.

Dans le mariage avec manus, il ne présentait pas trop d'inconvénients. Si le mari mourait sans avoi divorcé, les enfants retrouvaient la dot dans sa succession et la femme elle-même participait à la succession. Mais l'inconvénient s'est présenté avec le mariage sans manus, où la femme n'est pas héritière de son mari; elle reste dans sa famille et la dot est perdue pour elle. Inconvénient aussi en cas de divorce. Les Romains ont introduit trois remèdes:

Comment s'est introduite la restitution de la dot.

1° - La Coutume fait un devoir au mari de laisser à la femme sa dot par testament "legatum dotis" (V. Esmein, Mélanges).

I. prae legatum dotis du mari à la femme.

2° - Ou bien, s'il n'a pas confiance dans le mari, le constituant stipule le retour de la dot (dos receptitia). Il fait promettre au mari que cette dot lui reviendra lors de la dissolution du mariage. Le cas où cette précaution était le plus utile, c'était le cas d divorce, car il fallait que la femme divorcée ne se trouvât pas sans biens, car alors, il lui aurait été difficile de trouver un autre mari. Aussi ces stipulations de restitution de dot devinrent-elles fréquentes.

2. Stipulation de restitution de la dot sanctionnée par l'actio ex stipulatu.

La restitution de la dot était alors conventionnelle, volontaire, le mari étant libre de ne pas s'engager; elle faisait partie du contrat de mariage; on l'appelait: "la cautio rei uxoriae" - promesse portant sur la res uxoria, c'est-à-dire sur la dot, et cette promesse était sanctionnée par une actio ex stipulatu (née de la stipulation), action incertaine et de droit strict.

3. Extension de l'obligation de restituer la dot imposée au mari même sans promesse de

3° - A un certain moment, la restitution de la dot devint obligatoire pour le mari (même sans une promesse de sa part), ou pour ses héritiers.

La restitution obligatoire est assurée par une action très importante qu'on appelle: l'action ou iudicium rei uxoriae, créée fin VI° siècle (vers 200-154 av. J.C.), action civile, in jus et de bonne foi

Source : BIU Cujas

restitution, par l'actio rei uxoriae.

(Gaius,4,62). Le mari est condamné au quod melius aequius. L'origine du judicium rei uxoriae est extrêmement controversée.D'après Esmein et Girard, p. 1012, l'action civile aurait été précédée par l'action prétorienne pénale in aequum et bonum concepta faisant pendant au judicium de moribus: ce serait le préteur qui aurait le premier forcé le mari à restituer, en particulier en cas de divorce - Cuq (p. 132-134) ne croit pas à cette action prétorienne pénale et il serait disposé à reprendre une opinion ancienne qui consistait à faire dériver la restitution obligatoire de la restitution conventionnelle, M. Collinet accepte l'opinion de M. Noailles (Cf. Monier, t. I, p.347) qui fait venir le iud. r. u. du jugement prononcé, à l'intérieur de la famille, contre la femme coupable répudiée.

Histoire de l'actio rei uxoriae.

Comptes entre les époux au moment de la restitution de la dot.

Caractères du Judicium rei uxoriae.

Le Judicium rei uxoriae a quelques caractères intéressants. Ses causes d'ouverture sont le divorce, le prédécès de la femme, le prédécès du mari. Cette action ne peut être intentée que si la femme n'accepte pas le legs de la dot (édit de alterutro). Cette action est personnelle à la femme, même si elle est alieni juris. C'est alors son père qui l'intente, puisque les femmes ne peuvent pas paraître en justice, mais "adjuncta persona filiae" - c'est-à-dire "avec l'autorisation de la fille": c'est exceptionnel en D.R. (Ulpien, Règles,6,6). Cela est aussi très intéressant parce que cela nous montre que la dot appartient à la femme même et on commence à apercevoir un conflit d'idées: la dot appartient au mari et en même temps la femme a sur sa dot un droit propre et on sent que les Romains ont admis à la fois deux idées qui semblent contradictoires; ce duel va se poursuivr jusque dans la législation de Justinien (v. plus loin).

Exercice de l'action par le père "adjuncta filiae persona".

Responsabilité du mari à raison de la gestion de la dot; rétentions.

La responsabilité du mari est engagée s'il a mal géré la dot, s'il ne restitue pas tout, il est responsable de son dol, de sa faute lourde et de sa faute légère in concreto. On l'autorise à faire certaines retenues "retentiones" (Ulp. R.6,9-17). (V. les Manuels). La plus importante concerne les impenses nécessaires, utiles, voluptuaires.

Al. III - Le régime des biens dotaux.

Le mari est propriétaire de la dot mais la Loi Julia (de fundo dotali), a rendu inaliénable sans le consentement de la femme le

Pendant longtemps, le mari put faire de la dot ce qu'il voulait, même la dissiper. Quand le Judicium rei uxoriae a été fondé, déjà le mari était obligé de veiller sur la dot parce qu'il en était responsable sur son patrimoine personnel. Un mouvement favorable à la femme (c'est la courbe de l'évolution) restreignit ses pouvoirs d'aliénation. La célèbre loi d'Auguste Julia de adulteris, chapitre "De fundo dotali" vers 736-738 de Rome, 18-16 av. J.C.) pose la règle de l'inaliéna-

Source : BIU Cujas

fonds dotal italique.

bilité du fonds dotal italique, origine des dispositions actuelles du Droit français où les immeubles dotaux sont inaliénables, imprescriptibles et insaisissables.

Voyons le principal.

Droit d'aliénation du mari sur les biens autres que le fonds dotal et sur les biens estimés.

Il s'agit uniquement des immeubles italiques, immeubles situés en Italie ou régis par le Droit d'Italie (jus italicum). Il faut, de plus, que ces immeubles n'aient pas été estimés. En conséquence, le mari peut aliéner seul les meubles, les fonds provinciaux et l'immeuble italique estimé. Le fonds dotal italique est inaliénable par le mari seul, mais il est aliénable avec le consentement de la femme: on protège la femme, mais elle est maîtresse de ses droits.

Etendue de l'inaliénabilité du fonds dotal.

Le fonds dotal est inaliénable, cela veut dire que le mari ne peut pas faire d'actes d'aliénation: vente, échange; mais cela s'entend également de l'usucapion c'est-à-dire de l'aliénation forcée. De même, le mari ne peut pas constituer de servitude sur le fonds et il ne peut l'hypothéquer. Cependant, pour l'hypothèque il y a une difficulté: d'après Justinien -(I.2,8 Pr.) le mari n'aurait pas pu hypothéquer le fonds dotal même avec le concours de la femme; autrement dit, la prohibition d'hypothéquer aurait été absolue, plus étendue par conséquent que la prohibition de vendre. Cette disposition a été expliquée par les auteurs modernes comme un effet, non pas de la Loi Julia, mais du célèbre S.C. Velléien de 46, qui prohibait "l'intercessio" des femmes: l'engagement des femmes pour autrui (v. II° année).

Sanction de l'inaliénabilité: action en revendication contre les tiers.

La sanction est que si le mari a aliéné ou hypothéqué, ses actes sont nuls. S'il a aliéné, il peut revendiquer aux mains du tiers; c'est la façon d'invoquer la nullité. S'il n'a pas agi pendant le mariage, c'est la femme qui, à la dissolution, pourra le faire, par suite de la cession que le mari lui fera de son action en revendication; autrement dit, elle le fera par une action cédée à titre utile.

Nature du droit de la femme sur sa dot.

Le droit de la femme est donc sauvegardé à l'égard de ses biens beaucoup plus qu'il ne l'avait jamais été. La femme a un droit de créance sanctionné par le jud. r. u. et garanti par un privilège, droit de propriété: ce n'est pas un droit réel. Tryphoninus (Dig. 23.3.75) dit "la dot est plutôt dans les biens du mari et elle appartient à la femme", et Paul dit: "la dot appartient au mari". Les Romains sont pris entre les deux idées contradictoires énoncées plus haut.

Al. IV. Réformes de Justinien.

Le régime sous Justinien: 1°) Donatio

Justinien a remanié complètement la matière des donations matrimoniales.

1°- Il a converti la donation ante nuptias en

Source : BIU Cujas

propter nuptias.

donation propter nuptias; 2°- fusion des actions ex stip. et r.u. (au Code 5,13, Constitution unique). Il a fondu en une seule action les deux actions sanctionnant la restitution de la dot: l'actio ex stipulatu et le judicium rei uxoriae et, chose curieuse, il a conservé l'action ex stipulatu (appelée act. dotis ou de dote). Mais cette action, qui était de droit strict, il l'a rendue de bonne foi (Inst. 4,6, 29). Les interpolations au Code, dans le Digeste et les Institutes sont nombreuses.

3°- Suppression des retentiones.

3° - Justinien a supprimé l'édit de alterutro et les rétentions dotales; le mot "retentio" a disparu du Digeste; il a été remplacé par les mots "exactio" (paiement) ou "compensatio".

4°- Garanties de restitution de la dot; hypothèque privilégiée.

4° - Justinien a donné des garanties de plus en plus fortes à la femme; on pense que c'est sous l'influence bienfaisante de Théodora, sa femme.- Il a donné à la femme, en 529, une hypothèque légale sur les biens du mari (existant encore aujourd'hui); elle permettait à la femme de primer tous les créanciers du mari, même hypothécaires.- En 530 il défend au mari d'aliéner, même du consentement de la femme (la Nov. 6I de 537 adoucit la prohibition); il fait aussi remonter le rang de l'hypothèque du jour du mariage; si bien que la femme prime des créanciers antérieurs à la naissance de sa créance à elle. On a dit très justement que cette Constitution de 530 ruinait "le crédit du mari, car les tiers ne veulent plus contracter avec le mari, ne sachant pas à combien se monteront les biens de la femme. Cependant, en 53I, Justinien a encore surenchéri et a déclaré que cette hypothèque privilégiée de la femme remonterait avant le mariage, primerait les créanciers hypothécaires antérieurs au mariage. On a dit que cette constitution ruinait le crédit de tous les hommes, même des célibataires, car on ne sait pas s'ils ne se marieront pas. Sous Justinien la femme ou ses héritiers ont donc l'act. de dote, l'act. hypothécaire et une vindicatio utilis. Et la question se pose de savoir si, après toutes ces réformes, le mari a encore la propriété de la dot.

Le mari est-il encore propriétaire de la dot ?

Cette question a vivement préoccupé les interprètes, M. Collinet, (tome 1er), pense que le mari a toujours la propriété de la dot; mais la femme a aussi des droits si forts qu'elle est une sorte de propriétaire utile. Cela ne peut se comprendre qu'en s'inspirant des principes du Droit grec (v. Cuq, p.190)

Source : BIU Cujas

Section II

Les enfants.

Comment les enfants entrent-ils dans la famille ?

Quelles sont les sources de la patria potestas?

§ I - La naissance.

La première source, la plus fréquente, la plus normale, est la naissance; mais encore faut-il savoir à quelles conditions un enfant tombe sous la puissance paternelle.

Pour que l'enfant entre dans la famille, il faut: 1° - qu'il soit né de justae nuptiae. 2° - Qu'il soit né de la femme du P.F.

Il faut qu'il soit issu d'un mariage légitime; il faut qu'il soit reconnu par son père; qu'il soit né de la femme du pater; qu'il soit né du pater lui-même.

La preuve que l'enfant est né de la femme du pater est une preuve très facile: c'est le fait de l'accouchement qui se prouve d'une façon très simple, surtout depuis le fonctionnement des registres de naissance dont il a été question plus haut; l'obligation de faire enregistrer les naissances fut imposée sous l'empereur Marc-Aurèle. D'ailleurs, dans les origines, les noms des enfants étaient déjà inscrits probablement dans les registres familiaux au moment de la lustratio (purification) où l'on imposait un nom aux garçons, le 9° jour; aux filles, le 8° jour (Cuq, p.733, n. 2).

3° - Qu'il soit né du pater lui-même (pater is quem nuptiae demonstrant).

La preuve que l'enfant est né du pater lui-même est beaucoup plus difficile: les Romains ont emprunté aux Grecs des présomptions qui existent encore aujourd'hui:

1° - Le mari de la femme est présumé le père de l'enfant: "pater is est quem nuptiae demonstrant". S'il ne veut pas accepter la paternité, il faut qu'il désavoue l'enfant (détails, Cuq, p. 170-171).

2° - Tout enfant qui est né 180 jours après le mariage ou moins de 300 jours après la dissolution du mariage est présumé légitime.

§ 2 - L'adrogation et l'adoption.

Procédés artificiels pour acquérir la patria potestas: adoptio, adrogatio.

Voici des procédés qui, à la différence du précédent, sont des procédés artificiels: l'adoption et l'adrogation servant à faire acquérir la puissance paternelle à quelqu'un sur un individu qui n'est pas son enfant par le sang. L'acoption est rare chez les peu-

Source : BIU Cujas

ples modernes; elle est, au contraire, très répandue chez les peuples primitifs; opposition bien caractéristique de la société antique et la société moderne. Dans la société antique, une chose compte surtout: c'est la famille: la stérilité pour les femmes est un fait qui est considéré comme injurieux et désastreux; les hommes cherchent par tous les moyens à remédier à l'absence d'enfants dans la famille. Les Romains n'ont pas employé tous les moyens que connaît le Droit comparé (lévirat). Comme les Grecs, ils employaient le procédé artificiel de l'adoption.

Formes.- L'adoption existe sous trois formes :

L'adrogatio porte sur un sui juris et comme elle entraîne la disparition d'une famille et des sacra elle doit être autorisée par les pontifes et par le peuple.

A. L'Adrogation.- C'est le procédé utilisé lorsque l'adoption porte sur un sui juris, un chef de famille qui se fait adopter, par un autre P.F. qui désire avoir un enfant. L'adrogation est soumise à des règles très rigoureuses pour cette raison que, dès que le sui juris aura été adrogé, il deviendra l'enfant du P.F. adrogeant, donc alieni juris, et par conséquent, la famille de l'adrogé, elle, disparaîtra complètement puisque son chef se fait alieni juris. La disparition d'une famille est un fait très grave, parce que les sacra de cette famille disparaissent ; aussi, l'acte exige une enquête des pontifes qui ont la surveillance des sacra ; de plus, il doit être soumis aux Comices ; l'adrogation est une loi ; son nom vient de "lex rogata" et les formes de l'adrogation sont absolument les formes de la loi. (V. Aulu Gelle "Nuits Attiques", 5, 19).

L'adrogatio est une loi faite par les comices curiates - Conséquence de cette idée.

L'adrogation ne peut avoir lieu qu'à Rome, puisque c'est une Loi ; et d'autre part, elle ne peut s'appliquer ni aux femmes, ni aux impubères puisqu'ils n'ont pas accès aux Comices. (On sait que l'accession aux Comices était liée au service militaire).

Simplification des formes de l'adrogation : les Comices ne se réunissant plus, elle se fait en présence de 30 licteurs ; à partir de Dioclétien, elle se fait par rescrit du prince.

Ces formes anciennes furent simplifiées. Les Comices ne se réunissaient plus, les citoyens se désintéressaient du vote. L'adrogation sera donc décidée dans les Comices par 30 Licteurs, qui représentent les 30 Curies.

Une simplification se produisit encore sous l'Empire à partir de Dioclétien. C'était le peuple qui, autrefois, faisait la loi, c'est maintenant l'Empereur ; c'est lui qui prononcera l'adrogation sur la demande de l'adrogeant ; il suffira du rescrit du prince, après enquête des magistrats (les pontifes ont disparu) ; "adoptio per populum" est remplacé par "auctoritate principis" (Rapprocher Gaius 1,98,99 du Dig.1,7,2 et Inst. Just. 1,11,1, excellent exemple d'interpolation).

B. L'adoption proprement dite porte sur un enfant de famille.

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Source : BIU Cujas
Répétitions Ecrites
Reproduction Interdite
U

L'adoptio porte sur un enfant de famille.

Exemple : Secundus est le fils de Primus, il est transféré à Tertius qui deviendra son père adoptif. Comment le transfert de famille à famille se fait-il ? C'est un acte qui a dû apparaître vers le VIème siècle de Rome.

Réalisation de l'adoption par la combinaison de la mancipatio avec l'in jure cessio.

Voici les formalités de cet acte, l'un des plus compliqués du Droit Romain ; elles ont été inventées par les Pontifes, les premiers interprètes du Droit et représentent une combinaison de la mancipation avec "l'in jure cessio" (cession en justice).

1°- Destruction de la patria potestas du père naturel par une triple mancipatio faite à un comparse qui acquiert sur l'enfant le mancipium.

1°- Le père fait une mancipation de son fils à un tiers (et non pas à l'adoptant). (Cette apparition d'un intermédiaire nous surprend aujourd'hui, mais on peut remarquer qu'il y a toujours un intermédiaire entre les contractants dans les pays primitifs).

Le tiers reçoit donc le fils in mancipio ; mais immédiatement ce tiers affranchit l'enfant du mancipium et pour cela il est obligé d'aller devant le magistrat pour procéder devant lui à l'in jure cessio (V. Affranchissement). Après l'affranchissement, l'enfant retombe sous la puissance de son père.

On recommence une 2ème mancipation suivie d'un 2ème affranchissement : l'enfant retombe pour la seconde fois sous la puissance de son père.

On recommence une troisième fois, une troisième mancipation. Par application de la règle des XII Tables déjà citée. "Si pater etc...", l'enfant est libéré de la puissance paternelle. (Après la troisième mancipation, il ne faut pas faire le 3ème affranchissement : si on le fait, l'enfant est complètement libre, c'est l'émancipation ; l'enfant devient sui juris Ce n'est pas ce qu'on cherche ici.)

2° Création de la Pa pas au profit de l'adoptant au moyen d'une in jure cessio.

Le tiers comparse ne fera pas le troisième affranchissement : il remancipe l'enfant à son père. Pour finir, on va recourir encore à une Jure Cessio, mais dans un but différent. Celui qui veut adopter l'enfant déclarera devant le magistrat qu'il a sur l'enfant la patria potestas (C'est un mensonge légal); le père, qui est d'accord avec lui, se tait et le magistrat adjuge à l'adoptant le bénéfice de sa prétention.

Pourquoi ce détour ? c'est que les pontifes ont pensé que si l'adoptant venait plus tard à émanciper l'enfant adoptif, c'est l'ancien père qui aurait le patronat sur cet enfant, puisque c'était lui qui avait cédé la puissance à l'adoptant. Gaius dit que ce procédé est le plus pratique, mais qu'il existe un autre beaucoup plus dangereux (et qui sera peu employé) dans lequel le père ne figure pas (G. 1,134).

Lorsqu'il s'agissait d'une fille ou d'un petit enfant, il suffisait d'une seule mancipation.

Source : BIU Cujas

L'adoption peut se faire, à Rome ou en province : à Rome, près du préteur, en province, près du gouverneur.

L'adoption est un acte volontaire ou gracieux (par opposition à la juridiction "contentieuse", le procès,) car elle peut se faire en dehors du tribunal, sur la voie publique et même un jour férié : on saisit le magistrat quand il va au bain ou au théâtre, et on lui expose qu'il va avoir à procéder à l'adoption : les parties se réunissent ; les choses se passent comme on vient de le dire, et le magistrat adjuge définitivement l'enfant à l'adoptant. (G.1,20, à propos de l'affranchissement).

Il faut convenir que ces procédures étaient extrêmement compliquées. Cependant les Romains les gardèrent pendant très longtemps. C'est seulement au Bas-Empire que se fit la simplification.

Simplification des formes de l'adoption sous l'influence des pratiques grecques; elle se fait par une simple déclaration devant le magistrat.

M. Collinet pense, et c'est une opinion qui se forme de plus en plus, que c'est sous les influences des pratiques orientales que la modification a eu lieu. Les Grecs, en effet, ont toujours eu beaucoup moins de formalisme que les Romains ; il faut se représenter ceux-ci comme des paysans aux idées étroites, très superstitieux. Les Grecs ont l'esprit beaucoup plus ouvert. Quand ils voulaient faire une adoption, ils allaient devant le magistrat ; ils faisaient rédiger un acte par le magistrat, constatant que telle personne donnait son fils en adoption à telle autre.

Ce procédé si simple se retrouve dans les leges saeculares ou "Coutumier Syro-Romain" (§ 52) et la disposition a passé dans le Droit de Justinien : Code 8, 47, Principium (V. le tome Ier de M. Collinet).

Adoption testamentaire. Condition de l'adoption.

C. Un troisième procédé d'adoption est l'adoption testamentaire. C'est par ce procédé qu'Octave, le futur Auguste, a été adopté par César. On ne sait pas au juste quels étaient les effets de cette adoption (1).

Effets de l'adoption ; l'enfant entre dans la famille de l'adoptant ou de l'adrogeant à titre de fils avec tous les droits et les

Fond.- Pour que l'adoption soit valable, il faut qu'il y ait consentement des parties, que l'adoptant soit capable d'avoir la puissance paternelle soit au point de vue physique, soit au point de vue légal, qu'il existe une différence d'âge de 18 ans (plena pubertas) : adoptio imitaturnaturam.

Effets.- L'enfant entre dans la famille de l'adoptant ou l'adrogé dans la famille de l'adrogeant à titre d'enfant avec les mêmes obligations qu'un enfant de la nature, et les mêmes droits. C'est un moyen de se créer un enfant et les droits du père adoptif sort

---

(1) V. Lefas. Nouv. Rev. Hist. de Droit, année 1397, p. 721.

Source : BIU Cujas

obligations attachées à cette qualité.

les mêmes que ceux du père de la nature.

L'enfant adoptif prend le nom de l'adoptant, ce qui prouve qu'il est comme son fils ; mais comme il n'est pas fils du sang, et qu'il a appartenu à une autre famille, au nom du père adoptif, l'enfant ajoute son propre nom gentilice avec la désignation adjectivale - anus. Exemple : Lucius Aemilius Paulus (qui provient de la gens Aemilia) a été adopté par Publius Cornelius Scipio ; il devient : Publius Cornelius Scipio Aemilianus.

Cette coutume de prendre le nom a changé avec le régime des noms qui s'est transformé dès la fin de la République où les noms se multiplient et à la fin de l'Empire, les règles, en ce qui concernent les noms, ne sont plus suivies. Cependant Justinianus se nomme ainsi parce qu'il est l'enfant adoptif de son oncle Justinus.

Remarques sur deux points spéciaux.

1°- On a dit que pendant longtemps l'impubère ne put pas être adrogé parce qu'il n'a pas accès aux Comices : lorsque la forme de l'adrogation a changé, leur adrogation a été possible. Mais l'adrogation des impubères détermine, comme on va le voir, une situation qui est pleine d'inconvénients et de dangers.

Dangers que présente l'adrogatio de l'impubère. Remèdes apportés par Antonin le Pieux. 1°- Obligation pour l'adrogeant de s'engager à restituer les biens de l'adrogé si celui-ci meurt, à sa famille.

Les conditions de l'adrogation des impubères ont été établies d'après un rescrit d'Antonin-le-Pieux adressé aux Pontifes. (Gaius 1,102 et Inst. de Justinien 1,11,3).

Ière Hypothèse.- L'adrogation des impubères est dangereuse parce qu'elle a pour effet de faire changer de famille l'adrogé : cette personne possédait des biens en propre, ses biens devenaient la propriété de l'adrogeant. Or, il peut se faire que l'adrogé meure, et la famille de cet adrogé serait privée de ses biens. L'empereur exige que l'adrogeant s'engage par une "satisdatio" (promesse avec cautions ou fidejussores) à rendre les biens de l'adrogé à sa famille ; comme on ne peut prévoir à qui la restitution sera faite, la promesse est faite à un servus publicus, un esclave public et, sous Justinien, à un Tabularius (Greffier).

2°- L'adrogeant doit promettre de restituer à l'adrogé ses biens s'il l'émancipe et s'il est émancipé sans juste cause, l'a-

2ème Hypothèse.- L'adrogeant pouvait émanciper l'adrogé, c'est-à-dire le mettre hors de sa famille, mais il gardait ses biens. L'adrogé, de son côté, ayant été émancipé, perdait ses droits de succession dans la famille de l'adrogeant. Comme il avait déjà perdu ses droits de succession dans sa propre famille par suite de l'adrogation, il n'avait plus aucune famille : pour parer à ce double danger, l'Empereur exige que l'adrogeant s'engage, dans ce cas, à restituer ses biens à l'adrogé émancipé. D'autre part, si l'adrogé était émancipé sans juste cause, l'adrogeant devra lui laisser

Source : BIU Cujas

drogé a droit à la quarte antonine.
3. L'adrogé exhérédé sans juste cause a droit à la quarte.

en plus, le quart de son patrimoine, ce qu'on appelle "la quarte Antonine".

3ème hypothèse.- Si l'adrogé était exhérédé, c'est-à-dire déshérité, dans le testament de l'adrogeant sans juste motif, l'adrogé aurait le droit de réclamer la même quarte sur le patrimoine de l'adrogeant.

2°- Les effets de l'adoption ont été pendant longtemps des effets absolus : l'adopté sort de sa famille pour entrer dans la famille de l'adoptant, et toutes les conséquences qui découlent de la sortie de la famille, de la capitis deminutio, qui s'opère, se présentaient sans qu'aucune fût exceptée ; de là des inconvénients auxquels Justinien a fini par remédier en créant une distinction dans l'adoption, - l'adoption de plein effet : l'adoption plena, et une adoption de moindre effet, l'adoption minus plena.

L'adoptio minus plena.

Danger que court l'adopté en cas d'émancipation.

Partons de ceci : l'adoption produit un changement de famille pour l'adopté ; celui-ci perd tous ses droits, et, en particulier, ses droits de succession dans sa famille d'origine ; il acquiert, en revanche, des droits, et principalement des droits de succession, dans la famille de son père adoptif.

Cependant, il peut se trouver des cas où l'enfant adopté va être lésé ; c'est celui où il serait émancipé. Deux cas peuvent se présenter :

1°- Ou bien l'enfant adopté est émancipé avant la mort de son père naturel : ce cas n'offre aucun danger pour l'adopté puisque, s'il perd ses droits dans sa famille adoptive, il regagne des droits dans sa famille d'origine, non pas en vertu du droit civil, mais du droit prétorien qui ouvre pour lui une succession prétorienne, la "bonorum possessio unde liberi", succession prétorienne en vertu de laquelle sont appelés les enfants à recueillir les biens du père (Gaius 2,136,137).

1°L'enfant adopté émancipé avant la mort du père naturel recueille les biens de celui-ci par la B.P. unde liberi.
2. S'il est émancipé après la mort du père naturel, il n'a plus de droit successoral, ni dans sa famille naturelle ni dans sa famille adoptive. -Remède apporté par Jus-

2°- Si, au contraire, l'émancipation était postérieure à la mort du père naturel, l'enfant n'avait plus aucun droit dans aucune famille : il était sorti de la famille adoptive et avait perdu tous droits vis-à-vis du père du sang, puisque le père était mort auparavant ; cet enfant se trouvait sans famille.

Justinien a voulu remédier à cette injustice ; pour cela, il a changé complètement la nature de l'adoption. Il a déclaré qu'en principe, l'adoption n'opérerait plus changement de famille. (Inst. de Justinien 1,11,2). Il en résulte que l'enfant retrouvera des droits de succession dans sa famille naturelle. Cette adoption s'appelle : Adoptio minus plena "adoption imparfaite".

Source : BIU Cujas

tinien en décidant que l'adoption n'entraîne qu'exceptionnellement changement de famille. Cas où l'adoptio est plena.

L'adoptio plena n'existera donc plus dans le droit de Justinien qué si le changement de famille peut se produire sans aucun danger pour l'enfant. Cela est très bien compris.

Dans quels cas en est-il ainsi ? Dans deux cas dit-on toujours.

1°- Lorsque l'adoption émane d'un ascendant qui n'avait pas l'enfant en sa puissance (ascendant maternel).

2°- Si l'adoption émane d'un étranger, c'est-à-dire d'une personne autre qu'un ascendant, mais porte sur un petit-fils qui était séparé de son grand-père par son père encore en puissance. Ce deuxième cas n'existe pas en réalité (1).

§ 3 - Acquisition de la patria potestas.

Pourquoi doit-on acquérir la patria potestas ? Un chef de famille ne l'a-t-il pas toujours sur ses enfants légitimes ? Quatre hypothèses se présentent :

Modes d'acquisition de la Pa Pas sur des enfants légitimes. 1°- Causae probatio en faveur de l'affranchi latin qui a épousé une romaine.

1°- L'hypothèse de la Causae probatio, c'est-à-dire l'exposé d'une affaire devant le magistrat pour que celui-ci reconnaisse la situation. C'est le cas d'un affranchi latin qui a épousé une romaine et qui est le père d'un enfant d'un an, (anniculus, annicula). Cet affranchi n'a pas la puissance paternelle sur l'enfant, puisqu'il est latin et que la puissance paternelle n'appartient qu'aux citoyens ; mais puisqu'il a épousé une romaine, il pourra obtenir la patria potestas sur cet enfant.

2. L'erroris causae probatio".

2°- Un citoyen romain (ou une citoyenne romaine) a commis une erreur sur la nationalité de son conjoint; il le croyait romain, et il ne l'était pas : le père n'a pas la puissance sur ses enfants : il fera reconnaître son erreur ("erroris causae probatio"), par le magistrat et obtiendra la p.p.

3. Acquisition par un Latin de la condition de citoyen.

3°- Un latin qui a des enfants devient citoyen soit par l'effet du majus Latium, soit par celui du minus Latium (Gaius 1,87).

4. Par une concession spéciale au pérégrin qui acquiert la cité.

4°- Le pérégrin qui acquiert la cité et qui a des enfants n'acquiert pas de plein droit, à la différence du latin, la patria potestas sur ses enfants : il faut une concession spéciale comme le voit par exemple, dans les diplômes militaires.

---

(1). Monier, t. I, p.321.

Source : BIU Cujas

§ 4 - Les unions autres que les justae nuptiae - La condition des enfants naturels - La légitimation.

Unions légitimes autres que les justae nuptiae et reconnues seulement par le jus gentium.

Les justae nuptiae sont, en Droit Romain, la seule union légale, la seule qui donne au Paterfamilias la puissance paternelle sur les enfants.

Cependant, en Droit Romain, il y a des unions autres que le mariage, qui sont reconnues, ou qui l'ont été à un certain moment par la Loi, mais avec difficulté. On sait que le contubernium n'est pas un mariage c'est l'union entre esclaves. Mais l'union entre pérégrins ou l'union entre pérégrins et latins, sont probablement des mariages non romains, des mariages du jus gentium ; les textes les appellent "matrimonium" (Gaius, 1,29,66 à 68). Les Papyrus d'Egypte révèlent deux sortes de mariages : avec écrit et sans écrit. Ce sont en réalité des institutions grecques introduites en Egypte par les Macédoniens.

Qu'en est-il du concubinat ?

Le concubinat, union de fait tolérée par le droit, mais distincte du mariage sans formes, devient au Bas-Empire une union inférieure.

Le concubinat est une institution qui diffère tout-à-fait d'une union passagère, qui suppose au contraire que deux personnes vivent ensemble pendant longtemps sans être mariées. Le concubinat était fondé sur la volonté réciproque des parties, absolument comme le mariage sans formes ; mais on a vu les critères qui distinguaient le concubinat et le mariage sans formes.

Le concubinat était regardé par les Romains comme une institution de fait.

Il existait principalement entre des personnes d'une catégorie élevée de la société et des personnes de catégorie inférieure. Il n'est pas une institution juridique, et est cependant reconnu par le Droit.

Ainsi les lois d'Auguste, relatives au mariage n'ont pas sévi contre le concubinat, alors qu'elles ont sévi contre l'adultère et tous les attentats aux bonnes moeurs. Des auteurs (Paul Gide) en ont conclu que le concubinat était une union de Droit, un mariage inférieur. Aujourd'hui, on n'admet plus cette théorie. Le concubinat n'est, ni au temps d'Auguste, ni à l'époque classique, un mariage inférieur, et c'est seulement au Bas-Empire qu'il a pris ce caractère (V. plus loin).

Situation des enfants naturels issus du concubinat ; ils n'ont pas

Les enfants nés du concubinat sont dits naturels, au même titre que ceux qui sont nés d'une cohabitation passagère ; les lois les appellent "spurii, vulgo concepti". Ces enfants ne sont pas rattachés à leur père naturel, sauf que l'empereur Hadrien a reconnu un droit spécial sur les enfants des militaires dans ce cas.

Source : BIU Cujas

de lien légal avec leur père et ils se rattachent à la famille de leur mère.

Pour les enfants naturels, la présomption "pater is est", ne peut avoir lieu ; ils sont rattachés à leur mère ; ils prennent le nom gentilice de leur mère et un praenomen quelconque.

Pour indiquer que l'enfant naturel est le fils de quelqu'un, les Romains ont usé d'un jeu de mots : comme cet enfant est "spurius" - enfant naturel - il est le fils de "spurius" spurii filius (puisqu'il se trouve que Spurius est un prénom) (Pour son acte de naissance V. plus haut).

Ils ont à l'égard de leur mère des droits alimentaires et des droits successoraux.

L'enfant qui est rattaché à sa mère peut réclamer des aliments à sa mère, et même au père de sa mère, et il a un droit de succession ab intestat à l'égard de sa mère, lorsque les empereurs ont reconnu le droit de succession des enfants à leur mère.

Défaveur pour le concubinat dans l'Empire chrétien. Déchéances attachées à la parenté naturelle.

Les empereurs chrétiens ont changé le régime du concubinat et ils l'ont regardé comme un mariage inférieur, et -chose paradoxale- en haine des enfants naturels et du concubinat lui-même, et pour favoriser la famille légitime. Autrement dit, il s'est produit un phénomène très intéressant au point de vue sociologique : c'est qu'on a délimité beaucoup plus exactement la famille légitime et par là-même le concubinat. Sous le Haut-Empire, on y attachait beaucoup moins d'importance et aucune défaveur n'existait pour le concubinat. Les empereurs chrétiens reconnaissent la parenté naturelle, mais pour y attacher des déchéances.

1°- L'enfant ou la mère ne peuvent rien recevoir à titre gratuit du père naturel, disposition de Constantin. Par conséquent, il faut savoir quel est le père naturel.

2°- D'après Valentinien Ier, l'enfant et la mère peuvent recevoir un douzième de la succession du père, si le père a des enfants légitimes, un quart, si le père n'en a pas.

3°- Justinien a autorisé les enfants naturels à prendre une part de succession à la mort de leur père s'il meurt sans enfant ou sans femme légitime. Si le père mourait avec des enfants ou avec une épouse, les enfants auraient droit encore à des aliments. Comme l'enfant se trouve ainsi rattaché à son père, les empereurs chrétiens ont considéré que le concubinat était un matrimonium inaequale - un mariage inégal, une legitima conjunctio - une union légitime" - une licita consuetudo - une habitude licite.

Les empereurs chrétiens ont enfin imaginé une mesure à qui les empereurs paiens n'avaient jamais songé, c'est la légitimation des enfants naturels. Mais la légitimation a été faite aussi en haine du concubinat pour faire rentrer ces unions dans l'ordre, mesure

Source : BIU Cujas

Triple mode de légitimation.

extrêmement sage. Les modes de légitimation sont au nombre de trois :

1°- La légitimation par mariage subséquent.

1°- par mariage subséquent.

Lorsque deux concubins se marient et deviennent époux légitimes, les enfants nés antérieurement à leur mariage sont légitimés. Des essais ont, comme toujours été tentés par les empereurs avant que la règle ne devint générale. C'est Justinien qui l'a établie définitivement. Pour qu'elle ait lieu, il faut que la mère soit une femme libre, ingénue ou affranchie ; il faut que le mariage ait pu être possible au moment de la conception de l'enfant (on ne légitime pas les enfants adultérins et incestueux) ; il faut que l'on dresse un acte pour bien marquer la transformation du concubinat en justes noces.

2°- La légitimation par rescrit du prince.

2°- Par rescrit du prince.

Elle vient de Justinien également. En effet, le mariage subséquent n'était pas toujours possible, en particulier, en cas de décès d'un des parents ou d'absence, ou même d'indignité de la mère : le rescrit sera accordé sur la demande du père, s'il vit encore, ou même après sa mort, sur la demande des enfants.

3°- La légitimation par oblation à la Curie.

3°- Par oblation à la Curie.

C'est un procédé très curieux dans l'histoire du Droit français, on apprend qu'à l'époque du Bas-Empire, l'état social et politique n'était pas brillant, et que l'impôt ne rendait pas. Pour le faire produire, les empereurs ont pris toutes sortes de moyens extrêmement ingénieux, des moyens de contrainte, qui réussissaient quelquefois, qui parfois échouaient ; ils ont employé aussi des moyens de persuasion, voici le plus fameux : les Décurions avaient l'honneur d'être à la tête de la Cité ; par contre, ils avaient des charges et, en particulier, ils étaient responsables des impôts : si les impôts ne rentraient pas, ils les payaient sur leur fortune personnelle, mesure très ingénieuse et profitable au Trésor. Mais alors on ne trouvait plus de Décurions. Les empereurs, pour remédier à cet état de choses, ont offert le titre de Décurion aux enfants naturels : le père naturel "offre à la Curie" son fils avec une fortune suffisante. Ou bien le père offre sa fille à la Curie, c'est-à-dire qu'il offre de la marier avec un Curiale, avec une dot suffisante et si l'empereur estime que la fortune est suffisante, il accordera la légitimation.

Au début, le père n'avait pas la patria potestas sur l'enfant offert à la Curie : Justinien a admis que les rapports entre le père et l'enfant légitimé par oblation à la Curie seraient des rapports semble-

Source : BIU Cujas

bles à ce qu'ils étaient dans les deux premiers cas de légitimation.

Section III

Les esclaves.

La puissance du chef de famille sur les esclaves s'appelle la dominica potestas.

Les sources de l'esclavage : 1°- La captivité.

1°- La source primitive de l'esclavage chez tous les peuples a été la capture (1): au lieu de tuer les prisonniers de guerre, on les garde pour les faire travailler. On a prétendu que de là dérivait le nom d'esclave "servus, de servare". Il est reconnu aujourd'hui que le mot latin est un mot d'emprunt (Cf. esclave venant des Slaves captifs). Il s'appelle aussi "mancipium"; et mancipium veut dire deux choses : "esclave", c'est-à-dire un être animé, et aussi le procédé par lequel à l'aide de la mancipation on fait de son fils ou de sa fille une sorte d'esclave en donnant cet enfant in mancipio. Or, "mancipium" vient de manus capere, et c'est parce que cette institution venait de la capture. Rappelons que l'esclave se nomme enfin homo. L'esclave primitif est donc toujours un étranger (hostis, ennemi). Cela a continué sous l'Empire.

2°- La naissance. L'enfant d'une esclave nait esclave à moins que sa mère n'ait été libre à un moment quelconque de la grossesse.

2°- A l'époque historique, la source normale de l'esclavage, c'est la naissance.

Un enfant naît esclave :

Quand sa mère est esclave au moment de l'accouchement. Si la mère a été libre un instant pendant la grossesse, par suite du favor libertatis, à laquelle les Romains attachent un grand prix l'enfant naît libre.

3°- L'acquisition.

On obtient la dominica potestas sur un esclave en l'acquérant, comme une chose quelconque, par les modes ordinaires (V. IIIème Partie), soit à titre onéreux (achat), soit à titre gratuit (donation, dot).

On achète les esclaves au Forum, sur le marché. Cette vente a donné lieu, de la part des Ediles Curules qui surveillent les marchés, à des Edits en ce qui concerne les vices cachés (V. 2ème année).

Arrivons à des cas où c'est un citoyen qui, par déchéance (capitis deminutio), devient ou redevient esclave.

4°- Addicti, judicati, incensi.

4°- Un citoyen romain devient esclave par punition : ainsi, le voleur manifeste, celui qui a été pris la chose à la main, qui pourrait être tué par la victime ; celle-ci peut lui faire grâce, mais le voleur

---

(1). V. H. Lévy-Bruhl, quelques problèmes du T.A.D.R. 1934, p. 15 et suiv. p. 54, note.

Source : BIU Cujas

devient esclave ; il est "addictus" par le magistrat. De même, par application de la manus injectio, le débiteur insolvable : celui qui a été "judicatus" ou "damnatus" (mot impossible à traduire). Seulement, à cause de la considération où les Romains tiennent la liberté, et pour leur éviter la honte, ces personnes ne seront pas esclaves à Rome : on les vendra comme esclaves à l'étranger : l'étranger, c'était l'Etrurie qui commençait aux portes de Rome sur la rive droite du Tibre. Ces individus seront vendus "Trans Tiberim" "au delà du Tibre", dans les deux cas. Ce droit très ancien dura jusqu'au VIIIème siècle de Rome, jusqu'à la disparition des actions de la loi. Par punition aussi, tout citoyen qui néglige de se faire inscrire au cens (incensus) est réputé esclave : il n'y a de personnes libres que celles qui sont inscrites au cens : ce régime n'a duré que jusqu'aux premiers temps de l'Empire, jusqu'à la disparition du cens.

5°- Cas divers de servitudes pénales.

Les empereurs ont fait tomber en esclavage la femme libre qui a des relations avec l'esclave d'autrui, malgré la défense du maître, dont elle devient l'esclave. (S.C. Claudien, de 52, aboli par Justinien), puis l'individu qui, avec la complicité d'un autre, se fait vendre comme esclave pour partager le prix - de même le condamné à certaines peines ; enfin, l'affranchi qui se montre "ingrat" vis-à-vis de son patron retombe en esclavage au Bas-Empire, (revocatio in servitutem).

Chapitre IV

LA DISSOLUTION DE LA FAMILLE

LES DIFFERENTS MODES DE SORTIE DE LA DOMUS.

En principe, le P.F. a un pouvoir viager : à sa mort, certains de ses pouvoirs disparaissent complètement, d'autres passent sur une autre tête.

1°- En principe, la famille, la Domus, reste constituée tant que dure la vie du Chef.

A sa mort, certaines des puissances qu'il avait, cessent d'une façon définitive. Ainsi :

- La Manus disparaît complètement sur la femme ; celle-ci devient sui juris. La Patria potestas cesse sur les liberi qui deviennent également sui juris, à condition qu'ils soient des enfants du P.F., directement placés sous sa puissance ; ou encore les petits-enfants du P.F. dont le père serait prédécédé ou sorti de la famille auparavant : les autres restent liberi alieni juris, sous la puissance des hommes sui juris

Source : BIU Cujas

Les autres puissances passent aux sui juris : les esclaves changent simplement de maître ; les Affranchis, les Hôtes, les clients changent simplement de patron ; le mancipium persiste.

Disparition des pouvoirs du P.F. du vivant de celui-ci soit de son chef, soit du chef de ses personnes en puissance.

2°- Les puissances du chef peuvent disparaître du vivant du P.F., lorsque le chef subit une capitis deminutio.

3°- Les puissances peuvent cesser enfin dans la personne des subordonnés, alors que le chef vit toujours et conserve toujours sa capacité : ce sont les subordonnés qui vont sortir de la famille, comme on va le voir.

Section Ière

La femme.
Dissolution du Mariage.

Diverses causes de dissolution du mariage.

La Manus et le mariage sans manus se dissolvent par la mort de l'un ou de l'autre époux, par la perte de la liberté ou de la Cité chez le mari : (capitis deminutio maxima et minima), par le divorce. La manus seule s'éteint par le changement de famille du mari (capitis deminutio minima). De toutes ces causes, il n'en est qu'une sur laquelle il faut insister, c'est le divorce.

Le divorce a nécessité une forme inverse à celle qui a créé la manus, remancipatio, diffareatio.

Dans le mariage romain avec manus, le chef divorce par deux procédés différents :

1°- Au cas de coemptio et d'usus, par la remancipatio, une mancipation en sens inverse de celle qui a servi à faire la coemptio.

2°- Au cas de confarreatio, l'acte de divorce s'appelle diffareatio. Dans la "confarreatio", le sacrifice à l'aide du pain d'épeautre sert à unir les époux ; dans la diffareatio, on suppose que le pain d'épeautre joue un rôle contraire, c'est-à-dire que les époux à qui le Flamine de Jupiter présentait le pain, au lieu de le partager, le repoussaient ("dis" veut dire "dissocier, séparer"). En tout cas, dans la diffareatio, on sait que la femme prononçait des paroles, par lesquelles elle renonçait aux sacra de son mari : c'est la sacrorum detestatio, (qui est le contraire de contestatio).

On peut remarquer à ce sujet, que les formes qui existent pour la dissolution d'un acte sont les mêmes que celles qui existent pour la formation de cet acte seulement, ces formes s'accomplissent en sens inverse. (La comparaison la meilleure que l'on puisse donner, c'est l'image du lien que l'on tourne dans un sens pour le faire, et en sens inverse pour le défaire. Ulpien, Dig. 50,17,35 formule la "loi de correspondance" ainsi

Source : BIU Cujas

"Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est". Il n'est rien de si naturel que de dissoudre quelque chose de la même façon qu'on la lie".

Pas de forme pour rompre par divorce le mariage sine manu.

Dans le mariage sans manus, comme aucune forme n'était requise pour l'accomplissement du mariage, il n'en est aucune pour sa dissolution. On va le voir.

Deux sortes de divorce : 1°- par consentement mutuel.

Les Romains connaissent deux sortes de divorce.

1°- Le divorce par consentement mutuel qui a été aboli par Justinien sous l'influence du christianisme, sauf s'il se produit pour accomplir le voeu de chasteté des deux époux lesquels décident de se retirer chacun dans un couvent.

2°- Par volonté unilatérale (répudiation).

2°- Le moyen ordinaire de dissoudre le mariage à Rome, c'est la répudiation. C'est que, en effet, il est rare que les deux époux soient consentants. Ce procédé de la répudiation (ou divorce par volonté unilatérale) existait d'abord dans toutes les législations primitives de la part du mari seulement, et en particulier dans le cas de stérilité de la femme. Plus tard, dans le droit romain, on voit que la femme peut aussi répudier son mari. Il y faut une notification adressée à l'autre époux devant 7 témoins. Elle a d'abord été orale ; les formules employées ont été conservées : "Vade foras", "Va dehors",(Tuas res tibi habeto, agito)- "emporte avec toi ton bien "emmène tes affaires". Ces formules ont disparu du Droit classique. Alors l'acte de divorce écrit, le libellus repudii se donne sans formes.

Caractère réciproque du droit de répudier son conjoint.

Formes de la répudiation : le libellus repudii.

Au point de vue des règles de fond, la répudiation obéit aux mêmes règles que le mariage, c'est-à-dire que si le mari avait encore son père, de même que c'est le consentement de ce père qui est nécessaire pour le mariage du fils, de même c'est le père qui prend sur lui de répudier la femme du fils, même contre la volonté du fils. Les Comiques relatent ces plaintes de jeunes femmes répudiées par leur beau-père. Mais cela changea.

Droit du P.F. de rompre par répudiation le mariage de son fils.

Le divorce sous Justinien. 1°- d. bona gratia. 2. d. ex justa causa. 3. d. sine ulla causa.

Sous Justinien, trois espèces de divorces :

1°- Le divorce par consentement mutuel : divortium bona gratia - divorce de bonne grâce (cas prévu plus haut).

2°- Le repudium, fait en vertu d'un juste motif : ex. justa causa (adultère de la femme).

3°- Le repudium sine nulla causa "la répudiation par caprice". Dans ce cas, le divorce entraîne des peines politiques et des peines pécuniaires : la privation de la dot, la privation de la donation entre époux.

Les Romains ont été d'abord favorables aux se-

Source : BIU Cujas

Répression du divorce abusif. Les seconds mariages. Faveur de l'ancienne législation romaine pour les seconds mariages. Le mari peut se remarier aussitôt ; la femme veuve doit respecter un certain délai de viduité. Justification de ce délai : deuil du mari ; confusion de parts.

conds mariages parce que c'était l'intérêt de la Cité que les enfants fussent le plus nombreux possible. Aussi ont-ils admis que les maris qui avaient perdu leurs femmes ou divorcé, se remarient tout de suite.

Pour la femme veuve, depuis les temps les plus antiques, depuis les Lois Royales, elle ne peut pas se remarier avant 10 mois, tempus lugendi ; la femme est obligée de porter le deuil de son mari,"ce n'est pas l'affaire des hommes de pleurer, c'est l'affaire des hommes de se souvenir" parce que c'est à eux qu'incombe la défense de la patrie. Plus tard, lorsque les idées religieuses ont disparu, le même délai a été nécessaire pour une autre raison qui est qu'il faut éviter ce qu'on appelle "la confusion de parts" (partus, enfant) : la turbatio sanguinis, c'est-à-dire que s'il venait un enfant à la femme, on ne saurait pas si l'enfant appartient au premier mari ou au second ; si la femme violait cette règle, elle encourait l'infamie ; et dans le droit chrétien, des déchéances pécuniaires, parce que l'infamie est une peine qui disparaît de plus en plus.

Quant à la femme divorcée, elle pouvait se remarier tout de suite. Elle n'avait pas à pleurer son mari, ce qui prouve bien que le délai de 10 mois est bien fondé sur l'idée qu'elle doit pleurer son mari.

Réglementation des seconds mariages par les Lois Caducaires.

Des lois sont intervenues, on l'a dit déjà, pour favoriser le repeuplement de l'Italie, au début de l'Empire. Ces lois sont les deux lois caducaires : Julia de ordinibus maritandis et Papia Poppea ; elles ont imposé l'obligation du mariage et celle d'avoir des enfants ; pour faire exécuter ces lois, on menace de peines ceux qui ne sont pas mariés et ceux qui n'auront pas d'enfants (privation des droits de succession),(V. Successions).

Le mari qui était veuf ou divorcé devait se remarier immédiatement sous peine d'être considéré comme célibataire. La femme veuve devait se remarier au bout d'un an, d'après la loi Julia, au bout de deux ans, d'après la Loi Papia Poppea, sous peine d'encourir les sanctions qui la priveraient du droit de succession. La femme divorcée doit être remariée au bout de six mois d'après la loi Julia, 18 mois d'après la Loi Papia (Règles d'Ulpien, titre 14).

Désuétude des Lois Caducaires dans l'Empire Chrétien. défaveur des seconds mariages ; mesures prises pour

Le Droit chrétien a laissé tomber en désuétude les Lois Caducaires ; elles disparaissent, en effet, avec Justinien. C'est que le droit chrétien s'inspire d'autres considérations que le droit ancien : le droit chrétien ne défend pas le remariage, mais il n'y pousse pas, parce qu'il prône, d'autre part, le célibat consacré à la prière et aux bonnes oeuvres. Mais le

Source : BIU Cujas

protéger les enfants du premier lit.

christianisme pense aussi aux enfants et à la situation des enfants du premier lit, en cas de remariage ; il a remarqué que les enfants du premier lit sont négligés et quelquefois martyrisés ; ainsi, l'époux qui se remarie est capable de vendre le patrimoine des premiers enfants et de le donner soit à la seconde femme soit aux enfants du second lit. Il faut donc protéger les enfants du premier lit. En conséquence, le Droit chrétien a obligé celui qui se remarie à ne plus disposer que de la jouissance des biens des enfants du premier lit : la nue-propriété reste aux enfants ; et sur ses biens personnels, il ne peut laisser à son conjoint qu'une part d'enfant le moins prenant (c'est encore l'art. 1098 du Code Civil) ; par exemple, si son enfant du premier lit a 1/8 et un autre 1/6, il ne peut donner à son conjoint qu'un huitième.

Section II

Les enfants

Extinction de la patria potestas.

Extinction de la patria potestas. a parte patris (mort, capitis deminutio) a parte filii (mort, émancipation, abandon noxal ; datio in adoptionem.

La patria potestas s'éteint dans la personne du père par sa mort ou sa capitis deminutio. Elle s'éteint dans la personne de l'enfant, lorsqu'il meurt ou lorsqu'il sort de la domus.

L'enfant peut sortir de la Domus de plusieurs façons ; quand le père en fait abandon noxal (quand il le livre à la victime du délit) ; quand il le donne en adoption ; ou enfin par l'émancipation. Celle-ci se rattache à la mancipation.

Réalisation de l'émancipation par une triple mancipatio à un tiers suivie d'un triple affranchissement.

Formes.- On a vu, à propos de l'adoption, que si le père avait fait sa troisième mancipation, et que la puissance paternelle soit ainsi éteinte, le comparse qui avait l'enfant in mancipio pour la troisième fois pouvait, ou bien ne pas faire le troisième affranchissement et c'était l'adoption, ou bien faire le troisième affranchissement, et c'était l'émancipation. Donc, trois mancipations, trois affranchissements, et après le troisième affranchissement, l'enfant est émancipé.

Simplification des formes de l'émancipation au Bas-Empire sous l'influence des prati-

Les formes se sont simplifiées, car la mancipation et l'in jure cessio ou bien ont disparu, ou plutôt n'ont jamais été pratiquées en Orient (C'est l'opinion de M. Collinet). Avant Justinien, l'émancipation ne requiert plus qu'une forme très simple et d'origine grecque : le père donne à son fils une lettre d'affranchissement et devant le juge il le déclare émancipé. C'est ce que disent les "Leges Seculares" : la pratique est devenue légale sous Justinien (Inst. I,12,6 - Collinet t. I. 55)

Source : BIU Cujas

ques grecques; l'émancipation Justinienne.

Anastase avait inventé un autre procédé "L'Emancipation anastasienne. Lorsque les enfants sont absents, on ne peut les conduire devant le magistrat, et l'émancipation se fera par rescrit du prince.

L'émancipation anastasienne. Effets de l'émancipation : elle rompt les liens de parenté civile, mais laisse subsister les biens de cognatio qui permettent à l'enfant de venir à la succession de son père et de sa mère.

Effets.- L'émancipé devient sui juris ; tout lien est rompu avec sa famille ; il n'a plus aucun droit de succession. Cependant il y reste uni par la cognation. En effet, l'émancipation est un procédé civil qui peut rompre l'agnation, la gentilité, mais qui ne peut compre le lien naturel de la cognatio. L'émancipé pourra donc participer, comme les enfants restés en puissance, à la succession de son père et de sa mère, non pas d'après le droit ancien, mais d'après le droit prétorien et d'après le droit impérial (V. Successions).

L'émancipé pouvait avoir des biens propres quand il mourait. Ces biens passeront à l'émancipateur, à défaut d'enfant et cet émancipateur est, en général, le père. C'est pourquoi on a vu que le tiers comparse remancipait l'enfant à son père qui conserve un droit sur l'émancipé.

Sort des biens de l'enfant émancipé à sa mort.

De même, si l'émancipé était impubère : c'est le mancipateur qui exercerait la tutelle sur lui ; s'il était fou ou s'il était prodigue, la curatelle lui appartiendrait également ; et voilà pourquoi le père à intérêt à être émancipateur ; car c'est celui qui fait l'affranchissement, qui a le droit de succession, de tutelle et de curatelle.

Droits de l'enfant sur le pécule qu'il possédait au moment de son émancipation.

Les biens de l'émancipé se composent : de l'argent gagné par son travail, des successions ou des legs et aussi d'un patrimoine à lui concédé au moment de l'émancipation. En effet, il est admis par Papinien (Fragm. du Vatican 255-260) que l'enfant emporte son pécule profectice - à moins que son père ne le lui retire.

D'autre part, il gardait en pleine propriété le peculium castrens et le pécule quasi-castrens.

En cas d'émancipation, le père garde une partie des bona adventicia.

Que se passe-t-il pour les biens adventices ? On sait que le père en avait l'usufruit et l'enfant la nue-propriété. Il est arrivé que, pour ne pas perdre l'usufruit, le père refusait d'émanciper son enfant. Les empereurs ont essayé de concilier les choses et Constantin a déclaré: le père sera obligé d'émanciper son fils, mais il pourra retenir le tiers des biens en pleine propriété. Justinien a substitué à ce tiers en pleine propriété l'usufruit de la moitié des biens adventices (Inst. de Just. 2,9,2).

Evolution des caractères de l'émanci-

L'émancipation nous apparaît, aussi bien dans les civilisations modernes qu'à l'époque classique et sous l'Empire, comme un avantage pour l'enfant : à Rome, elle lui donne l'indépendance ; elle lui permet

Source : BIU Cujas

pation : d'abord comme une peine, elle devint sous l'Empire une faveur.

de gagner sa vie pour lui-même, alors que quand il était alieni juris, tous les biens qu'il gagnait passaient à son père, c'est-à-dire à la famille. Mais l'émancipation n'avait pas toujours été une récompense : on a déjà indiqué que dans les civilisations primitives, la sortie de la famille est une peine : à moins que l'enfant ne soit adopté par une autre famille, il est considéré comme une homme suspect. L'émancipation primitive, l'exclusion de la famille des membres mauvais, est une punition. C'est le caractère qu'a conservé pendant longtemps l'émancipation grecque qu'on appelle apokeryxis en grec, abdicatio en latin, (Cuq).

L'émancipation est donc devenue un avantage pour l'enfant à partir de la fin de la République, au moment où la famille se dissocie, où on est plus tendre pour les enfants, où disparaissent les vieilles idées patriarcales et religieuses. Conséquences : si l'émancipation est un avantage, elle peut être révoquée parce que tout bénéfice peut être rétracté.

Possibilité de révoquer l'émancipation quand l'enfant a démérité.

Ainsi l'affranchissement et la donation peuvent être révoqués pour ingratitude car ce sont des actes de libéralité. L'émancipation sera révocable pour ingratitude si l'enfant attente, par exemple, à la vie de son père (Constantin, Frag. du Vatican, 248) et l'enfant redevient comme s'il n'avait jamais été sui juris.

Quelques cas d'émancipation tacite.

Les Romains ont connu des émancipations tacites, dans le très ancien droit : la fille qui devient vestale, le fils qui devient flamine de Jupiter voient disparaître la puissance paternelle. Par imitation, sous Justinien, le fils qui devient patrice, (1) le Consul, le préfet du prétoire, le préfet de la ville, le maître des Milices (général en chef), les évêques, sont aussi indépendants de droit. Il y a plus : quand l'enfant alieni juris a un patrimoine propre sur lequel il se comporte comme un père de famille pendant longtemps, il est émancipé dans la mesure de la valeur de celui-ci : on voit ici l'influence de la condition de fait sur le droit (Ulpien D. 1,7,25 pr.)

---

(1) C'est une dignité très répandue, qui ne procure d'autre avantage que celui d'avoir un beau costume, de pouvoir paraître à la cour, et d'avoir participation aux récompenses de l'empereur ; Clovis a été fait patrice par Anastase.

Source : BIU Cujas

Section III

Les esclaves.

Extinction de la dominica potestas.

La dominica potestas prend fin : 1°- par la mort de l'esclave ; 2°-/Par son aliénation entre vifs ou à cause de mort.

La dominica potestas s'éteint naturellement par la mort de l'esclave ou par son aliénation.

L'aliénation s'opère ordinairement par mancipation ou in jure cessio, mais il faut prendre le mot au sens le plus large, s'opérant même sans la volonté du propriétaire (usucapion).

Au cas du legs de l'esclave à autrui, ce n'est pas la dominica potestas du père de famille qui cesse, c'est la dominica potestas de ses enfants qui ne commence pas.

Enfin, entre vifs ou à cause de mort, l'esclave peut être affranchi.

3. Par affranchissement, (manumissio) acte par lequel le maître donne la liberté à son esclave. Trois formes d'affranchissement.

L'affranchissement s'appelle en latin Manumissio. Le mot "manus", puissance, ne s'applique plus que pour les femmes au temps de Gaius ; mais il faut croire qu'il s'est appliqué également à la puissance sur les esclaves, puisque l'affranchissement s'appelle "manu missio", de manu mittere "rejeter de sa main".

L'affranchissement est l'acte par lequel un maître donne la liberté à son esclave. Il en existe trois formes : censu, vindicta, testamento : par le cens, par la vindicte, par le testament.

1° - Censu.

1°- L'affranchissement censu : l'homme libre qui néglige de se faire inscrire au cens devient esclave. A contrario, l'esclave, qui du consentement de son maître, se fait inscrire au cens, devient libre (Règles d'Ulpien 1,2). Ce procédé ne peut s'employer qu'à chaque recensement, à chaque lustre, tous les 5 ans, et c'est son inconvénient. Bien qu'il soit encore mentionné au milieu du IIIème siècle par le document grec "Fragment dit de Dosithée", cet affranchissement n'était sans doute plus pratiqué depuis le IIème siècle.

2. Vindicta.

Le deuxième procédé d'affranchissement est celui de la vindicta. La majorité des auteurs y voit l'application de l'action en revendication de liberté (V. plus haut) exigeant la présence d'un adsertor libertatis mais où le maître ne conteste pas la liberté de l'esclave. M. H. Lévy-Bruhl (1) a montré que ce mode n'est pas un procès fictif : c'est une cérémonie (sans adsertor) qui aboutit à l'addictio du magistrat pronon-

---

(1) Quelques problèmes, etc.. 56-76. Monier t. I, p. 260-261.

Source : BIU Cujas

çant la liberté de l'esclave. Des rites sont exigés : le maître lui donne un soufflet, et il le fait tourner sur lui-même, puis lui serre la main ; le licteur du magistrat le frappe avec une baguette (vindicta) qui joue un rôle dans le sacramentum in rem ; d'où le nom du procédé. Un bas-relief de Mariémont (Belgique) représente la scène. Le sens des rites est discuté.

Simplification des formes de l'affranchissement vindicta.

Cette procédure a été simplifiée au IIIème siècle où il suffisait d'une déclaration du maître devant les licteurs ; sous Justinien, il suffit d'une déclaration devant les magistrats.

Au point de vue du fond, les règles sont les suivantes : c'est une application de l'in jure cessio, acte "gracieux" ou "volontaire". La procédure se déroule devant le Consul, le préteur, le proconsul, le praeses, autrement dit devant un magistrat supérieur qui peut opérer à un jour faste comme à un autre jour ou en un lieu quelconque, même dans la rue, quand il va au bain ou au théâtre.. Il ne siège pas sur son tribunal, donc ce n'est pas un procès (Gaius 1,20).

L'affranchissement vindicta, comme l'affranchissement censu, est un acte formaliste. C'est un acte qu'on appelle également : actus legitimus. Les Actus legitimus constituent à Rome tout un groupe (dont l'énumération a d'ailleurs été diminuée par suite des interpolations) qui se caractérise par ce fait qu'ils ne comportent ni terme ni condition. (Papinien, D. 50, 17,77) ; ils ne peuvent être que purs et simples. Ainsi on ne peut pas faire d'affranchissement à terme ou sous condition.

3. Affranchissement par testament, par un legs de liberté.

Le troisième procédé d'affranchissement est l'affranchissement testamento qui, à la différence des deux premiers, vaut pour l'avenir et peut recevoir le terme ou la condition. Le testateur disait : que mon esclave Stichus soit libre ; l'esclave devient l'affranchi du défunt ; on l'appelle pour cette raison "libertus orcinus" (affranchi de Pluton). Les formes ont été simplifiées au fur et à mesure que le testament se simplifiait, (V. Successions).

Telles sont les formes anciennes d'affranchissement que l'on trouve dans Gaius.

4. Affranchissement in sacrosanctis Ecclesiis.

Une quatrième forme d'origine grecque qui apparaît au Bas-Empire est l'affranchissement "In Sacrosanctis Ecclesiis"

Affranchissements non solennels.

En cinquième lieu, des procédés d'affranchissement non formalistes se rencontrent dans deux cas :

Ier cas - Au lieu de proclamer la liberté de l'esclave dans un testament régulier, le maître lui accorde cette liberté dans un Fidéicommis en chargeant son héritier d'affranchir l'esclave. Si l'héritier exécute la volonté du testateur, l'affranchi aura pour

Source : BIU Cujas

1° - Fideicommis de liberté imposant à l'héritier d'affranchir l'esclave et sanctionné par une cognitio extra ordinem.

patron l'héritier qu'on appelle "le fiduciaire"; si l'héritier n'exécute pas la volonté du défunt, pendant longtemps aucune sanction n'existe contre lui, cet acte étant abandonné à sa foi (fides). Mais les empereurs ont donné une sanction aux fidéicommis sous la forme de cognitio extra ordinem, où le magistrat statue lui-même sans renvoi à un juré.

2° - Affranchissement par une manifestation de volonté du maître. En droit, l'esclave n'est pas affranchi, mais le préteur doit le protéger contre une réclamation du maître.

2ème Cas - Le maître a affranchi son esclave sans forme, inter amicos "entre amis", "per mensam", c'est-à-dire, dans un banquet; ou encore le maître envoyait une lettre à son esclave qui est au loin; il tient par exemple un comptoir pour son maître et celui ci content de ses services lui écrit "je t'affranchis" "per epistulam". Tout cela ne vaut rien en droit, parce que les formes n'ont pas été respectées. L'esclave est affranchi en fait, il ne l'est pas en droit, il se comporte en fait comme un homme libre; mais un jour le maître peut révoquer son affranchissement, c'est-à-dire réclamer l'esclave. Celui-ci se défend, on va devant le magistrat. Ce magistrat, qui a dû pendant quelques siècles donner raison au maître, a fini par déclarer que le maître avait tort et lui a refusé la revendication de l'esclave (la vindic. in servit.)

Régularisation de la situation de ces esclaves affranchis par un mode non solennel; La Loi Junia Norbana leur donne la qualité de latins.

Voilà comment des hommes vivaient in libertate (en état de liberté) sans être libres, situation bizarre que nous ne pouvons comprendre aujourd'hui et qui a surpris un jour les Romains eux-mêmes. Une loi Junia (soit la Loi Junia qui serait alors entre 710 et 727 (44 à 27 av. J.C.), ou la Loi "Junia Norbana" 18 ap. J.C.) est venue déclarer que ces individus seraient assimilés à des Latins; aussi les appelle-t-on latins juniens (Gaius 3,56).

Sera également latin junien l'esclave affranchi par un maître qui n'avait pas sur lui la propriété romaine, mais seulement la propriété prétorienne, l'in bonis (Ulpien, Règles, 1,7).

Sous Justinien, les affranchis sont tous citoyens parce que l'in bonis a été confondu avec la propriété romaine et que les actes sans formes ont été rendus aussi efficaces que les actes formels (Inst. 1,5,3).

Les abus des affranchissements à la fin de la République.

Au point de vue du fond, l'affranchissement a été soumis par les Romains à des conditions rigoureuses car l'affranchissement est un acte dangereux, puisqu'il fait devenir citoyens des hommes qui ne sont pas tous d'une qualité désirable.

Pendant longtemps, jusqu'au début de l'Empire, aucune restriction aux affranchissements pour plusieurs raisons: d'abord parce que les affranchissements n'étaient pas très fréquents; dans la vieille civilisation romaine, on avait peu d'esclaves; les Romains vivaient

Source : BIU Cujas

modestement, mais après les guerres puniques, puis à la fin de la République, au moment où Caton prononce ses diatribes fameuses contre le luxe, après les conquêtes, la fortune romaine a considérablement augmenté et le nombre des esclaves s'est accru dans de grandes proportions; on a fait des razzias en Afrique, en Asie; on a enlevé des populations qu'on vendait sur les marchés; les gens riches mettent leur luxe à avoir des esclaves en grande quantité.

De leur côté, les maîtres ne gagnent pas en qualité, les moeurs ne sont plus aussi pures et on ne choisit plus ses affranchis avec le même soin;pour les ancillae, il est à supposer que les maîtres avaient quelques faiblesses, et les affranchissements s'étaient énormément multipliés; comme la plupart de ces esclaves étaient des citoyens, il en résultait que la cité contenait beaucoup d'esclaves affranchis. Il arrivait que, par testament, un maître affranchissait 1000, 2000 esclaves et cela présentait de graves inconvénients pour le maintien de l'ordre public. L'empereur Auguste prit à cet égard des mesures pour sauvegarder l'Etat romain. Il a fait des lois pour favoriser le mariage, réprimer les adultères et pour diminuer le nombre des affranchis.

Restrictions à la liberté d'affranchissement.

Loi Fufia Caninia restreignant les affranchissements à cause de mort.

Une première loi Fufia Caninia, 752 de Rome (2 av. J.C.) a restreint les affranchissements testamentaires: cette loi proportionne le nombre des affranchissements au nombre des esclaves du maître et fixe un maximum de 100 affranchissements que le testateur ne pourra pas dépasser sous peine de nullité. Il faut, d'ailleurs que les affranchissements soient nominatifs, c'est-à-dire qu'ils indiquent le nom de chaque esclave (Ulpien, Règles,1,24-25.)

Loi Aelia Sentia restreignant les affranchissements entre vifs.
1°- l'esclavage qui a encouru certaines peines ne peut être que pérégrin déditice.
2°- l'esclave doit avoir 30 ans.

Une deuxième loi, beaucoup plus importante, est la loi Aelia Sentia (4 ap. J.C.). Elle contient quatre dispositions principales :

1°- L'esclave qui, en état de servitude, a subi des peines ou des flétrissures et qui serait affranchi ne peut être que pérégrin déditice. Cette classe a été supprimée sous Justinien.

2°- L'esclave à affranchir doit avoir 30 ans révolus, sauf si le maître a une juste cause d'affranchissement qui doit être reconnue par le Consilium du magistrat (le conseil du préteur était composé de 5 Chevaliers et de 5 sénateurs ; celui du gouverneur de province, de 20 jurés et de 20 récupérateurs). Le maître fera devant eux une "Causae probatio", démontrera la légitimité de la cause ; par exemple, il veut affranchir son fils naturel ou sa fille naturelle, son frère, etc.. : alors ils peuvent être affranchis avant

Source : BIU Cujas

l'âge de 30 ans, mais par la "vindicta" ,(Gaius 1,18 à 20).

3. Le maître, en principe, doit avoir 20 ans.

3°- Un maître qui a moins de 20 ans ne peut pas affranchir sans juste cause reconnue par le Consilium.

Si le maître a plus de 20 ans et qu'une juste cause soit reconnue par le Consilium, l'esclave deviendra citoyen. Si le maître avait affranchi inter amicos, l'esclave deviendrait seulement latin (G. 1, 38 à 41).

4°- Les affranchissements faits en fraude des droits des créanciers sont nuls.

4°- La Loi Aelia Sentia a rescindé les affranchissements faits entre vifs par un maître insolvable en fraude de ses créanciers. Le préteur avait bien posé en principe dans son Edit que si un débiteur insolvable nuit à ses créanciers par des aliénations frauduleuses, les actes qu'il a passés en fraude de ses créanciers doivent être révoqués au moyen d'une action dite Paulienne. Mais cette action révocatoire ne s'appliquait pas aux affranchissements parce que les Romains, favorables à la liberté, n'admettent pas qu'une fois la liberté acquise, elle puisse être révoquée. La loi seule pouvait changer ce régime. Depuis la loi Aelia Sentia, l'affranchissement frauduleux sera considéré comme rescindé (Gaius ,1,26,37).

Possibilité pour un maître insolvable d'affranchir un esclave en l'instituant héritier.

Par ailleurs, le maître insolvable pourrait affranchir son esclave par testament à condition de l'instituer héritier. Pourquoi cela ? Ce n'est pas l'intérêt de l'esclave puisque le maître ne laisse que des dettes ; c'est dans son intérêt propre, pour ne pas être couvert d'infamie, que le maître affranchit son esclave. Comme il lui faut un héritier, il institue son esclave ; celui-ci ne peut pas refuser la succession ; il est un héritier nécessaire et il est responsable vis-à-vis des créanciers des dettes de son maître.

Abrogation de la Loi Fufia Caninia et atténuation de la Loi Aelia Sentia sous Justinien.

La Loi Fufia Caninia a été abrogée par Justinien (Inst. 1,7,1). La Loi Aelia Sentia a subi deux transformations puisque sous Justinien, il n'y a plus d'affranchis latins et que, d'autre part, un maître qui a 18 ans (la "plena pubertas"), peut affranchir par testament. (Inst. 1,6,7).

Devoirs de l'affranchi envers son patron.

Quelle est la condition de l'affranchi ? (1)

L'affranchi prend le prénom, le nom gentilice de son patron, puis met le prénom au génitif avec l'initiale "L" - libertus - et il garde son nom d'esclave comme cognomen. Ainsi Hermodore, ancien esclave de Cicéron, s'appellera : Marcus, Tullius. Marci "L" Hermodorus.

L'affranchi est libre ; mais il est tenu à certains devoirs envers le patron. Ces devoirs constituent

(1)Sur les Droits politiques, V. plus haut.

Source : BIU Cujas

par réciprocité les droits de patronat.

Ils sont au nombre de trois : obsequium; operae, bona.

1°- Obsequium. a) Obsequium : l'affranchi est tenu de respecter le patron, de manifester sa gratitude envers lui, de lui rendre tous les services possibles. Si le patron tombait dans la misère, par exemple, il serait obligé de l'aider.

2°- Operae. b) Operae : Ce sont des services pécuniaires qui correspondent un peu aux corvées de l'ancienne France. Elles sont promises soit par stipulation, soit par un contrat verbal spécial : le "jusjurandum liberti ou "jurata promissio liberti", le "serment de l'affranchi' Ces services donnent ouverture à une action : le "judicium operarum" (dont la théorie soulève des difficultés (1). (V. IIème année).

3°- Bona. c) Bona : le patron a droit à la succession de l'affranchi si celui-ci ne laisse pas d'enfants. Il a droit également à la tutelle de l'affranchi ou de ses enfants s'il y a lieu.

Devoirs du patron envers l'affranchi. Réciproquement, le patron a des devoirs vis-à-vis de son affranchi : notamment il devra des aliments à l'affranchi dans le besoin.

Révocation de l'affranchissement pour ingratitude. Si l'affranchi se montrait ingrat vis-à-vis du patron, l'affranchissement devait être révoqué, depuis le règne de Commode, fin du 2ème siècle, (D. 25,3,6,1).

---

(1) Thèse de J. Lambert, Les operae Liberti, Paris 1934.

Source : BIU Cujas

Titre III

LA CAPITIS DEMINUTIO.

On a vu que le Caput, c'est la personnalité juridique complète, celle qui appartenait à un citoyen romain chef de famille : status de la liberté, status de la Cité, status de la famille. Cette capacité complète peut être réduite. Il est des cas où le citoyen subit des déchéances sans perdre sa qualité de citoyen. Ainsi, il est déclaré, dans certains cas,

Déchéances qui peuvent atteindre un citoyen.

incapable de figurer comme témoin dans les actes juridiques (l'intestabilité); d'autre part, il est noté par le censeur, parce qu'il a mal agi; il subit la Nota Censoria, il devient ignominiosus, infâme; certaines professions engendrent l'infamie, celle de gladiateur et d'autres; enfin il peut subir la turpitudo qui fait de celui qui en est frappé une "personne honteuse" (V.Girard, p. 214-216).

Changements que peut subir un citoyen romain dans son état: capitis deminutio.

Bien plus il est des cas nombreux où le citoyen perd sa personnalité, sa capacité.

a) Il peut la perdre en entier, perdre à la fois la liberté, la cité, la famille; il subit alors ce qu'on appelle : la capitis deminutio maxima;

b) ou bien il perd la cité et la famille sans perdre la liberté; et c'est alors la capitis deminutio media ou minor.

c) Enfin il perd le status de famille sans perdre les autres status, c'est la capitis deminutio minima Gaius (I,159) définit donc la capitis deminutio : "prioris status permutatio", un changement d'état.

§ I - Les causes de la capitis deminutio.

I°- C.D. maxima perte de la liberté. Atténuations au principe que le citoyen fait captif devient esclave- Théorie du jus postliminii, c'est une fiction qui

I°- La capitis demunitio maxima intervient lorsqu'on perd la liberté et qu'on devient esclave pour les causes déjà indiquées. Cependant, le citoyen romain qui est tombé en esclavage parce qu'il a été captif, peut recouvrer sa qualité de citoyen romain par l'application d'un droit très curieux : le postliminium, ou jus postliminii. Cela veut dire exactement : rentrer dans sa maison par derrière - parce que l'individu qui n'est plus citoyen ne peut pas rentrer dans son ancienne maison par le seuil (limen), par devant. Il n'est plus propriétaire de sa maison, et il n'a plus droit d'avoir place à son foyer. Le seuil d'une maison

Source : BIU Cujas

qui peut bien faire disparaître les conséquences juridiques de la C.D. mais ne peut rien contre les faits.

romaine est inviolable : il entrera par derrière, et une fois qu'il sera rentré, le postliminium s'appliquant il redevient propriétaire, et il pourra sortir et rentrer par le seuil.

Cette théorie constitue une fiction. Les Romains ont beaucoup usé de la fiction, du procédé qui consiste à imaginer qu'un acte s'est passé quand il ne s'est pas passé ou réciproquement. Le captif qui revient est considéré comme n'ayant jamais quitté Rome, comme ayant toujours été citoyen et il recouvre tous ses droits (res juris) propriété, puissance paternelle, maritale, etc..... Son testament, qui était devenu nul est de nouveau valable, mais le postliminium a sa limite dans les faits (res facti): on ne supprime pas un fait par fiction, par conséquent, on ne rend pas au captif qui revient la possession qu'il a perdue et qui est un fait.

2°- C.D. media quand le citoyen perd la liberté.

2°- La deuxième espèce de capitis deminutio, capitis deminutio media ou minor se produit lorsqu'un citoyen perd la Cité sans la liberté (il devient pérégrin) ce qui est devenu possible entre l'époque de Cicéron et celle d'Auguste.

On perd la cité en conséquence de certaines peines. Ainsi, sous la République "l'interdiction de l'eau et du feu" "interdictio aquae et ignis" peine d'abord religieuse et devenue civile, sous l'Empire, la déportation, les travaux forcés à perpétuité.

3°- C.D. minima quand il perd le droit de famille.

3°- Enfin la capitis deminutio minima est la perte du droit de famille, - un sui juris devient alieni juris; cas de l'adrogation, de la conventio in manum; de la legitimation (l'enfant naturel n'ayant pas de père légal était sui juris : légitimé, il devient alieni juris). Mais il y a aussi Capitis deminutio minima quand on change de famille, quand un alieni juris entre dans une autre famille : c'est le cas de l'adoption de la conventio in manum d'une fille de famille, des enfants de l'adrogé. Enfin il y a encore capitis deminutio minima lorsqu'une personne est affranchie du mancipium (émancipé) (G. I,I62).

§ II - Les effets de la capitis deminutio.

La C.D. anéantit l'état juridique antérieur pour le remplacer par un état nouveau variable

I°- Les effets de la C.D. revêtent un double aspect : l'ancien état juridique est anéanti dans une mesure que nous aurons a déterminer, puis un état nouveau naît, qui est un état variable. Il peut aller de l'incapacité complète quand il s'agit de C.D. maxima à une incapacité limitée moyenne, C.D. media et jusqu'à une incapacité minime, quand il s'agit de la 3ème

« Les Cours de Droit »
Source : BIU Cujas 3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions Ecrites
Reproduction Interdite
U

différent du premier.

sorte de C.D.

La C.D. peut faire passer un individu d'un état à un état inférieur. Ou d'un état à un état égal.

a) L'état nouveau peut être un état inférieur au premier (et c'est toujours cela qu'on a en vue en parlant de la C.D.): l'homme libre devient esclave : c'est l'incapacité complète, le citoyen devient pérégrin : c'est une déchéance, le sui juris devient alieni juris,

b) Dans certains cas, le changement se fait d'état à état égal : c'est le cas de l'adoption, de la conventio in manum d'une fille alieni juris, des enfants de l'adrogé : ces personnes, alieni juris dans la famille "A", le deviennent dans la famille "B", elles ont la même incapacité, et cependant elles ont subi une C.D.

ou d'un état inférieur à un état supérieur.

c) Enfin, on peut subir une C.D. et se trouver dans un état supérieur. C'est le cas de l'émancipé, il était alieni juris, il devient par l'émancipation sui juris et il subit cependant une C.D. ou plutôt six (G.I,I62); de même la personne libérée du mancipium; dans le cas de divorce, la femme in manu devient S.J..

Il est donc impossible de considérer la C.D. comme une diminutio de capacité.

Ce fait que l'on se trouve dans un état égal ou supérieur empêche d'admettre la théorie de Savigny qui déclarait que la C.D. était une diminution de capacité, il traduisait C.D. par "diminution de capacité", or ce n'est pas une traduction juridique "deminuere" ne veut pas dire "diminuer", mais "anéantir"; et on peut invoquer contre la théorie de Savigny le passage de Gaius qui, à la vérité, n'a été lu qu'après la publication du Traité de Savigny, (Gaius I,I62)

Sens du mot: deminuere.

Gaius écrit que l'émancipé subit 6 capitis deminutiones, trois lorsque son père fait les trois mancipations et trois lorsque le comparse fait les trois affranchissements. On voit donc bien que ce n'est pas une diminution de capacité.

La C.D. est prioris status permutatio.

La C.D. c'est la perte de la capacité ou même la perte de l'incapacité, c'est,comme le dit Gaius, le changement d'état, prioris status permutatio.

2°- Quels sont les droits détruits par la C.D?

La théorie la plus délicate est celle de la C.D.minima Gaius (I.I58)justifie les effets de la C.D en disant "Quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest naturalia vero non potest corrumpere". Ces effets s'expliquent, dit-il parce que le droit civil peut d'une part détruire les droits civils, mais ne peut pas détruire les droits naturels."

Les effets de la C.D. s'expliquent par la distinction des jura civilia et des jura naturalia. Les premiers dérivant du droit civil peuvent être atteints par un changement

On a vu quelque chose d'analogue en parlant des effets du postliminium, qui fait disparaître les altérations aux res juris mais ne peut pas détruire les res facti.

On comprend très bien que la C.D. détruise les premiers parce que la C.D. est un changement d'état en droit civil. On comprend d'autre part, que les ju-

Source : BIU Cujas

d'état, les seconds se rattachant à la personne physique subsistent avec elle malgré la C.D.
Cette distinction se rattache à celle de la personnalité juridique et de la personnalité physique.
Applications de cette distinction: 1°- La C.D. éteint les droits de famille dérivant de la conception civile de la famille romaine mais non ceux qui dérivent de la conception naturelle de la famille.
2° - En droit Civil le testament du capite minutus est irritum, mais le préteur en tient compte cependant.
3°- Les droits patrimoniaux du capite minutus sont transmis au bénéficiaire de la C.D. (adrogeant).
Cependant l'usufruit, l'usage, la société, l'adstipulation, le mandat s'éteignent par la C.D. comme par la mort parce

ra naturalia ne soient pas touchés parce qu'ils s'attachent à la personne physique qui ne disparaît pas au moment de la C.D. alors qu'elle est détruite par la mort. En effet, chaque homme libre possède deux personnalités; une personnalité physique et une personnalité juridique.

Voilà la théorie la plus simple; elle repose sur une distinction, à laquelle se rattachent les solutions empiriques des textes. En étudiant la capitis deminutio on passe en revue à peu près tous les droits.

a) Droits de famille: les textes prouvent que par la C.D. sont anéantis les puissances du chef (patria ou dominica potestas, manus, mancipium), l'agnation - (Gaius I,158)- la gentilité,- la tutelle légitime (G. 1.163),- le patronat,- en particulier le droit du patron aux operae, droit qui périt non seulement par la capitis deminutio du patron, mais également par la capitis deminutio de l'affranchi (Gaius III,83).

Au contraire, certains droits de famille ne disparaissent pas. Ainsi: la cognation - (G.1.159); les successions prétoriennes et impériales (bonorum possessiones), sont fondées sur l'idée de parenté du sang, la tutelle dative, la tutelle testamentaire, la tutelle fiduciaire. Comment s'explique l'opposition ? Si on analyse les droits qui disparaissent, on s'aperçoit que la raison vient de la constitution civile légale de la société romaine.

Si on analyse les jura naturalia, qui ne sont pas touchés par le C.D. de famille, on s'aperçoit que ce sont des faits naturels transformés en droit.

b) On peut rapprocher des droits de famille, le testament. En droit civil, le testament du capite minutus est nul "irritum" (Gaius, II,145,146). Au contraire, le préteur confère aux personnes instituées dans ce testament nul des successions prétoriennes.

c) L'Actif.- Le capite minutus avait des biens. Son patrimoine se composait activement de droits réels et de droits de créance, mais de créances sanctionnées par des actions reipersécutoires et non par des actions pénales. Le patrimoine du capite minutus s'éteint avec sa personnalité juridique, puisqu'il est alieni juris. Mais ce patrimoine passe à un nouveau titulaire, au bénéficiaire de la C.D. (adrogeant, mari de la femme in manu).

Il y a des jura civilia qui sont "corrupta"; détruits par la C.D. mais qui ne périssent pas complètement, ils sont transmis.

Exception: quelques droits du patrimoine sont éteints définitivement: l'usufruit, l'usage (G.3,83) - la société (G.3.153)- le mandat, l'adstipulatio (G.3. 114), c'est-à-dire la stipulation qui est faite par quelqu'un à côté d'une autre personne. Ces cinq droits

Source : BIU Cujas

qu'ils sont attachés à la personnalité juridique.

s'éteignent également par la mort naturelle et voilà pourquoi Gaius a pu dire à propos de la société que "la C.D. équivaut à la mort"(voir plus loin).

Pourquoi ces cinq droits périssent-ils par la mort et par la C.D. ? c'est , suivant M. Collinet, que ces droits sont attachés à une personnalité juridique déterminée.

d) Dans l'actif du capite minutus, insistons sur les créances.- Les créances sont de deux sortes, celles qui sont sanctionnées par des actions pénales qui ouvrent le droit pour le créancier à une amende pénale; et les créances qui sont sanctionnées par des actions non pénales ou "réipersécutoires" en poursuite d'une valeur (res). Les secondes suivent les biens.

4°- Les créances sanctionnées par des actions pénales subsistent parce qu'elles se rattachent à la personne physique.

Les premières si le titulaire subit la C.D. demeurent sur sa tête; il reste créancier, c'est ce que dit en particulier pour l'action d'injure et pour les créances provenant des délits,le jurisconsulte Paul (IV,5,7,I)-Pourquoi ? Les auteurs ont invoqué diverses raisons, une seule est bonne, c'est que les créances sanctionnées par des actions pénales s'attachent à la personne physique. Dans l'ancienne vengeance privée, sanction primitive du délit, la créance comme la dette, s'attache à la personnalité physique (V. II° Année)(I).

5°- Au point de vue procédure les judicia legitima disparaissent par C.D. mais pas les judicia imperio continentia.

e) Si une personne avait obtenu gain de cause dans une action reposant sur le droit légal (judicium legitimum) et que cette personne fût capite minuta, le droit qu'elle avait obtenu s'éteindrait.(G.III.83). Au contraire dans le cas d'un judicium imperio continens, qui relève de l'imperium du magistrat, ce droit ne s'éteint pas si cette personne subit la C.D. Ici encore, opposition entre une action qui repose sur la civilis ratio, sur le jus civile, et l'action qui repose sur le jus naturale.

6°- La C.D. n'ayant aucun effet par rapport aux jura naturalia laisse subsister: I°- les obligations délictuelles qui pèsent sur la

f) Dettes - Comme les créances, il est deux sortes de dettes ou obligations:I°celles qui s'attachent à la personne physique, qui sont par conséquent des jura naturalia, survivent : telles les obligations sanctionnées par les actions pénales, les obligations délictuelles (Dig.4,5,2,3). On explique cette survivance par leur rapport avec la vengeance privée, sur le corps du coupable (V.II° Année).

De même les obligations naturelles survivent

(I) Gaius (Digeste 4,5,8) dit que l'action de la femme en restitution de sa dot subsiste, même si elle subit une C.D. Le texte (interpolé) dit "c'est parce que cette action est fondée sur l'équité et l'honnêteté"in aequum et bonum concepta. En réalité, c'est parce qu'elle est personnelle à la femme.

Source : BIU Cujas

personne physique.

également à la C.D.(Dig. 4,5,2,2),étant fondées sur la natura.

Les obligations naturelles.

2°) Au contraire, les dettes(surtout contractuelles) sanctionnées par des actions réipersécutoires, sont éteintes, parce qu'elles grèvent la personnalité juridique , qui disparaît; elles s'éteignent complétement: ni le capite minutus, ni la personne qui profite de la C.D. n'en sont chargés.

2°) Mais elle éteint les obligations sanctionnées par les actions réipersécutoires; les créanciers perdent toute action contre le capite minutus et contre le bénéficiaire de la C.D.

Par exemple: le tiers créancier ne peut pas réclamer la dette résultant d'un contrat de vente. Avec nos idées modernes, il semble exister là une injustice: puisque l'adrogeant prend les biens actifs, pourquoi ne prend-il pas les dettes parallèles? C'est que les Romains n'ont pas établi en règle, de solidarisation entre l'actif et le passif d'une personne; le sort du passif n'est pas lié à celui de l'actif sauf dans deux cas si un homme meurt(G. III, 83): dette de succession , ou s'il tombe en faillite(bonorum venditio). Nous retrouverons cela à propos du Patrimoine.

Un individu, obéré de dettes contractuelles, avait donc un moyen pratique de liquider ses dettes: c'était de faire faire une C.D. sur lui-même, par exemple, de se donner en adrogation. Ce moyen malhonnête avait été impossible tant que les pontifes avaient surveillé les adrogations. Lorsque l'enquête des pontifes cessa, l'abus se manifesta. Alors le prêteur intervint toujours avec son idée générale de satisfaire l'équité;

Inconvénients de la dissociation entre l'actif et le passif du patrimoine du capite minutus

et voici le procédé qu'il employa: le Droit Civil refusait au créancier toute action pour recouvrer les dettes réipersécutoires;

Remède que le préteur y a apporté au moyen d'actions fictices données contre le capite minutus.

le prêteur accorda au créancier des actions fictices qui, en pratique aboutiront à faire payer ces créanciers comme s'ils avaient eu une action civile. La fiction que le prêteur introduit dans ces actions, c'est celle que la capitis deminutio est rescindée, c'est-à-dire annulée, et sur la base de cette fiction, il concède au créancier les mêmes actions qu'il aurait eues en Droit Civil, avec modification de la formule(Gaius 3,84 et 4,38).

Ces actions fictices sont données contre le Capite minutus lui-même. Si celui-ci ne se défend pas à l'action, le préteur permet au créancier de vendre les biens qu'il a apportés à l'adrogeant. Autrement dit: il confère au créancier le droit de saisie et le droit de vente. C'est une façon de forcer l'adrogeant à payer les dettes du capite minutus. Pour la C.D. maxima, tous les droits du citoyen sont détruits; pour la C.D. media, le C.M. garde les droits du jus gentium. Quand aux dettes le prêteur donne une action utile contre celui qui profite de la C.D. par exemple, contre celui qui aura l'homme libre devenu esclave en sa puissance; ou encore

Effets de la C.D. maxima et media.

Source : BIU Cujas

le préteur autorise une saisie des biens. Mais ces procédés n'étaient pas valables contre l'Etat qui, cependant, a fini par payer les dettes volontairement. Voilà ce qui se passait à l'époque classique.

§ III- Effets de la C.D. sous Justinien.

Persistance des effets de la C. D. maxima ou media sous Justinien.

Sous Justinien, rien n'était changé pour les effets de la C.D. maxima et media, parce que c'était des peines. Au contraire, de très grands changements s'opérèrent dans les effets de la C.D. minima, car les droits de famille ne ressemblent plus alors à ce qu'ils étaient à l'époque classique.

Disparition presque complète des effets de la C.D. minima sous Justinien.

Voici le tableau de ce qui a disparu et de ce qui reste des effets de la C.D. minima:

I°Le patrimoine de l'adrogé est considéré comme étant adventice et, par conséquent, lui appartient en nue-propriété.

2°) Les vieilles institutions auxquelles se rattache la C.D. ont disparu: la manus, le mancipium, l'adstipulatio, les judicia legitima et les judicia imperio continentia. L'agnation, même supprimée par la Novelle de Justinien.

3°) Justinien a supprimé l'extinction de l'usufruit, de l'usage et de la société; ces droits subsistent après la C.D. dans la personne du capite minutus.

4°) Le testament du C.M. sera désormais valable civilement.

Sous Justinien la C.D. n'entraîne plus extinction des dettes.

5°) L'adrogeant doit payer les dettes de l'adrogé, comme un héritier. En somme, la C.D. minima ne produit presque plus d'effets.

§ IV- L'explication de la Capitis Deminutio.- Ses origines et son histoire.

Fausse assimilation entre la C.D. et la mort civile. Elle repose sur une généralisation d'une comparaison accidentelle faite par Gaius.

Ce problème est extrêmement difficile et plusieurs auteurs en ont tenté la solution. On dit, en général, que tout s'explique par l'idée d'une mort civile. La mort civile est une institution qui a existé dans l'ancien Droit français, aux termes de laquelle certaines personnes, et en particulier les religieux, perdaient tous leurs droits civils.

Sur quoi les auteurs fondent-ils cette comparaison?

Sur un certain nombre de textes, et notamment sur un passage de Gaius,(III, I53) où il explique l'un des effets de la C.D., dans la société, par cette raison "quia civili ratione C.D. morti coaequatur" du point de vue civil, la C.D. équivaut à la mort.

M. Desserteaux a lutté contre cette idée et contre les théories diverses-et très nombreuses - qui ont

Source : BIU Cujas

été proposées pour expliquer la C.D.

Avec un sens historique remarquable et en écrivant 3 volumes qu'on peut considérer comme les meilleurs qui aient jamais été écrits sur le Droit Romain (I) il est arrivé à découvrir la véritable explication de ces choses mystérieuses. Il a très bien vu que Gaius (III, I53) ne formule pas une règle générale, qu'il donne l'explication d'un fait particulier par une raison particulière. Il explique à ce moment-là pourquoi le droit de société, le lien qui existe entre des associés, périt par la C.D., il dit:"la société disparaît par la mort naturelle; elle est éteinte également par la C.D., parce que, au point de vue du droit civil, la C.D. équivaut à la mort". Mais Gaius ne fait pas une assimilation générale et si le parallèle avait été fondé, ce n'est pas dans une phrase incidente du Commentaire III consacré aux obligations qu'il l'aurait faite mais dans le commentaire I à l'endroit même où il parle de la C.D. en général. Les auteurs ont tort de transformer un argument particulier de Gaius expliquant une règle particulière en un argument général. C'est une méthode critiquable.

En fait, M. Desserteaux appuie son système sur des observations que l'on s'étonne n'avoir pas frappé depuis longtemps les jurisconsultes et les historiens du Droit.

Comparaison des effets de la mort civile et de la C.D.

"Vous dites, que la C.D. est une mort civile qui équivaut à la mort naturelle; considérons d'une part, les effets de la C.D. telle qu'elle résulte des textes et la mort naturelle; c'est une comparaison qui s'impose". Or, si on dresse le tableau des droits qui sont détruits par la mort naturelle et de ceux qui sont détruits par la mort civile, on s'aperçoit que, sauf en quelques points, la différence est complète: tout d'abord, différence fondamentale: la mort naturelle ouvre la succession;- et la C.D. ne le fait pas: quand un individu meurt, son patrimoine passe à ses héritiers, son testament entre en application; or, par la C.D. le testament du Capite minutus, s'il en avait fait un, tombe. Quelques effets seuls sont communs à la C.D. et à la mort naturelle, et l'extinction du contrat de société en est un; mais ils sont rares et la plupart du temps il y a opposition entre les effets de l'une et de l'autre.

La C.D. n'ouvre pas la succession comme la mort naturelle.

M. Desserteaux, ayant étudié les différents systèmes proposés arrive à cette conclusion personnelle que M. Collinet approuve tout à fait que la "Capitis Demi-

---

(1) Etudes sur la formation hist. de la C.D. (1909-1928) -Bibliogr. dans Monier, t. I, p. 369, n. 1.

Source : BIU Cujas

nutio" n'est qu'une expression, une étiquette; les effets des actes s'expliquent dans les textes par la C.D., mais dans la réalité, viennent des actes mêmes qui produisent le changement d'Etat. Autrement dit, l'adrogation, la mise en esclavage etc,.. produisent des effets et ces effets, les Romains ont éprouvé le besoin de les réunir dans une construction générale, de les voir inspirés par une même idée directrice et ils ont créé alors la capitis deminutio. Ils ont dit: (1) "ces faits se rattachent à une perte de la capacité".

La C.D. n'est qu'une expression servant à désigner l'ensemble des différents actes qui entraînent par eux-mêmes changement d'état.

Développement de la C.D., d'après M. Desserteaux.

Quant au développement historique de la C.D., M. Desserteaux considère que sa source a été unique à l'origine: la perte de la civitas libertasque, d'où résultait l'existence de deux sortes de C.D. seulement: la C.D. maxima et la C.D. minima (celle-ci fondée sur le mancipium qui faisait de l'enfant un esclave à l'origine). La C.D. media aurait apparu entre Cicéron et Gaius, quand on a séparé la civitas et la libertas. L'idée de mort civile vient du Bas-Empire, mais qui l'a appliquée seulement aux C.D. pénales, maxima et media.

Explication des termes caput deminuere.

Les auteurs ont cherché à expliquer l'expression C.D. Une théorie assez en vogue (Niebuhr, Cuq, Monier) pense qu'elle se rattacherait à l'institution du Cens: sur les registres des censeurs, tous les citoyens étaient inscrits par tête, par chapitre, "caput". L'esclave qui se fait inscrire au cens est citoyen parce qu'il acquiert un chapitre "caput", et celui qui a négligé de s'inscrire devient esclave. Donc, la "Civitas libertasque" est symbolisée en fait par une inscription dans un caput du cens; toute modification apportée à l'état d'un citoyen entraîne la radiation de son nom du caput où il était inscrit: c'est la C.D.

Cette théorie, dit M. Collinet, ne s'accorde pas avec les six C.D. de l'émancipé (la mort civile, non plus) (V. Suprà) et, de plus, l'émancipation ne pourrait se faire alors que tous les 5 ans (période du cens). Il vaut mieux traduire capitis deminutio par "perte de la personnalité", caput, (la tête) symbolisa la "personnalité", comme Sôma (le corps) en Grec. Cette explication est la seule qui s'accorde avec les six C.D. de l'émancipé, lequel perd chaque fois une personnalité. La définition de Gaius "prioris status permutatis" est donc exacte.

En ce sens Monier T. I , pages 370-371.

Source : BIU Cujas

Titre IV.

DU NON EXERCICE DES DROITS OU DES INCAPACITES DE FAIT ET DES REMEDES A CES INCAPACITES: TUTELLES ET CURATELLES.

Distinction de la capacité de jouissance et de la capacité d'exercice.

Jusqu'ici on a supposé qu'un citoyen jouissait de ses droits ou qu'il les avait vus transformés par la capitis deminutio. On va se trouver maintenant devant une situation où un individu citoyen complet, ne pourra pas cependant exercer ses droits. On distingue, en effet, en Droit, la jouissance et l'exercice des droits.

"Jouir" d'un droit, c'est l'avoir, c'est en être titulaire : je suis propriétaire, je suis créancier - je suis débiteur "Exercer" les droits : c'est pouvoir les mettre en pratique, c'est pouvoir faire valablement tous les actes : j'exerce le droit du propriétaire, le droit du créancier, ou inversement, c'est pouvoir être assigné comme débiteur. La plupart du temps, les citoyens possèdent à la fois la jouissance et l'exercice : ce sont des citoyens complets, non seulement en théorie, mais en pratique.

Causes de l'incapacité de fait.

Il existe à Rome, comme aujourd'hui, des personnes capables en droit, ayant la jouissance complète de leurs droits, mais qui sont incapables en fait, qui n'en ont pas l'exercice. En D.R., les incapacités de fait se réfèrent comme aujourd'hui à l'âge et à l'Etat mental, en plus au sexe.

I°- Impuberté.

I°- Les impubères sui juris ou pupilles c'est-à-dire les hommes de moins de I4 ans et les jeunes filles de moins de I2 ans sont incapables; sous le Haut Empire, on étendit l'incapacité de fait aux pubères mineurs de 25 ans.

2°- Le sexe féminin.

2°- Les femmes sui juris nubiles (au-dessus de I2 ans) sont incapables en fait, jusqu'au Bas-Empire.

3°- L'état mental.

3°- L'incapacité en raison de l'affaiblissement des facultés mentales s'applique :

a) aux fous, qui portent en droit romain plusieurs noms : le "furiosus" qui désigne principalement le fou qui a des accès; le "mente captus" ou maniaque - l'im-

« Les Cours de Droit »
3 Place de la Sorbonne, 3
Répétitions Ecrites
Reproduction Interdite
Source : BIU Cujas
U

becillis" ou faible d'esprit, b)au prodigue, qui est regardé par les Romains à juste titre comme un malade.

Protection des incapables: tutelle et curatelle.

Ces personnes étant incapables à raison de phénomènes naturels, les Romains ont institué deux remèdes à cet état de choses: les tutelles et les curatelles.

Sont en tutelles:

I°- Les impubères sui juris.

I°- Les impubères des deux sexes, dont le tuteur gèrera les biens; c'est ce qu'on appelle la negotiorum gestio; ou bien le tuteur se contentera de les assister, il leur donnera son auctoritas, c'est "l'auctoritas tutoris".

2°- Les femmes sui juris.

2°- Pour les femmes nubiles, toujours incapables à raison de leur sexe, quel que soit leur âge, le tuteur assistera la femme qui passe un acte c'est encore "l'auctoritas tutoris".

Curatelles: I°-fou, 2°-prodigue. 3°- pubères mineurs de 25 ans.

Sont en curatelle:

I°- les fous.- 2°- les prodigues. Elle fonctionne pour les deux classes par la negotiorum gestio.

3°- Les mineurs de 25 ans dans laquelle le curateur donne son "consensus" au mineur.

N.B. Il y avait d'autres curatelles: ainsi la femme dont le mari mourait avant qu'elle accouchât, avait un surveillant (cela existe encore aujourd'hui et on appelle ce surveillant "le curateur au ventre") puis curatelle des absents, puis des faillis (V. Procédure).

Chapitre I.

ETUDE DES INCAPACITES DE FAIT

Incapacités de fait.

Cette matière va nous montrer quelle attention les Romains portent à l'intelligence des individus, comment ils considèrent l'individu du côté psychologique et comment ils appliquent leurs observations au Droit.

I°- Le furiosus pleine capacité dans les intervalles lucides.

On examinera au point de vue juridique et au point de vue pratique les divers incapables:

I°- Le furiosus - L'individu qui étant sui juris a perdu la raison est déclaré absolument incapable pour tous les actes, ceux qu'il ferait sont nuls de droit. Seulement à la différence du droit moderne, les Romains considèrent que cet individu est capable pleinement dans les moments qu'on appelle "les intervalles lucides" entre deux accès de déraison.

2°- le prodigue

2°- le prodigue, aujourd'hui est celui qui dissi-

Source : BIU Cujas

pe inconsidérément son patrimoine et nuit par là à sa famille : il est mis en état d'interdiction.

A- Le prodigue en curatelle.

A Rome, suivant les recherches les plus récentes de M.F. de Visscher(I) et P. Collinet (2) on en distingue de deux sortes (Ulp. Règles , XII, I,3) :

I°- celui qui dilapidait les biens recueillis ab intestat était dépossédé de leur gestion, la loi des XII Tables les faisait gérer par un curateur légitime, choisi parmi les agnats ou à défaut, par les gentiles; l'affranchi prodigue n'est pas en curatelle puisqu'il n'a pas d'agnats; cette curatelle a été remplacée par la curatelle du magistrat (ou honoraire).

B- Le prodigue interdit.

2°- Le citoyen qui dissipe les biens à lui laissés par testament était interdit par un décret du préteur. Pour M. Collinet (contre la majorité) ces biens sont ceux qui sont désignés par l'expression: "bona paterna avitaque" les biens paternels et avitains (venus de l'aïeul, avus) ces biens correspondent à ceux qu'on appelait dans l'ancienne France "les propres" de successions par opposition aux biens acquis par l'individu lui-même et qu'on appelait "les acquêts".

Celui qui dilapide ses bona paterna avitaque.

Le citoyen Romain peut dissiper comme il le voudra ses acquêts, mais s'il dilapide les biens qui lui viennent de ses ancêtres, sa famille provoquera contre lui une mesure d'incapacité. Le préteur urbain prendra contre lui un décret d'interdiction. (Sentences de Paul, (3,4 a,7) ainsi conçu : "Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi aere commercioque interdico:"Parce que tu dissipes par ta négligence les biens paternels, et que tu conduis tes enfants à la misère, je t'interdis tous les actes qui nécessitent l'emploi de la balance et de l'airain,et tous les actes qui relèvent du commerce",(les éditions portent à tort "ea re" au lieu de "aere").

Interdiction du prodigue par un décret du préteur.

Actes interdits au prodigue.

Parmi les actes qui exigent la balance et l'airain (actes per aes et libram) figurent la mancipation le nexum et le testament. Les actes du commercium sont la vente, le louage etc...

Le prodigue s'appelle donc en latin prodigus ou "is cui bonis interdictum est". On a voulu faire une différence entre le prodigue et celui qui était interdit, mais la thèse n'a pas rencontré d'adhérents.

Le préteur donne au prodigue interdit un curateur.

A l'époque classique, on a déclaré que le prodi-

A l'époque clas----------

(I) Etudes du D.R. Paris, I93I, page 23 et suiv.
(2) Mél. Cornil, Paris , I926, T.I., p. I49 et suiv.

Source : BIU Cujas

sique il est incapable de faire seul les actes qui rendent sa condition pire.

gue ne pouvait pas rendre sa condition pire, qu'il pouvait seulement la rendre meilleure. V. plus loin.

3°- Incapacité pour la femme sui juris majeure de faire certains actes sans l'auctoritas tutoris.

3°- Les femmes nubiles c'est-à-dire au-dessus de I2 ans sont incapables perpétuellement elles ont besoin de l'auctoritas de leur tuteur pour accomplir certains actes considérés par les Romains comme les plus graves (Ulp. R.II,I). Conventio in manum.- Affranchissement- aliénation des res mancipi -formation d'obligations -acceptilatio (extinction d'une dette née de la stipulatio) - adition d'hérédité -constitution de dot - testament - legis actio,(c'est la procédure la plus ancienne qui a subsisté encore dans certains cas à l'époque classique)-judicium legitimum (action en justice légale). La capacité de la femme nubile a toujours été en augmentant par la disparition de certains de ces actes.

4°- Les impubères, distinction des infantes et infantiae proximi complètement incapables, et des pubertati proximi capables de faire seuls les actes qui rendent leur condition meilleure.

4°- Les impubères (ou pupilles).

Les impubères,jeunes gens ou jeunes filles, sont incapables d'une façon plus étendue, mais leur incapacité varie avec leur âge et les progrès de leur intelligence. Les Romains ont distingué : a) les infantes, qui ont une incapacité absolue - ce sont ceux qui ne peuvent pas parler (in fari); cet âge va jusqu'à un moment indéterminé, cela dépend des enfants. Cette incertitude a amené une réaction et au Bas-Empire, on a fixé la limite de l'infantia à 7 ans (V. Girard p. 2I7, n, 3).

b) Les "infantiae proximi" ceux qui approchent de l'enfance et qui sont incapables complètement également ; la fin de cette période était ainsi une question de fait. Cependant ces infantiae proximi peuvent s'obliger par leurs délits, (Institutes, 3,I9,I0).

c)Les enfants qui approchent de la puberté : les pubertati proximi, le peuvent aussi. Mais en plus ils peuvent faire les actes qui rendent leur condition meilleure tandis qu'ils sont incapables de faire seuls les actes qui rendent leur condition pire. (Inst. I, 2I, pr.) On a déjà vu cette distinction à propos des alienis juris.

Criterium objectif de la distinction des actes qui rendent la condition meilleure et de ceux qui rendent la condition pire.

Les "actes qui rendent la condition meilleure" sont ceux qui ajoutent une valeur au patrimoine; or il y a deux façons d'ajouter une valeur au patrimoine; une façon positive, qui est de faire entrer dans ce patrimoine des propriétés, des créances, des droits des servitudes, et une façon négative, qui est de diminuer ou d'éteindre une charge qui pèse sur le patrimoine, en vertu du vieil adage "qui paye ses dettes s'enrichit", par exemple l'extinction de dettes ou d'une servitude qui pesait sur un bien. Les actes qui "rendent la condition pire" sont ceux qui appauvrissent le patrimoine" or il y a deux façons d'appauvrir son

Source : BIU Cujas

patrimoine: une façon positive qui est d'en faire sortir des biens, ou des créances, ou encore de le grever d'une charge réelle (servitude, hypothèque), ou enfin de se grever soi-même d'une dette, une façon négative qui est d'éteindre un droit réel sur la propriété d'autrui (servitude, hypothèque) (j'avais une servitude sur la propriété de mon voisin, j'avais une hypothèque sur sa fortune - j'éteins cette servitude, j'éteins cette hypothèque : je suis plus pauvre),(Gaius 2,80 à 85).

Cette distinction se comprend : on conçoit que le pupille, le prodigue, le mineur de 25 ans,puissent faire les premiers actes puisqu'ils augmentent leur patrimoine; et au contraire,, soient incapables de faire seuls les seconds puisqu'ils le diminuent. Mais cette division des actes, qui a été pendant longtemps la règle en Droit Romain, prête cependant à la critique; Si elle a correspondu pendant un temps à l'appréciation courante, plus tard, elle n'a plus correspondu aux idées en cours et par conséquent elle est devenue critiquable (car il faut remarquer qu'il y a des choses qui ont été justes pendant un certain temps et qui ne le sont plus, parce que le criterium du jugement a changé:ex . l'esclavage, la manus, la tutelle des femmes etc.....)

I°- Critique de cette distinction au point de vue de son caractère purement objectif.

On a fait deux reproches à cette distinction:
I°- Elle était purement objective. Elle considère en effet les actes en eux-mêmes, indépendamment de l'avantage qui peut exister pour celui qui passe ces actes, indépendamment de toute appréciation subjective ou personnelle.

Ainsi, l'acte d'aliénation en soi-même diminue le patrimoine; a priori, objectivement, c'est très juste,mais subjectivement, ce peut-être faux; si une propriété dépérit, on peut avoir avantage à la vendre on ne s'enrichit pas positivement mais on évite une perte plus grande : c'est un avantage. Réciproquement: faire entrer quelque chose dans son patrimoine, cela paraît a priori, théoriquement avantageux, mais on peut faire entrer dans son patrimoine une chose dont la valeur va diminuer rapidement, une chose dont l'entretien sera très coûteux et qui diminuera par là le patrimoine. Il aurait été plus avantageux de ne pas l'acquérir. Il est donc préférable d'apprécier les choses au point de vue subjectif, par l'intérêt, par le profit que l'on peut retirer des actes. D'ailleurs cette idée n'a pas échappé aux Romains, car ils ont établi une théorie, celle del'"in rem versum" (sous-entendu "domini") (Dig. I5,3) pour les actes qui procurent un profit au chef de famille, quand ces actes sont faits soit par leurs esclaves, soit par leurs enfants (V. ac-

Source : BIU Cujas

tions adj. qualit.).

2°-Difficultés d'appliquer cette distinction aux actes synallagmatiques. Conséquences injustes auxquelles elle aboutit dans ce cas : le pupille peut conserver le bénéfice de l'opération sans avoir à exécuter l'obligation qu'elle comporte pour lui.

2°- La distinction entre les actes qui rendent la condition meilleure et ceux qui rendent la condition pire ne s'applique exactement que quand il s'agit d'actes unilatéraux, elle ne peut pas s'appliquer aux actes bilatéraux ou synallagmatiques. L'acte unilatéral est celui qui rend meilleure la condition d'une des deux parties et par conséquent pire celle de l'autre. L'acte bilatéral ou synallagmatique est un acte qui produit les deux résultats inverses pour chacune.

Exemple : dans la vente, le vendeur aliène sa chose; mais il reçoit en équivalent le prix; et l'acheteur aliène le prix, mais il reçoit en équivalent la chose : c'est un acte bilatéral; c'est le type des actes synallagmatiques parfaits.

Dans ces opérations comment traite-t-on l'acte accompli par l'impubère seul ? le pupille répétons-le est incapable de faire sa condition pire, il est capable de faire sa condition meilleure, il a vendu sa maison et son acheteur lui doit le prix. Pendant longtemps appliquant le criterium objectif on a déclaré "l'acte d'aliénation de la maison par l'impubère est nul"; c'est un acte qui diminue son patrimoine, il ne peut le faire". L'acte au contraire, qui fait entrer l'argent dans le patrimoine, "le prix", cette acte est valable parce qu'il augmente son patrimoine, et dès lors, l'impubère devenu pubère pourra réclamer la chose qu'il a vendue sans restituer le prix - il gardera à la fois la chose et le prix. Cela est une opération immorale : qu'arrivait-il dans ce cas ? Dans la pratique pour ne pas s'exposer à pareille chose, personne ne traitait avec les impubères seuls.

Réformes de la jurisprudence en cette matière. Le mineur ne peut exiger l'exécution de l'obligation que s'il s'exécute lui-même, et il peut être poursuivi dans la mesure de son enrichissement.

La jurisprudence romaine a modifié ce système. Elle a déclaré que, si une partie voulait obtenir dans un acte synallagmatique ce qu'elle prétendait lui être dû, elle devait en même temps offrir d'exécuter elle - même son obligation (connexité des obligations.) On dira donc à l'ex-impubère "vous voulez reprendre la chose que vous avez livrée sous prétexte que la vente est nulle; vous ne le pourrez pas parce que l'autre a offert de verser - ou même a versé son prix".

D'autre part, la jurisprudence a déclaré que l'impubère ne pourrait pas réclamer , s'il s'était réellement enrichi à la suite de l'opération (Cf. l'in rem versum) et s'il réclame en Droit civil (comme il en a le droit) son action sera paralysée en Droit prétorien par une exception de dol accordée au tiers défendeur qui par exemple, a payé sa dette au pupille (Gaius 2, 84).

Source : BIU Cujas

La jurisprudence romaine est allée plus loin progressant dans le sens de l'équité, elle a déclaré que le tiers, de son côté, pouvait poursuivre l'ex-pupille dans la mesure où celui-ci s'était enrichi (par ex: à la suite d'un prêt); on ne veut pas que le pupille s'enrichisse au détriment du tiers, quand il a contracté seul; et dans la mesure où il s'est enrichi, il peut être poursuivi (Ulpien, Dig. 26,8,5, pr.) (Inst. II,8,2).

Intérêt de cette évolution du D.R. au point de vue du contrat synallagmatique, de l'appréciation subjective de l'enrichissement et de la théorie des nullités.

Ces progrès du Droit Romain sont intéressants parce qu'ils nous montrent :

I°- Comment la notion du contrat synallagmatique, introduite dans le droit a exercé son influence sur les réclamations réciproques des parties : c'est une notion importante que celle de la bilatéralité des actes.

2°- Le Droit Romain a dégagé ici l'intérêt subjectif et l'a fait prévaloir sur la vieille théorie objective.

L'enrichissement, base de la théorie subjective, varie avec l'individu. C'est une affaire personnelle, car il est des cas où le pupille s'enrichit, et d'autres où il ne s'enrichit pas; par exemple, s'il a gaspillé les deniers empruntés, ou si les deniers périssent par cas fortuit, par accident. Cette théorie romaine est l'origine de ce qu'on appelle aujourd'hui "la nullité relative". On distingue : l'inexistence des actes, la nullité absolue des actes, -la nullité relative. "nullité relative" veut dire que la nullité dépend uniquement de l'ancien incapable dans les limites où l'acte est nul. L'ancien incapable devenu capable invoquera seul la nullité de l'acte, et le tiers contractant avec lui ne pourra pas invoquer cette nullité: l'ancien incapable est le seul maître de l'action. Voilà pourquoi cette nullité est relative. Cette théorie, d'origine romaine, est née principalement à propos des actes que l'impubère a faits seul. Il n'y a que lui qui sera juge, s'il doit réclamer quand il est devenu pubère.

5°-Assimilation des mineurs de 25 ans au prodigue.

5°- Le mineur de 25 ans qui a un curateur est devenu incapable et a été assimilé au prodigue. (Dioclétien et Maximien, Code 2,22, 4).

Source : BIU Cujas

Chapitre II.

LES REMEDES AUX INCAPACITES.

Ces remèdes se rencontrent dans deux institutions différentes : la tutelle qui existe pour les impubères et pour les femmes, et la curatelle qui existe pour le furiosus, pour le prodigue, pour le mineur de 25 ans.

Différence de but entre la tutelle et la curatelle.

La tutelle et la curatelle présentent entre elles des différences ; la plus grande est dans leurs buts ou, peut-on dire encore , dans le cercle des personnes auxquelles elles s'appliquent.

L'incapacité des femmes et des impubères n'est pas de même nature que celle des furiosi, des prodigues, des mineurs de 25 ans, et encore aujourd'hui ces différences subsistent entre la tutelle qui ne s'applique qu'aux mineurs (de 2I ans) et les autres institutions de protection très variées qui s'appliquent aux autres personnes.

Ces institutions d'abord confondues se sont séparées à l'époque classique pour se rapprocher au Bas-Empire.

Il faut cependant reconnaître qu'il existe aussi de grandes ressemblances entre la tutelle et la curatelle romaine. Voilà la ligne générale : il paraît certain, d'après les travaux les plus récents et principalement les travaux italiens, que la tutelle et la curatelle ont été rapprochées à l'époque primitive; puis qu'elles se sont éloignées l'une de l'autre à l'époque classique et qu'elles se sont rapprochées dans le dernier état du droit, comme le prouve une quantité d'interpolations de textes reconnues récemment.

Evolution de la tutelle d'abord considérée comme un droit pour protéger les intérêts de la famille, elle est devenue un moyen de protection de l'incapable.

Aujourd'hui, nous concevons que la tutelle est donnée dans l'intérêt du mineur; dans le Droit romain primitif tutelle et curatelle sont établies , non pour protéger les incapables, mais plutôt pour protéger les intérêts de la famille, et par l'intermédiaire de celle-ci, les intérêts de la gens et ceux de la Cité. On a déjà fait remarquer que le droit primitif romain est un droit essentiellement civil visant à protéger les intérêts de la Cité, par conséquent des intérêts collectifs et non individuels (I). Le droit romain postérieur, comme le droit moderne, tend à protéger surtout l'individu. (Lire étude admirable de Gérardin

---

(I) On revient aujourd'hui à faire prédominer sur l'intérêt individuel l'intérêt collectif, dit social.

Source : BIU Cujas

Nouv. Rev. Hist. de Droit, 1889, p. 1 et suivantes).

Voici les preuves : Primitivement à Rome, la tutelle et la curatelle sont considérées comme des droits pour les tuteurs et curateurs; ce sont des puissances analogues à la puissance paternelle, on en a plusieurs preuves en particulier dans la définition même de la tutelle par Servius Sulpicius, fin de la République, qui est célèbre (I). Tutela est vis potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere non potest, jure civili data ac permissa". La tutelle c'est une force et une puissance sur une tête libre (sui juris) afin de protéger celui qui, à cause de son âge ne peut pas se défendre, puissance donnée et permise par le Droit civil.

Vestige de la conception ancienne de la tutelle dans sa définition à l'époque classique.

Cette définition comportait aussi "eamve" = "vel sexum mots effacés au Dig. (26,I,I) et aux Inst. (I, I3, I). Elle n'était déjà plus exacte à l'époque même où Servius la donnait car déjà à l'époque de Cicéron des indices du caractère nouveau de la tutelle apparaissent sous l'influence des philosophes grecs, de la philosophie stoïcienne.

Avant d'en parler disons que la curatelle était parallèlement qualifiée de potestas par la loi des XII Tables (table 5, par. 7).

Mais à la fin de la République et surtout pendant l'Empire, la tutelle et la curatelle changent de caractères. Les tuteurs et les curateurs prennent des charges, ils auront des devoirs, tandis qu'au temps des XII Tables ils n'avaient pour ainsi dire que des droits. (Inst. de Justinien I, 25 pr.) Les conséquences de cette transformation de nature, qui rappelle celle qui s'est opérée dans la puissance du paterfamilias, sont notables : ainsi il n'est pas douteux que dorénavant, à partir de la fin de la République, la tutelle et la curatelle soient des instruments de protection établis dans l'intérêt de l'incapable lui-même, plutôt que dans celui de la famille.

Conception nouvelle de la tutelle et de la curatelle, organes de protection.

Certaines conséquences survivent, mais d'autres apparaissent qui n'auraient pu exister primitivement.

On rattachera à cette transformation :

a) La décadence de la tutelle des femmes,

b) L'intervention de l'Etat, l'Etat protégeant les faibles, quand leur famille ne le fait pas.

c) La curatelle des mineurs de 25 ans qui est un fait récent et qui se rattache également à l'idée qu'il faut protéger l'individu.

d) L'organisation complète de la responsabilité des tuteurs et des curateurs qui n'existait, pour ainsi dire pas dans le droit primitif.

(I) V. le mot "Tutela" de M. Collinet Dict des antiquités.

Source : BIU Cujas « Les Cours de Droit » 3, Place de la Sorbonne, 3 Répétitions Ecrites Reproduction Interdite U

Section I.

La tutelle des impubères et des femmes. (I)

§ I - Qui est en tutelle ?

Sont en tutelle :
I°- Les impubères sui juris des deux sexes.

I°- Toutes les personnes sui juris impubères (jeunes gens de moins de I4 ans - jeunes filles de moins de I2 ans) ingénues ou affranchies, enfants légitimes ou enfants naturels. On appelle très souvent les impubères des pupilles : "pupillus", "pupilla". Il ne faut pas dire les "mineurs" (v. curatelle) et rien qu'à ce mot on reconnaît ceux qui ont étudié le droit romain trop légèrement.

2°- les femmes nubiles.

2°- Les femmes nubiles au-dessus de I2 ans : elles sont sorties de la tutelle des impubères, mais elles tombent dans la tutelle des femmes qui est perpétuelle, du moins jusqu'au Bas-Empire.

§ II - Qui peut être tuteur ?

Sont tuteurs de plein droit les héritiers légitimes, pubères, citoyens romains et sous Justinien la mère et la grand'mère.

On trouve ici la première application que la tutelle a été établie pour protéger les intérêts de la famille. Sont tuteurs de plein droit : les héritiers légitimes du pupille à condition d'être du sexe masculin et libres, puis des citoyens ou des latins, puis des pubères.

En règle, les femmes ne peuvent être tutrices; dans le dernier état du droit romain, la mère peut être tutrice de son enfant avec permission du prince; d'après Justinien, sans permission du prince, ainsi que la grand'mère.

Personnes qui ne peuvent être tuteurs.

Les furiosi, les sourds, les muets ne peuvent pas être tuteurs parce que les tuteurs participent aux actes des pupilles et, eux ne le pourraient pas; de même les mineurs de 25 ans, les militaires parce que la tutelle est une charge et qu'il faut diminuer les charges des mineurs et des militaires, enfin les débiteurs du pupille, les évêques, les moines, les gens lettrés, les étudiants en droit au-dessous de 25 ans (Dioclétien et Max.Code IO, 50, I) (2), parce qu'ils sont dispensés de toutes les charges civiles dont la principale est bien la tutelle.

(I) V. les travaux de M. Siro Solazzi, indiqués par M. Monier.
(2) V. P. Collinet, Hist. de l'Ec. de droit de Beyrouth p. 29-30.

Source : BIU Cujas

§ 3 - Ouverture de la tutelle.

Corrélation entre les modes de tutelle et les modes de succession.

Les Romains connaissent trois sortes de tutelles: la tutelle testamentaire, la tutelle légitime, la tutelle honoraire ou dative. La tutelle testamentaire et la tutelle légitime existent dès les origines de Rome; elles sont en corrélation directe avec les deux modes de succession des Romains: succession testamentaire et succession légitime ou ab intestat. La troisième est plus récente.

I°- Tutelle testamentaire déférée par le paterfamilias.

I°- La tutelle testamentaire est fondée sur la règle des XII Tables (Table 5, par. 3) : "Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto" "de la façon dont le père de famille aura disposé quant à sa fortune et quant à la tutelle de ses biens , que cela constitue le droit", (que sa volonté ait force de loi).

En principe, les règles du testament s'appliquent à la tutelle, sauf certaines différences notamment en ce que la femme et l'impubère peuvent être institués héritiers tandis que pendant longtemps la femme n'a pas pu être tutrice et l'impubère jamais.

Les tuteurs testamentaires sont appelés "tuteurs datifs" parce qu'ils ont été donnés par le père (Gaius 1,154). Il ne faut pas confondre ce nom avec la tutelle dative déférée par le magistrat.

Tutela optiva de la femme.

Une variété de la tutelle pour les femmes est la tutela optiva, (Gaius 1,188), organisée par le testament du père de famille et lui assurant la liberté de changer de tuteur (Gaius 1,150 à 153). Le changement de tuteur se fait par la coemptio dite fiduciaire, reposant sur un pacte de fiducie, de confiance. C'est un mariage fictif, soit avec son mari dans le mariage sans manus, soit avec un tiers. Le mari fictif s'appelle le "coemptionator" (c'est-à-dire celui qui a fait coemptio). Celui-ci remancipe la femme au tiers qui a été choisi par elle pour devenir son tuteur nouveau Ce tiers ne garde pas le mancipium ; il l'affranchit du mancipium par la vindicte et il conserve sur elle la tutelle fiduciaire (Gaius,1,115 a).

Cette coemptio fiduciaire est la coemptio tutelae evitandae gratia (autres exemples : Girard,p. 166).

2. Tutelle légitime fondée sur la parenté agnatique et gentilice.

2°- La tutelle légitime - elle est déférée en l'absence de testament. Elle est fondée sur la Loi, c'est-à-dire sur la parenté agnatique et gentilice : ce sont les agnats les plus proches qui prennent la tutelle comme la succession : s'il y a plusieurs agnats au même degré (deux frères du pupille), ils prennent la tutelle tous ensemble.

A défaut d'agnats, ce sont les gentiles qui

Source : BIU Cujas

prennent la tutelle et en bloc toujours, même s'ils sont très nombreux. Cela s'explique parce que c'est le droit de la famille que l'on défend.

Possibilité de céder la tutelle.

La tutelle légitime peut être cédée par le procédé de l'in jure cessio déjà vu. L'acquéreur est dit tutor cessicius.

Variété de tutelle légitime : la tutelle fiduciaire.

La tutelle légitime a une variété dans la tutelle dite fiduciaire. Nous en avons vu un cas en matière d'émancipation. L'acquéreur fictif de l'enfant promet de l'affranchir ; régulièrement ce tiers devrait être tuteur légitime en qualité de patron de l'affranchi, mais comme il n'est intervenu que pour la forme, on le qualifie de tuteur fiduciaire.

Evolution des deux tutelles.

Les deux tutelles, testamentaire et légitime, ne sont pas restées toujours les mêmes ; elles ont subi des modifications qui ont entraîné pour elles des destinées complètement différentes :

Intervention du préteur en matière de tutelle testamentaire soit pour écarter certaines personnes, soit pour maintenir le tuteur choisi par le père malgré la nullité du testament.

A - La tutelle testamentaire fut de plus en plus pénétrée par l'influence du magistrat c'est-à-dire de l'Etat, alors que primitivement la volonté du paterfamilias ne pouvait être contestée.

Le magistrat s'immisce de plus en plus dans la tutelle testamentaire ; il va jusqu'à forcer certaines personnes désignées par le testament à renoncer à la tutelle parce qu'elles sont incapables. Ou bien, au contraire, si le testament était nul en Droit civil, et que la tutelle tombât par conséquent avec les autres dispositions du testament, le magistrat le fait vivre en Droit prétorien et confirme provisoirement les tuteurs.

Décadence de la tutelle légitime. Abolition de la tutelle agnatique sur les femmes par la Lex Claudia.

B - La tutelle légitime a évolué dans un sens décroissant. En effet, les idées sur lesquelles elle avait été fondée disparaissent : les intérêts de la gens et ceux de la famille agnatique s'atténuent ; la tutelle des agnats pour les femmes fut même abrogée par une Lex Claudia, de date inconnue (Gaius, 1,159) ; à l'époque de Claude, il est probable que la tutelle des gentiles sur les femmes avait disparu déjà ; les femmes n'auront donc plus de tuteurs légitimes, sauf les affranchies (sous la tutelle des patrons). La femme était d'ailleurs en tutelle perpétuelle non pas à cause de la légèreté de son esprit : propter animi levitatem (G.1,190), mais (c'est une raison historique), en raison de l'intérêt social et politique et qu'on ne pouvait concéder l'indépendance absolue à des êtres qui ne jouaient pas un rôle actif dans la Cité. Tout cela est, en définitive, en relation avec le service militaire : ne compte comme citoyen actif que celui qui peut défendre la Cité.

Mais l'intérêt individuel se substituant de plus en plus à l'intérêt social et politique, il n'y

Source : BIU Cujas

avait plus nécessité que les femmes fussent privées de l'exercice de leurs droits et c'est pourquoi la tutelle légitime des femmes devait disparaître.

Par contre, la tutelle testamentaire subsiste toujours pour les femmes.

Dispense de tutelle résultant du jus liberorum.

C. Les femmes s'affranchissent des tutelles qui subsistent au moyen d'un droit qu'on appelle "le jus liberorum" ce n'est pas un droit pour les enfants, mais pour la mère des enfants, droit qui repose sur la naissance des enfants : la mère ingénue qui a trois enfants, la mère affranchie qui en a quatre, sont dispensées de la tutelle et c'est là le "jus liberorum" imaginé par les lois Caducaires pour pousser à la repopulation de l'Italie.

Persistance de certains cas de tutelle des femmes jusqu'au 6ème siècle.

Les femmes qui n'avaient pas d'enfant pouvaient obtenir le "jus liberorum" par un Rescrit de l'Empereur.

La dernière trace de la tutelle des femmes dans les constitutions est de l'année 294 ; mais le jus liberorum apparaît encore à une date postérieure à 350 (Papyrus Bouriant 20). M. Cuq rapporte qu'un papyrus du Caire de l'année 569 montre encore la survivance de la tutelle (1).

Disparition de la tutelle gentilice sur les impubères au début de l'Empire - persistance de la tutelle agnatique des impubères, mais limitée par la tutelle testamentaire et la tutelle honoraire.

D - Pour les pupilles, la tutelle gentilice tombe en désuétude au début de l'Empire ; et il ne reste que la tutelle des agnats. S'il n'y en a pas, les pupilles ne sont pas en tutelle (sauf dispositions prises par le père dans son testament). Les cognats n'ont pas la tutelle. Dans le droit nouveau, Principat et Bas-Empire, le réglement de la succession et le droit de la tutelle ne sont plus parallèles comme dans le droit antique. Au contraire, le rapprochement entre la succession et la tutelle s'est refait, lorsque certaines cognates, la mère et la grand mère, ont été admises à la tutelle.

La tutelle légitime du pupille n'a donc jamais été supprimée comme celle des femmes, mais elle a tendance à décroître parce qu'elle est comprimée entre la tutelle testamentaire et la tutelle honoraire.

3. Tutelle honoraire ou déférée par le magistrat en vertu de la Loi Atilia et de la Loi Julia Titia.

3°- La tutelle honoraire est la tutelle du magistrat. Elle fut créée par une Loi Atilia, antérieure à 568-186 ; pour les provinces, par une Loi Julia Titia de 723-131 (ou par une Loi Julia et une Loi Titia). Cette tutelle s'appelle également : tutelle atilienne, et les modernes l'appellent aussi tutelle dative parce qu'elle est donnée par les magistrats.

---

(1) Il ne faut pas dire avec certains auteurs (Girard p. 241) que la tutelle des femmes a été supprimée en 410 par la généralisation du jus liberorum. Cette mesure ne se rattache pas du tout à cette matière V. Cuq p. 222. n 3.

Source : BIU Cujas

Comment les magistrats ont-ils été autorisés à donner des tuteurs aux impubères ? (1)

Il arrivait que les impubères ne fussent pas en tutelle parce qu'ils n'avaient pas de parents légitimes ; parce que le père n'avait pas fait de testament, ou plutôt parce qu'il avait fait un testament qui tombait pour une raison ou pour une autre. Cela devait être rare. L'hypothèse qui paraît la plus normale a été celle-ci. On a vu que le magistrat avait acquis un droit de regard sur les testaments, et il pouvait faire renoncer à la tutelle les personnes désignées par le père. Il est probable que ce sont ces cas qui ont amené la création de la Loi Atilia ; en effet, il fallait remplacer les personnes que le magistrat avait destituées.

On comprend très bien que la tutelle honoraire ait apparu au VIème siècle de Rome. Alors, l'Etat commence à s'ingérer dans les affaires de famille et on comprend que le magistrat ait reçu de la Loi le pouvoir de donner un tuteur à l'impubère qui n'en avait pas ou qui n'en avait plus.

Le tutor praetorius.

Parfois aussi le magistrat nomme un tuteur ad hoc, dit tutor praetorius, remplacé au Bas-Empire par un curateur ad hoc (p. ex. en cas de procès contre le tuteur normal).

Magistrats chargés de nommer le préteur.

Les magistrats compétents dans la matière ont changé : ce fut d'abord le préteur urbain avec la majorité des tribuns (on ne veut pas qu'il décide seul) ; puis, sous Claude, ce furent les Consuls. Marc-Aurèle institua un préteur spécial : le préteur tutélaire et ce fut aussi, dans certains cas, le préfet de la ville.

En province, c'est le gouverneur ; en Egypte, ce sont des magistrats spéciaux. Le tuteur honoraire est demandé au magistrat par les parents, les amis, le père, le pupille lui-même. Ceux-ci proposent, par une Requête ou un Libelle, un nom que le magistrat accepte ou rejette après enquête ; et le magistrat nomme le tuteur.

Incapacités et excuses.

Il y a des incapacités pour les tuteurs, des "excuses" qu'ils peuvent faire valoir et des cas d'exclusion (V. les manuels).

---

(1) Pour le tuteur demandé au magistrat par une femme et nommé à une autre femme (en Egypte), V. les Textes de Girard, p. 917 et p. 916.

Source : BIU Cujas

§ 4 - Extinction de la tutelle.

La tutelle s'éteint : 1°- du chef du tuteur mort - capitis deminutio - excuse - destitution (crimen suspecti tutoris).

1°- Chez le tuteur, la tutelle s'éteint :

a) par la mort ; c'est un service personnel (officium virile) qui ne passe pas aux héritiers du tuteur ;

b) par la capitis deminutio, du moins en ce qui concerne la tutelle légitime qui est considérée comme un jus civile ;

c) par voie d'excuse ;

d) par voie de destitution : quand le tuteur a commis des actes répréhensibles vis-à-vis du pupille, il est soumis à une accusation devant les tribunaux publics et cette accusation s'appelle crimen (ce n'est pas un crime, mais une accusation publique) : c'est le "crimen suspecti tutoris" : accusation portée contre un tuteur suspect.

2. Du chef de l'incapable : mort - capitis deminutio - arrivée de la puberté.

2°- Chez l'incapable, la tutelle disparaît : par sa mort ; par sa capitis deminutio ; si la femme acquiert la qualité de vestale ; si la femme obtient le jus liberorum ; par l'arrivée à l'âge de la puberté, pour les jeunes gens, mais une controverse existait entre les Sabiniens et les Proculiens pour savoir si la puberté devait être déterminée par les signes corporels "habitus corporis" (et c'était l'opinion des Sabiniens, sans âge fixe) ou bien, au contraire, s'il fallait déterminer la puberté d'après un âge fixe, 14 ans (ce qui était l'opinion des Proculiens) (G. 1,196). C'est l'âge fixe de 14 ans qui a été admis par Justinien (Inst. 1,22 pr.)

Pour les femmes, la nubilité n'a eu longtemps qu'une conséquence : de les faire passer de la tutelle des impubères dans la tutelle des femmes ; mais la différence est très grande entre les deux tutelles, la dernière est beaucoup moins large : on l'a vu.

§ 5 - Les pouvoirs du tuteur (1)

Les pouvoirs du tuteur portent sur les biens et non pas sur la personne de l'incapable.

Les Romains admettent en principe que la tutelle porte seulement sur les biens et non pas sur la personne de l'incapable.

En principe, le pupille reste chez sa mère. Il est sous sa surveillance, ou il est mis en pension au

---

(1) Pour la pluralité de tuteurs, V. A. Lecomte, thèse Paris 1927.

Source : BIU Cujas

dehors de sa famille et de la maison du tuteur. Son éducation se fait sans que le tuteur y participe. Il en est de même à fortiori de la femme qui est plus indépendante au point de vue de sa personne que le pupille.

Voyons quels sont les pouvoirs du tuteur sur les biens.

D'abord presqu'absolue, la puissance du tuteur a été limitée par une certaine responsabilité.

A l'origine, ce sont les pouvoirs d'un maître comme il ressort de la définition ancienne de la tutelle : "la tutelle, c'est une force et une puissance"; par conséquent, il y a eu une époque (antérieure aux XII Tables) où le tuteur avait tous les droits d'une manière absolue comme le père. D'après les XII Tables, ces pouvoirs sont déjà limités en fait par l'organisation d'une certaine responsabilité pour le tuteur (V. plus loin) ; par la suite, la puissance du tuteur a été encore plus limitée.

Les pouvoirs du tuteur sont plus restreints pour la tutelle des femmes que pour celle des impubères.

D'abord, à l'encontre des femmes, elles ne sont incapables que pour certains actes limitativement énumérés, on l'a dit.

De plus, vis-à-vis des femmes, le tuteur n'a d'autres pouvoirs que de leur prêter son assistance (auctoritas) sur la nature de laquelle on reviendra. Ce sont les femmes qui font elles-mêmes les actes avec l'assistance du tuteur. Or, le tuteur ne peut pas refuser son "auctoritas" ; par conséquent, ce pouvoir ressemblait fort à un devoir.

Pour les pupilles dont l'incapacité est plus large, les pouvoirs du tuteur sont plus considérables. Le tuteur intervient de deux façons : il a deux pouvoirs :

Double procédé d'intervention du tuteur de l'impubère : auctoritas interpositio; negotiorum gestio.

1°- Ou bien il preste au pupille son auctoritas, comme pour les femmes quand c'est possible ;

2°- Ou bien il se substitue à eux, en faisant les actes pour eux ; c'est ce qu'on appelle la "negotiorum gestio" (V. plus bas).

Cependant les pouvoirs des tuteurs vis-à-vis du pupille sont réglementés.

Réglementation des pouvoirs du tuteur :
1. Possibilité pour le pupille de demander une in integrum res-

Le tuteur ne peut faire les actes qui lèsent le pupille 1°- Si l'impubère devenu pubère s'aperçoit que son tuteur a fait des actes qui le lèsent, il peut demander la rescision de ces actes par la voie prétorienne de l'in integrum restitutio, c'est-à-dire la remise des choses en état, la rescision d'une vente, par exemple, qui aurait été faite d'une façon désavantageuse par le tuteur. Le préteur accordera cette "in integrum restitutio" "cognita causa" "après enquête" à condition que l'ex pupille puisse prouver qu'il a subi une lésion, c'est-à-dire une perte du chef de l'acte de son tuteur.

Source : BIU Cujas

titutio contre les actes du tuteur qui lui causent préjudice.

Cette in integrum restitutio avait été inventée pour les mineurs de 25 ans et elle a été étendue au pupille.

2. Interdiction des donations.

2°- Le tuteur ne peut pas faire de donation avec les biens du pupille ; il ne peut même lui donner son auctoritas pour une donation, parce que c'est un acte très dangereux pour le pupille que la donation qui est un acte d'appauvrissement gratuit.

3. Interdiction de figurer dans des actes en contradiction d'intérêts avec le pupille.

3°- Le tuteur ne peut figurer dans des actes où il serait en conflit avec le pupille ; et par exemple dans un procès (il ne peut être à la fois défendeur du pupille et l'attaquer) on nommera dans ces cas un tuteur spécial (tutor praetorius), plus tard un curateur au pupille, pour défendre ses intérêts.

4. Nullité des actes frauduleux.

4°- Si le tuteur fait un acte de mauvaise foi, cet acte est nul parce que "fraus omnia corrumpit".

5. Interdiction d'aliéner les praedia rustica vel suburbana (Oratio Severi 195)

5°- En l'année 195, un Sénatus-consulte fut rendu sur la proposition de l'empereur Septime-Sévère, l'Oratio Severi, pour décider que les tuteurs ne pourraient aliéner ni totalement ni partiellement les "praedia rustica vel suburbana" du pupille, c'est-à-dire les biens-fonds, les immeubles, qui sont situés à la campagne ou dans la banlieue des villes. Ces biens là étaient alors considérés comme la partie la plus importante de la fortune du pupille qu'il fallait lui garder, alors que les biens des villes, les praedia urbana étaient considérés comme les moins importants. (On sait que la valeur comparative des immeubles à la campagne ou à la ville, varie selon les époques). (Ulpien Dig. 27,9,1).

On comprend dans l'aliénation interdite au tuteur, l'hypothèque ; en effet, l'hypothèque est susceptible d'entraîner l'aliénation du bien ; si le débiteur ne rembourse pas la dette à l'échéance, le créancier hypothécaire a le droit de faire vendre l'immeuble. C'est un procédé d'exécution différé, et par conséquent dangereux.

Extension de l'interdiction par Constantin aux praedia urbana, puis aux meubles précieux.

L'état économique du Bas-Empire présente des différences considérables avec l'état économique du Principat. Aussi Constantin, en 326, a-t-il ajouté à l'interdiction de son prédécesseur, celle d'aliéner les praedia urbana et celle d'aliéner les meubles précieux. C'est que, au Bas-Empire, on observe un surpeuplement des villes correspondant à la désertion des campagnes ; la valeur des immeubles urbains augmente en conséquence.

6. Obligation de placer la fortune mobilière.

6°- En 396, des mesures de précautions furent prises pour obliger le tuteur à placer la fortune mobilière du pupille. Tout cela indique les préoccupations louables des empereurs dans l'intérêt des incapables (V. Cuq, p. 215, n° 4).

« Les Cours de Droit »
Source : BIU Cujas 13, place de la Sorbonne, 3
Répétitions Ecrites
Reproduction Interdite
U

§ 6 - Les procédés de gestion du tuteur.

Les procédés de gestion du tuteur, on l'a vu, sont au nombre de deux. Ou bien le tuteur preste son assistance au pupille : "Auctoritatem praestat" ; ou bien le tuteur fait l'acte lui-même "Negotia gerit".

1°- L'auctoritatis interpositio.

On a déjà rencontré le mot "auctoritas" dans les éléments de droit public de l'Introduction : les sénateurs patriciens donnaient leur approbation aux lois votées par le peuple pour que ces lois deviennent effectives (auctoritas patrum). L'auctoritas, c'est l'approbation, le renforcement d'un acte (augere = augmenter) (1).

L'auctoritas assistance par laquelle le tuteur complète la personnalité imparfaite du pupille ou de la femme.

L'auctoritas du tuteur, c'est donc l'acte par lequel le tuteur complète l'incapacité de la femme ou du pupille, lorsque ces incapables font eux-mêmes un acte. Si le tuteur ne donnait pas son "auctoritas" l'acte serait nul, tout au moins celui qui rend la condition pire.

L'auctoritas n'est pas une autorisation, c'est une assistance qui n'a pas son correspondant dans les législations modernes où le tuteur gère lui-même. Pour que l'auctoritas soit possible, il faut donc que l'incapable puisse faire l'acte : on ne peut "augmenter" la personnalité de quelqu'un que si la possibilité d'agir existe en fait. Ainsi, l'auctoritas est toujours possible pour la femme, parce qu'elle est toujours capable en fait de faire l'acte et le tuteur complète son incapacité en droit. Pour le pupille, au contraire, il est des cas où l'auctoritas est possible et des cas où elle ne l'est pas ; on les précisera.

Formes de l'auctoritas.

L'auctoritas se donnait d'abord avec certaines formes, comme tous les actes primitifs romains : une interrogation du tiers dont on voit des traces dans les "Abréviations" (Notae) de Valerius Probus (textes de Girard) : "Postulo anneauctor fis ? Auctor fis". "Est-ce que tu complètes ? Parfaitement". A l'époque classique, ces formules ne sont plus en usage ; il suffit du consentement exprès du tuteur.

Le tuteur ne peut refuser son auctoritas à moins qu'il n'ait une raison pertinente qui sera appréciée par les tribunaux et s'il la refusait, il serait coupable du "crimen suspecti tutoris".

L'auctoritas doit être spéciale, continue, sans

---

(1) V.F. de Wisscher, R.H.D., 1933, p. 603 et s. et infra, la Mancipation.

Source : BIU Cujas

Caractères de l'auctoritas : elle doit être spéciale, continue, sans modalité.

modalités : c'est un actus legitimus qui ne reçoit ni terme ni condition.

Enfin, le tuteur ne peut pas être auctor dans sa propre affaire "auctor in rem suam".

Le tuteur qui a donné son auctoritas n'est pas personnellement obligé : "qui auctor est se non obligat". C'est le principe qui existe encore aujourd'hui.

Cas où l'auctoritatis interpositio est indispensable.

En principe, le tuteur du pupille avait le choix entre les deux procédés de gestion. Toutefois, "l'auctoritatis interpositio" était le seul procédé que l'on pût employer dans certains cas :

Pour l'adition d'hérédité (acceptation de succession) il faut absolument que le pupille y figure lui-même ; le tuteur ne pourrait pas la faire à sa place, parce que c'est un acte très dangereux puisqu'il comporte l'obligation aux dettes in infinitum. Cela a changé (V. plus loin). De même pour la mancipatio, pour l'exercice des actions de la Loi.

A l'inverse, l'auctoritatis interpositio n'est pas possible si le pupille est absent ou s'il est infans ; il ne peut alors figurer à l'acte. En conséquence, le tuteur se servira du 2ème procédé : la negotiorum gestio.

2°- La negotiorum gestio.

Sens de la negotiorum gestio.

La negotiorum gestio - ou gestion d'affaires - au sens large, désigne le fait de passer un acte au nom d'autrui quand celui qui le passe est une extranea persona, c'est-à-dire une personne qui n'est pas sous la dépendance de l'intéressé, qui n'est pas son alieni juris, qui est un tiers.

Cas où elle intervient.

Tantôt l'intéressé a donné d'avance son consentement à la gestion par autrui : il se forme alors entre l'intéressé et celui qui agit pour lui un contrat de mandat.

Tantôt le negotiorum gestor agit sans mandat ; dès lors, il se forme ce qu'on appelle un quasi-contrat. C'est aussi le cas du tuteur (qui agit sans que le pupille lui ait donné son consentement) et du curateur du fou et du prodigue.

Le tuteur est donc habilité par le Droit à faire les actes au nom de son pupille, soit qu'il soit absent ou infans ou parce que le pupille préfère laisser agir son tuteur. Le tuteur passe alors les actes sous les conditions ordinaires ; mais il précisera qu'il agit pour le compte et dans l'intérêt de son pupille : "Je vends cet immeuble au nom de mon pupille, Lucius Titius à qui il appartient."

La question importante, d'ordre général d'ailleurs, est de savoir quelle est la répercussion apportée par l'acte du gérant d'affaires dans le patrimoine

Source : BIU Cujas

de l'intéressé ou dominus, maître de l'affaire.

Comment les actes passés par le tuteur, par exemple, produisent-ils leurs conséquences au point de vue actif ou passif par rapport au pupille ?

Effets des actes accomplis par le tuteur en tant que negotiorum gestor.

Aujourd'hui, dans les législations modernes, l'acte passé par le tuteur est censé passé par le pupille : par conséquent, c'est le pupille qui devient propriétaire, quand le tuteur achète un bien pour lui, c'est le pupille qui aliène quand le tuteur aliène un bien du pupille ; c'est le pupille qui devient créancier ou débiteur quand le tuteur fait des actes qui le rendent créancier ou débiteur. C'est lui, non le tuteur qui est condamné. La personnalité du tuteur est absorbée par la personnalité du pupille. Cette théorie s'appelle : la représentation. Le tuteur représente le pupille et quand il agit, il agit comme représentant, c'est comme si le pupille agissait.

Théorie moderne de la représentation.

Peut-être des difficultés surgiront plus tard pour savoir si le tuteur a bien fait d'agir de telle façon : c'est là une autre question ; c'est celle de la responsabilité du tuteur.

En Droit Romain primitif, comme dans toutes les législations primitives, on observe un principe contraire, le principe de la non représentation.

Théorie primitive romaine de la non représentation Les actes passés par le tuteur en tant que negotiorum gestor ne produisent effet qu'à l'égard du tuteur.

Dans la non représentation, les actes faits par le tuteur demeurent dans son patrimoine ; c'est lui qui est propriétaire s'il achète au nom de l'autre, c'est lui qui aliène s'il aliène un bien de l'autre ; c'est lui qui est créancier ou débiteur et qui est condamné en justice.- Le pupille, l'intéressé, est en dehors de l'affaire ; les actes ne produisent pas de conséquences à son égard ni en bien ni en mal.

Aujourd'hui, on éprouve une certaine difficulté à concevoir que tel ait pu être l'état du Droit : n'est-il pas plus simple que le tuteur représente le pupille ? Mais, si l'on y réfléchit, on voit que le système de la non représentation était beaucoup plus logique que le système de la représentation. Le Droit primitif obéit à cette idée simpliste (V. Ihering) que celui qui passe un acte le passe pour lui-même. Dans une stipulation, on voit Primus, par hypothèse tuteur de Secundus, prononcer les paroles de la stipulation, c'est lui qui dit : "Promets-tu" et c'est à lui qu'on répond "je promets". Le créancier est celui qui a posé la question "spondesne" ? et il est plus simple de reconnaître que celui qui a passé l'acte doit en supporter lui-même les conséquences.

Dangers du principe de la non représentation. Atté-

Cependant, les Romains ont marché vers la substitution de la représentation à la non représentation. Ils ont aperçu les inconvénients et les dangers inhérents à la non représentation.

Source : BIU Cujas

nuations successives que les Romains y ont apportées ; d'abord en matière de possession.

Voici l'inconvénient : le tuteur qui devient propriétaire au nom du pupille ne peut pas garder cette propriété, car c'est avec les deniers du pupille qu'il a acheté la maison ; il est obligé, à la fin de la tutelle, de retransférer la propriété de la maison au pupille ; et il faut qu'il intervienne entre le tuteur et le pupille un acte de transfert aux termes duquel le tuteur cède la propriété au pupille. Il est bien évident que si la propriété achetée se porte tout de suite sur la tête du pupille, on évitera une transmission en supprimant l'intermédiaire. D'où simplification.

Voici, dans la théorie de la non représentation le danger : c'est le risque d'insolvabilité du tuteur. Il acquiert des biens, des créances pour le pupille qu'il doit lui transmettre après la tutelle ; or, durant la tutelle, le tuteur peut devenir insolvable ; ses créanciers peuvent saisir ses biens, les faire vendre ; ils font alors vendre à la fois les biens personnels du tuteur et ceux qui auraient dû appartenir au pupille. Par conséquent, le pupille qui avait fourni les fonds pour qu'on lui achète la maison était privé à la fois des fonds et de la maison, saisie par les créanciers du tuteur.

Aussi les Romains ont-ils perfectionné le système ou l'ont-ils mis de côté en appliquant certaines théories que l'on retrouvera au fur et à mesure de l'étude du D.R.

1°- Il semble que ce soit par la possession que la représentation en matière de tutelle ait commencé. La possession est une notion assez difficile à saisir, c'est une de ces théories où les auteurs ne sont pas arrivés encore à la pleine lumière (V. Possession). Mais le fait de la possession, lui, est facile à saisir : on "possède" quand on exerce sur une chose un pouvoir analogue à celui de la propriété : c'est le cas du voleur : le voleur possède la chose ; il peut s'en servir, il peut en tirer les fruits ; et cependant, il n'en est pas propriétaire.

Le pupille peut acquérir ou transmettre directement la possession par l'intermédiaire de son tuteur.

En droit classique, la possession a pu être transmise ou acquise par le tuteur au nom du pupille. La Jurisprudence a admis ensuite que le tuteur pourrait acquérir, aliéner, prêter, hypothéquer, recevoir paiement au nom du pupille. Les effets de l'acte se produiront directement chez le pupille et la représentation sera parfaite "jure civili".

2. Julien (Dig. 26,7,9, pr) a fait reconnaftre qu'en cas d'absence du pupille, les actes du tuteur permettaient aux tiers d'intenter les actions qu'ils avaient contre le pupille; mais à titre utile seulement "jure praetorio" avec une formule prétorienne

Source : BIU Cujas

appropriée ; et réciproquement, si le tuteur avait fait des actes qui engageaient le tiers, le pupille, et non le tuteur, aurait action utile. En d'autres termes, la représentation n'est pas parfaite jure civili, mais imparfaite puisqu'elle fonctionne seulement jure praetorio.

3. De même pour les actions en justice, la J.P. admit que la représentation du pupille par le tuteur quand le tuteur agit en justice ou quand on agit en justice contre le tuteur. Cela fut admis dès le temps de Gaius (4,99) mais avec des limites que nous ne connaissons pas, parce que le texte de Gaius n'est pas explicite sur ce point.

4. Si le tuteur a contracté des dettes au nom du pupille, qui n'est pas absent, les actions sont données contre le pupille à titre utile (texte de Papinien) (Dig. 26,9,5)

5. Si le tuteur a acquis des créances, le pupille peut intenter les actions de la créance à titre utile contre le débiteur, dès le temps d'Ulpien (Dig. 12,1,36).

6. Si le tuteur avait commis un dol vis-à-vis d'un tiers, dans un acte qui intéressait le pupille, l'action peut être intentée contre le pupille, même dès le temps de Sabinus.

Remarque. Il y a lieu de penser que bien des progrès en cette matière ne datent que de l'époque byzantine : les textes seraient interpolés.

Acceptation de succession.

Enfin, le tuteur peut demander la bonorum possessio au nom du pupille infans ; puis, en 426, faire en son nom adition de l'hérédité civile.

§ 7 - Les obligations du tuteur.

Pendant longtemps, le tuteur n'a eu ni obligations, ni devoirs, pas plus que le père de famille. Il en fut autrement par la suite.

Obligations du tuteur à son entrée en charge : faire inventaire...

1°- Avant de prendre la tutelle, le tuteur doit dresser inventaire de la fortune du pupille car son devoir est de conserver intacte et même d'augmenter la fortune de son pupille. S'il ne fait pas l'inventaire, il est obligé de payer une somme déterminée par le magistrat ou par l'ex-pupille, ordinairement par serment.

fournir (si c'est un tuteur légitime) la satisdatio rem pupilli

Les tuteurs légitimes doivent fournir caution de leur bonne administration et c'est une obligation qui leur a été imposée au moment où les Consuls se sont occupés des affaires de tutelle, sous Claude. La caution se donnera par une promesse qui est faite par le tuteur lui-même et à titre accessoire, par des fidejusseurs : cela s'appelle la "satisdatio rem pupilli salvam fore". Le tuteur sauvegardera le patrimoine du

Source : BIU Cujas

salvam fore.

pupille (Inst. 1,20,3). Si le tuteur se refusait à faire cette promesse, les Consuls l'y forceraient en saisissant des gages, par voie de pignoris capio (1).

Les tuteurs testamentaires et les tuteurs honoraires sont dispensés de cette satisdatio : on a confiance dans le jugement du père qui a désigné un tuteur testamentaire et dans celui du magistrat qui choisit les tuteurs.

Justinien a augmenté les devoirs des tuteurs en leur ordonnant de promettre par serment de bien gérer.

2. Le tuteur est obligé de gérer et de gérer en bon père de famille.

2°.- Pendant la tutelle, le tuteur a l'obligation de gérer "periculo suo cessat" "le tuteur cesse de gérer à ses risques et périls" : c'est-à-dire que si le patrimoine va à la dérive, si l'actif est compromis, les responsabilités sont pour le tuteur. Le tuteur doit non seulement gérer, mais "bien gérer", "en bon père de famille", expression qui veut dire qu'il doit être un bon administrateur ; il doit vendre les choses qui dépérissent, recouvrer les créances, ne pas les laisser prescrire, éviter que la propriété du pupille me soit usucapée par autrui ; il doit placer l'argent en lieu sûr, chez des banquiers solides (les Romains se servaient beaucoup des Banques, comme font les Anglo-Saxons) ou bien remployer l'argent en immeubles, qui étaient regardé comme plus sûrs que le placement mobilier (prêts).

Le tuteur doit apporter à l'adiministration de la fortune pupillaire la même diligence qu'à ses propres affaires. C'est, du moins, une théorie qui a été celle des jurisconsultes pendant un certain temps ; et on dit que s'il n'agit pas comme il agit pour lui-même, il répond de sa "culpa levis in concreto". On prend pour type l'administrateur lui-même dans la gestion de ses propres affaires personnelles. Si, par conséquent, il gérait mal sa fortune parce que c'était un incapable, et qu'il ait mal géré la fortune de son pupille, il n'y a pas d'action contre lui. Pareille mesure était trop favorable au tuteur et les Romains ont déclaré qu'il serait tenu de sa "culpa levis in abstracto", c'est-à-dire de la faute que ne commettrait pas le père de famille le plus diligent. Autrement dit, il est obligé de gérer avec un soin particulier les affaires du pupille - ce qui est naturel. Quant à la "culpa lata", la faute lourde, c'est-à-dire la faute que ne commettrait pas même un homme peu diligent, ou quant au dol, manoeuvres frauduleuses, le tuteur en est responsable comme tous les administrateurs, comme tous les débiteurs.

3. Obligation de rendre

3°- Après la tutelle, l'ancien tuteur est obligé de rendre ses comptes au pupille : rationes distra-

(1) Les magistrats supérieurs forcent les particuliers à faire certains actes multis (par des amendes) et pignoribus(et des saisies de gages).

Source : BIU Cujas

compte à la cessation de la tutelle.

here.

Le tuteur doit justifier au pupille, avec documents à l'appui (comptes, notes, actes, etc..) des opérations qu'il a accomplies. Tant que la représentation n'a pas été admise, il doit transmettre à l'ex-pupille les avantages et les charges de ses opérations (transfert de propriété, cession de créances, ou de dettes) ; de son côté, l'ex-pupille le couvre de ses dépenses de gestion. Le tuteur doit enfin réparer le préjudice qu'il aurait causé au pupille dans la mesure fixée plus haut. S'il ne s'est pas conformé aux règles ci-dessus, qu'arrive-t-il ?

§ 8 - La responsabilité du tuteur.

Le tuteur, vice dominus, n'encourt pas primitivement de responsabilité.

La responsabilité du tuteur a dû ne pas exister aux origines du Droit, parce que le tuteur était un "vice dominus" ; or, un maître n'a pas de responsabilité. A cette époque, le tuteur pouvait donc faire tout ce qu'il voulait de la fortune du pupille ; celui-ci, même s'il était ruiné, n'avait rien à dire. Mais ce régime excessif, s'il a jamais été appliqué à Rome, n'a pas duré. La Loi des XII Tables, qui a surtout codifié les vieilles coutumes, nous montre que le tuteur a déjà une responsabilité. Si le tuteur était incapable, s'il faisait des actes d'improbité, il pouvait être déclaré suspect par le "crimen suspecti tutoris" entraînant l'infamie et même des peines corporelles ; l'infamie est une peine extrêmement grave parce que celui qui l'encourt est marqué de la "Nota Censoria" qui produit des conséquences juridiques et empêche, notamment, celui qui en est frappé de figurer en en justice ; il est destitué.

Dès avant la Loi des XII Tables, le tuteur suspect d'improbité pouvait être destitué et frappé d'infamie par le crimen suspecti tutoris.

En cas de détournement, il pouvait être poursuivi au double par l'action pénale rationibus distrahendis.

Mais le tuteur peut arriver jusqu'au bout de la tutelle, sans qu'il ait été suspecté. A ce moment, l'ex-pupille peut intenter contre lui, disent les XII Tables, une action "l'actio rationibus distrahendis" ce qui veut dire "action en reddition de comptes".

L'action se donne, non pas s'il a mal géré, si ses comptes sont défectueux, mais pour des actes graves. Comme il s'agit d'une action de droit primitif, le Droit primitif étant à la fois simpliste et grossier; il faut qu'il ait commis des détournements frauduleux, des vols sur la patrimoine du pupille.

Mais puisque l'action de vol ordinaire est dans les XII Tables l'actio furti, pourquoi n'intente-t-on pas contre lui l'action furti ?

C'est parce que le tuteur est regardé comme un "vice dominus". On ne peut intenter l'action du vol que si on dérobe la chose d'autrui. Le tuteur est une sorte de maître du patrimoine du pupille, il n'a pas

Source : BIU Cujas

dérobé la chose d'autrui: il a détourné une chose qui lui appartient, pour ainsi dire. Question de mots, dira-t-on, mais aussi question d'idées;- le mot répond à une idée.

La Coutume - peut-être les pontifes - ont alors créé un succédané de cette action furti sous le nom d'action rationibus distrahendis. Cette action est, comme l'action furti, une action pénale au double de la valeur des choses dérobées par le tuteur. On veut punir le coupable et on le punit par une amende au double.

Cette action avait un domaine très étroit; par conséquent, si le tuteur avait commis des actes d'indélicatesse qui n'étaient pas assez graves pour le rendre suspect (crimen suspecti tutoris) ou s'il n'avait pas volé, mais s'il avait seulement mal géré, s'il avait été négligent, il n'était passible d'aucune sanction. Tel était le régime primitif.

Il semble bien, cependant que l'opinion publique (dans la Cité romaine on était beaucoup moins nombreux au VII° s. de Rome, 150 av. J.C. qu'on ne le sera plus tard) suffisait à surveiller les tuteurs: mais la morale n'a pas de sanction suffisante.

Pour y remédier, le préteur a introduit une sanction contre les tuteurs négligents dans un Edit de date inconnue, mais antérieur au Consulat de Quintus Mucius Scaevola, c'est-à-dire antérieur à 659-95. Il a créé l'action tutelae.

Inconvénients de l'actio rationibus distrahendis.

L'actio rationibus distrahendis, qui venait des XII Tables, avait pour inconvénient d'être une action pénale, qui, comme toutes les actions pénales, est intransmissible contre les héritiers; elle ne peut se donner que contre le coupable lui-même et s'éteint à sa mort. Elle avait un autre inconvénient: son domaine était très limité et elle ne se donnait que quand le tuteur avait commis des détournements sur la fortune du pupille.

Le préteur, en créant l'actio tutelae a apporté un remède à ces inconvénients.

Remède apporté par le préteur par la création de l'actio tutelae.

C'est une action reipersécutoire (non pénale) donnée seulement dans la mesure du préjudice causé au pupille; mais elle a l'avantage d'être transmissible contre les héritiers du tuteur.

Cette action prétorienne avec formule in factum fut doublée d'une action civile avec formule in jus, qui est, en outre, "de bonne foi" (indicium bonae fidei), c'est-à-dire que le juge a des pouvoirs d'appréciation extrêmement larges, qu'il peut tenir compte des circonstances de fait et condamner le tuteur au maximum. De plus, cette action est infamante; et l'infamie entraîne des incapacités contre le tuteur

(Gaius, 4.182).

Dans le Digeste, existent deux actions tutelae: la 1ère action Tutelae est dite "directa"; on l'appelle ainsi parce qu'elle est normale, étant donnée à l'ex-pupille contre l'ex-tuteur. La 2ème est l'actio tutelae contraria qui est donnée à l'ex-tuteur contre l'ex-pupille: d'après les auteurs récents, cette action contraire serait byzantine; en droit classique le tuteur aurait agi par une action negotiorum gestorum utile.

Actio tutelae contraria du tuteur contre le pupille.

Comment comprendre l'a. contraire ?

C'est pour le cas où le tuteur aurait fait des avances, des dépenses qui incombent au pupille; des frais pour la conservation des biens du pupille, s'il n'en est pas remboursé de bon gré, il réclamera par l'action Tutelae contraria.

Inconvénients de la tutela en cas d'insolvabilité du tuteur.

L'action de tutelle qui avait des avantages considérables, avait aussi des inconvénients du fait qu'elle était une actio in personam - une action personnelle; par conséquent, si le pupille se trouvait en concours avec d'autres créanciers du tuteur, c'est-à-dire si le tuteur n'avait qu'une solvabilité limitée ou s'il était insolvable, le pupille ne toucherait pas le montant intégral de sa créance; il risquerait de se voir réduit à un dividende. Cette situation a frappé les empereurs, et ils ont donné au pupille quelques garanties ou quelques avantages: 1° - On a vu que Claude ayant confié aux Consuls le soin de s'occuper des tutelles, les Consuls avaient imposé au tuteur l'obligation de fournir au commencement de la tutelle la satisdatio rem pupilli salvam fore; celle-ci va jouer si le tuteur, à la fin de la tutelle, est insolvable. Les fidejusseurs se sont engagés à payer la différence entre ce que le pupille toucherait du tuteur et le montant intégral de la dette (ce sont des "fidejussores indemnitatis), si le pupille ayant agi contre le tuteur, n'a obtenu de lui que 25 p. 100, il peut se retourner contre les cautions et leur demande le surplus, 75 %. La poursuite a lieu, par l'action qui naît de la stipulation incertaine: actio ex stipulatu. La stipulation est incertaine parce que le fidejussor s'engage à payer "la différence " et on ne connaît pas le montant de celle-ci au moment où la satisdatio a été fournie.

1° - Cautio rem pupilli salvam fore donnant au pupille une actio ex stipulatu contre les cautions pour obtenir ce que le tuteur n'aurait pu lui payer.

2° - Actio subsidiara contre les magistrats.

2° - Trajan, qui s'est occupé également des pupilles, leur a donné une nouvelle action, l'actio subsidiaria, contre les magistrats municipaux, qui auraient présenté des tuteurs malhonnêtes ou qui auraient accepté des fidejussores insolvables (Inst. 1,24). Mais on peut se demander si la qualification de cette action n'est pas d'origine byzantine.

Source : BIU Cujas

3° - Droit de préférence donné au pupille par rapport aux créanciers chirographaires.

3° - Le Droit classique a muni l'action tutélaire d'un privilège: privilegium inter actiones personales, "privilège entre les actions personnelles": ce privilège permet à l'ex-pupille de primer tous les créanciers chirographaires du tuteur. (On appelle "créanciers chirographaires" ceux qui n'ont que des actions personnelles toutes simples, par opposition aux créanciers privilégiés et aux créanciers hypothécaires).

4° - Insuffisance de ces sûretés si le tuteur aliène ses biens: concession au pupille d'une hypothèque tacite ou générale.

4° - C'était là déjà un avantage considérable pour l'ex-pupille; mais il restait encore pour lui un risque de ne pas toucher l'intégralité de sa créance. En effet l'action de tutelle, même privilégiée ne peut atteindre que les biens du tuteur qui sont à l'heure actuelle dans son patrimoine, les biens existants - les bona exstantia. A contrario, elle ne peut atteindre les biens sortis de son patrimoine; si le tuteur a cédé ses biens à autrui, le pupille ne peut agir contre les acquéreurs de ces biens, il ne peut pas les poursuivre, car il n'a pas de droit de suite. Son privilège lui confère le droit de préférence, mais non pas le droit de suite, c'est-à-dire le droit de saisir et de faire vendre les biens qui sont sortis du patrimoine du tuteur. Pour que la garantie du pupille fût complète, il fallait qu'il eût en plus un droit de suite; on le lui concède par une a. hypothécaire, action réelle comportant droit de préférence et de suite; mais pour que sa garantie fût complète, il fallait qu'il ne fût pas exposé aux risques d'être primé par des créanciers hypothécaires antérieurs. Constantin a donné au pupille sur les biens du tuteur, une hypothèque tacite et générale dont le rang remonte au jour de l'ouverture de la tutelle. Le pupille passe donc avant tous les créanciers hypothécaires postérieurs à l'ouverture de la tutelle. Si le tuteur a constitué des hypothèques sur ses biens pendant la tutelle, cela n'empêche pas le pupille d'avoir le premier rang (C. Civ., art. 2I2I; 2I35).

Section II - Les Curatelles.

1° - Qui peut être curateur ? - En principe, les mêmes règles s'appliquent en matière de tutelle. Les femmes elles-mêmes sont arrivées à être curatrices; on le voit par les papyrus; il est possible que ce soit une institution gréco-romaine et qu'elle ait été purement provinciale.

2° - La curatelle du furiosus jouait, on l'a dit, dans les intervalles non lucides . Le curateur a les mêmes pouvoirs que le tuteur. On a étendu à cette matière l'oratio Severi. Le curateur agit par un seul procédé: la negotiorum gestio.

Source : BIU Cujas

Les actions données pour ou contre le furiosus sont des actions utiles.

3° - Pour le prodigue. La curatelle cesse lorsque le décret d'interdiction est levé; c'est la main-levée du décret d'interdiction (cf. C. Civ. art. 5I4). Le curateur agit seulement par la negotiorum gestio et sa responsabilité est assurée par une actio negotiorum gestorum. Ses droits et ses pouvoirs sont à peu près les mêmes que ceux du tuteur.

Il y a beaucoup plus à dire en ce qui concerne la

Curatelle du mineur de 25 ans (1).

§ I - Formation du système.

Formation historique de la curatelle des mineurs de 25 ans. Pleine capacité du sui juris arrivé à l'âge de puberté. Inconvénients.

La curatelle du mineur de 25 ans n'est pas fondée sur les mêmes idées que les précédentes, et le développement particulier extrêmement curieux de cette curatelle s'est effectué en trois étapes.

Les jeunes gens de 14 ans (pour les jeunes filles nubiles, elles tombent dans la tutelle des femmes) étaient, dans l'ancien Droit Romain, libres de leurs actes. Mais, même en Italie, les jeunes gens de cet âge n'étaient pas très expérimentés; et quand ils administraient leurs affaires sans aucune surveillance, il arrivait qu'ils se laissent tromper par des tiers habiles ou malhonnêtes; aucun remède s'ils s'apercevaient qu'ils avaient été trompés; ils étaient Patres Familias, ils n'étaient pas protégés.

1° - Répression de la circumscriptio par la Loi Laetoria au moyen d'une action publique et d'une action privée pénale, complétée plus tard par une exception.

1° - Une Loi Plaetoria ou mieux Laetoria, qui date du VI° siècle de Rome (avant 192 ou 19I av. J.C.) intervint pour protéger le pubère mineur de 25 ans, et y réussit, car Plaute dit que les usuriers redoutent de prêter aux mineurs: metuunt omnes credere. C'est la première fois que l'âge de 25 ans (legitima aetas) apparaît en Droit Romain (il survécut dans l'ancienne France; aujourd'hui la majorité est à 2I ans). Aussi la loi s'appelle-t-elle dans Plaute lex quinavicenaria - loi des 25 ans. Elle réprime la "Circumscriptio adulescentium". Etymologiquement, le mot veut dire "écrire autour de quelque chose": comment signifie-t-il fraude ? Cela vient des pratiques magiques. Lorsqu'on veut attirer sur quelqu'un un mauvais sort, on écrit son nom sur une plaque en plomb matière magique et ductile où les esprits peuvent circuler facilement. De ces tabellae defixionum, retrouvées en nombreux exemplaires (dont un Recueil est dû à M. Audollent, doyen de la Faculté des Lettres de

---

(1) V. les travaux de M. Siro Solazzi, dans le Manuel de R. Monier.

Source : BIU Cujas

Clermont-Ferrand) on écrit toutes sortes de formules cabalistiques qui sont d'ailleurs absolument incompréhensibles (1).

Au VI° siècle, c'est une fraude tout simplement. Le mineur de 25 ans a été circonvenu par le tiers (on emploie aussi circumventio): il voulait vendre sa propriété; le tiers lui a fait miroiter toutes sortes d'avantages et le jeune homme inexpérimenté a cédé cette propriété pour un prix minime. La loi Laetoria punit le tiers coupable de fraude. La majorité admet qu'on peut le poursuivre par un double moyen: par une action publique: un judicium publicum; et par une action privée qu'on appelle: actio Legis Laetoriae. L'action publique conduirait à une amende publique, à des déchéances, à l'infamie: c'était peut-être une action dite "populaire" que tout le monde pouvait intenter, même sans intérêt particulier "au nom du peuple". Quant à l'action privée, c'était une action pénale qui pouvait être noxale et qui était "annale" (elle ne durait qu'un an) et conduisait à une amende privée. M. Duquesne (2) a démontré qu'il n'existait qu'une seule action: judicium publicum rei privatae.

D'autre part, on voit également que de la situation indiquée peut sortir l'exception de la loi Laetoria en faveur du mineur devenu majeur et dans l'année même de sa majorité.

L'exceptio Legis Laetoriae imaginée comme toutes les exceptions par le préteur, sous le régime de la procédure formulaire, permet à l'ex-mineur de repousser la réclamation du tiers. Par exemple, s'il n'avait pas livré sa propriété, le tiers intente contre lui une action en revendication pour obtenir la livraison de la chose et le mineur peut lui opposer "l'exception" par l'effet de laquelle l'action du tiers est repoussée; et ainsi la fraude sera détournée.

2°- Insuffisance de la Loi Laetoria; elle ne protège pas le pubère mineur de 25 ans contre sa propre inexpérience.

Ces moyens (action, exception) sortant de la Loi Laetoria, ne fonctionnent qu'en cas de "circumscriptio" du mineur, de manoeuvres dolosives qualifiées "commises" par le tiers. Il fallait que la fraude fût prouvée par le mineur, et il ne suffisait pas qu'il ait fait une mauvaise affaire, mais qu'il l'ait faite sous l'influence de la pression exercée par l'autre partie. Si le mineur n'avait pas été circonvenu, il n'avait pas de recours.

---

(1) V. Melle Eliane Massonneau, Thèse, Paris, 1933, et P. Huvelin, Les tablettes magiques et le D.R. Paris, 1902.

(2) Mél. Cornil, t. I, p. 217 et suiv.

Source : BIU Cujas

Remède prétorien de l'in integrum restitutio.

2° - Le préteur vint à son secours et lui accorda, même en l'absence de fraude du tiers, le bénéfice de l'in integrum restitutio ob aetatem: la faveur de faire rescinder l'acte qu'il avait passé et qui lui avait causé un préjudice. L'in integrum restitutio s'appelle "ob aetatem", car elle est fondée sur l'âge. Son objet plus large est de protéger le mineur contre sa propre inexpérience.

Conditions de la R.I.I.Minor restituitur non tanquam minor sed tanquam laesus.

Le mineur peut la demander à trois conditions:

1°) Prouver qu'il n'avait pas atteint 25 ans quand l'acte a été passé;

2°) Que l'acte a été passé depuis moins d'un an (année utile): Justinien lui a donné un délai de 4 ans (continus).

3°) Qu'il a subi une lésion: un vieil adage du Droit canonique, aujourd'hui encore courant, dit: "Minor restituitur non tanquam Minor sed tanquam laesus": "Le mineur est restitué (c'est-à-dire il obtient la rescision de l'acte) non pas en tant que mineur, mais en tant que personne lésée": il ne suffit pas qu'il ait été mineur quand il a passé l'acte, il faut encore qu'il ait été lésé.

Qu'est-ce que la lésion ? C'est une notion économique: il y a "lésion", lorsque la chose a été vendue à un prix inférieur à sa valeur (et la valeur de cette chose, c'est la valeur courante, la valeur marchande); par exemple, une propriété a été vendue 25.000 sesterces alors qu'elle en valait 100.000; le mineur peut demander la rescision de cet acte, et le préteur la prononcera "cognita causa" après enquête.

3°- Protection exagérée résultant de la R.I.I. les tiers ne veulent plus traiter avec le mineur.

3° - Voilà un remède qui existe encore aujourd'hui (C.Civ., art. 1305 et s.) et qui était très favorable au mineur. Mais toutes les fois qu'on trouve un remède, certaines conséquences inattendues surviennent: le mineur était bien protégé; mais il en résultait que le tiers ne voulait plus traiter avec lui: si le mineur a besoin d'argent, s'il a une propriété à vendre; il va trouver un négociant en biens au Forum; mais celui-ci se refuse à traiter avec lui, parce qu'il est mineur de 25 ans, de crainte de l'in int. restit. Que va faire le mineur ? Le tiers, qui a l'habitude des affaires, lui propose de traiter en prenant conseil d'un homme honorable et si celui-ci veut bien conseiller le mineur, le négociant en biens traitera avec lui. Et ainsi s'organise la curatelle. C'est une garantie pour le tiers et aussi pour le mineur, parce que le curateur de fait lui donnera les conseils nécessaires. Le curateur prêtera son consensus, c'est-à-dire fournira ses conseils.

La pratique imagine l'usage du curateur qui conseillera le mineur pour passer un acte grave.

On a longtemps cru que la curatelle n'était pas seulement une curatelle de fait, mais déjà à cette

Source : BIU Cujas

Difficultés pour connaître le développement de la curatelle avant Justinien.

époque (fin de la République ou début de l'Empire) une curatelle de droit, générale, permanente et forcée; on ne le croit plus maintenant. Mais la doctrine n'est pas encore fixée, car elle discute toujours sur le sens du Ch. 10 de la Vita Marci (Vie de M. Aurèle) de l'Histoire Auguste (Capitolin): "de curatoribus vero, cum ante nisi ex lege Laetoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit, ut omnes adulti curatores acciperent, non redditis causis." Faut-il penser qu'avant M. Aurèle des curateurs étaient donnés aux mineurs par le préteur, en vertu de la Loi Laetoria dans tous les cas ou seulement dans les cas de prodigalité et de démence ? Faut-il penser que M. Aurèle aurait généralisé la mesure sans tenir compte des causes spéciales ? En tout cas, on admet le plus souvent que la curatelle aurait été volontaire. D'autre part, il est prouvé qu'à partir du III° siècle, les filles mineures reçoivent des curateurs, par suite de la décadence de la tutelle des femmes (Fr. Vat. 110; Oratio de Sévère et Commode, Paul, Dig. 23,2,20) et tous les mineurs en Egypte (P. Oxy. 888). Ce n'était pas là pourtant une mesure générale puisque Dioclétien (Code, 2,2I,3) parle de mineurs qui n'ont pas de curateurs.

En outre, des textes classiques disent tantôt que la curatelle aurait été permanente, tantôt qu'elle était temporaire, le curateur administrant les biens du mineur.

Bref, l'époque classique ne serait pas encore arrivée à un système uniforme.

La curatelle générale du Droit de Justinien.

Sous Justinien, tous les pubères, hommes et femmes, reçoivent des curateurs jusqu'à 25 ans (Inst.1, 23,pr.) sur leur demande adressée au magistrat. Des curateurs leur sont imposés malgré eux(inviti) dans certains cas, par exemple procès (Inst,4,4,2). La curatelle est alors générale et permanente.

Comparaison de la c. des mineurs de 25 ans avec celles du prodigue et du fou.

Elle présente des caractères très particuliers. Elle ne ressemble pas à celle du furiosus et du prodigue qui avait été organisée aussi par les XII Tables. Elle est le prolongement de la tutelle et ses caractères sont beaucoup plus voisins de ceux de la tutelle que de ceux des curatelles proprement dites; par de nombreuses interpolations, le Digeste et le Code assimilent le curateur au tuteur,(vel curator,) souvent ajouté à tutor

On trouve, en effet, de grands rapports entre ces deux institutions:

1°) Le curateur intervient par la voie du "consensus": il donne au mineur son consentement et ainsi le mineur est habilité à faire valablement tous les actes juridiques: ce consensus ressemble à l'auctoritas,

Source : BIU Cujas

mais n'a pas de forme solennelle et peut intervenir après l'acte; ce qui s'explique par son origine pratique.

2° - La responsabilité du curateur est identique à celle du tuteur. Elle est sanctionnée par l'a. negotiorum gestorum utilis.

3° - Les pouvoirs du curateur ont été restreints depuis Constantin à l'imitation de l'Oratio Severi;

4° - Les garanties, les causes de destitution, les excuses sont calquées absolument sur la tutelle.

Caractère original de l'institution: la protection a précédé l'incapacité.

Ce qui est original, en cette matière, c'est que la protection a précédé l'incapacité.

Ordinairement, l'incapacité résulte d'une circonstance physique: ici, le mineur est, en principe, capable physiquement; il est apte à faire les actes juridiques, il n'est plus impubère; seulement, comme il serait dangereux qu'il fît certains actes, c'est la nécessité d'avoir un curateur qui fait qu'il n'a pas capacité pour faire ses actes.

On a déduit l'incapacité du fait que le curateur agit pour le mineur. Il faut bien comprendre cela. Comment expliquer ce système?

Par le caractère fondamental de la curatelle du mineur de 25 ans. Comme cette curatelle n'est pas un remède à une incapacité naturelle, elle n'a pour fondement aucune des raisons que l'on a trouvées précédemment. Elle n'est pas donnée dans l'intérêt de la famille, car il n'y a pas de curateur légitime (il y a des curateurs testamentaires confirmés par le magistrat). Elle n'est pas donnée, non plus, malgré les apparences, dans l'intérêt du mineur: elle est donnée, en réalité, dans l'intérêt du tiers contractant, parce qu'il refusait de contracter si le mineur était seul, par crainte d'une in integrum restitutio. Elle est donnée dans l'intérêt des transactions commerciales qui sont beaucoup plus nombreuses et plus importantes que les transactions civiles; elle est donnée en somme, dans l'intérêt du crédit. C'est une mesure d'aspect moderne qui n'a rien de commun avec les fondements des curatelles et des tutelles primitives (Cf. l'art. 2279 du C.C. imaginé dans l'intérêt de la sécurité des transactions).

Cette curatelle a été créée dans l'intérêt du tiers.

La preuve de ce fondement apparaît dans l'institution de la venia aetatis:

La venia aetatis comparaison avec l'émancipation moderne.

Le mineur peut obtenir de l'empereur une faveur spéciale: la venia aetatis "la grâce de l'âge" établie en 271 de notre ère et réglée surtout par Constantin. Si le mineur démontre qu'il est capable de se conduire seul dans la vie, et d'autre part, s'il a 20 ans si c'est un garçon, 18 ans si c'est une fille, il peut être relevé de la nécessité d'avoir un cura-

Source : BIU Cujas

teur; et s'il n'avait pas en fait de curateur, l'effet de la venia aetatis est de faire cesser la possibilité pour lui d'agir par l'in integrum restitutio. L'empereur estime qu'ayant reconnu le mineur apte à gérer ses biens, le crédit est sûr avec lui et par conséquent l'in integrum restitutio ne jouera pas.

Pourtant, le mineur qui a obtenu la venia aetatis n'a pas une capacité complète; il ne peut faire de donations et il ne peut faire d'aliénations que dans la mesure où elles sont permises par l'Oratio Severi; il est dans la même situation que le mineur émancipé du code civil, l'émancipation française (C. Civ., art.477 et s.) venant de là et non de l'émancipation romaine.

TITRE V

LES PERSONNES MORALES OU JURIDIQUES.

Nous n'en dirons que peu de chose, la question relevant surtout du Droit administratif (1).

Définition. La personnalité est accordée, en D.R. comme aujourd'hui, à des collectivités de personnes physiques: on appelle ces collectivités des personnes morales ou juridiques (l'idée s'exprime par les termes corpus, universitas, peut-être seulement au Bas-Empire), pour les distinguer des personnes physiques qui les composent. La distinction est déjà marquée par Ulpien (Dig. 3,4,7,1) entre l'universitas et ses membres, ut singuli ,"en tant que particuliers".

Enumération et capacité. Les personnes morales ont été d'abord en D.R. l'Etat romain (res publica), les cités, les colonies, les municipes, des associations à but religieux ou civil (collegia funéraires, d'ouvriers; sodalitatis). Elles peuvent recevoir des legs et être instituées héritières. Certains dieux avaient la personnalité, puisqu'ils pouvaient être institués héritiers (Ulp. R.22,6). Les sociétés de publicains seules la possèdent, non les sociétés ordinaires.

Au Bas-Empire, sous l'influence chrétienne, en sont dotées: les églises, les monastères, les établissements de bienfaisance, qui peuvent recevoir des libéralités.

Les fondations. Les fondations sont des biens donnés ou légués

(1) V. Monier, t. I, p. 403-406.

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

par une personne et dont les revenus doivent servir à un but charitable: elles existent dès le Haut-Empire (1) et se développent à Byzance, sous le nom de piae causae. A la différence du Droit français, et à la ressemblance des droits étrangers, le D.R. leur reconnaît l'autonomie, ce sont des patrimoines d'affectation (v. Patrimoine) .

Formation des personnes morales.

En dehors des personnes morales de Droit public (Etat, cités, etc,...), une association (non une société privée) ne pouvait se créer, du moins après les XII Tables en D.R. qu'avec l'autorisation de l'Etat, donnée par S.C. ou rescrit impérial.

Les corporations et fondations du Bas-Empire se forment librement.

Administration.

Les personnes morales sont administrées et représentées en justice par des personnes physiques (cela va de soi): certains magistrats de l'Etat, curateurs ou syndics des cités, des corporations etc,..., les administrateurs gérent comme les tuteurs. Une lex municipalis ou une lex collegii précise les règles de l'administration (cf. les statuts des associations actuelles).

Extinction.

Certaines personnes morales ne sauraient s'éteindre (l'Etat, les cités, sauf exceptions). D'autres s'éteignent quand leur but est atteint (p. ex. sociétés de publicains) ou quand elles sont dissoutes par l'Etat.

2ème PARTIE

LES DROITS DU PATRIMOINE ET LES CHOSES, OBJETS DE CES DROITS.

§ I - La notion du patrimoine.

C'est là une question qui est examinée par les civilistes, mais ne l'est guère par les romanistes, même par P. Bonfante dans son célèbre Corso di Diritto romano. M. Collinet l'a traitée dans son Cours de D.R. approfondi (1931-1932). Il va dire ici le nécessaire (2).

(1) V. G. Le Bras, Studi Riccobono.
(2) V. aussi G. Micolier, Pécule et capacité patrimoniale, thèse, Lyon, 1932.

Source : BIU Cujas

Définition.

Le patrimoine est l'ensemble des droits, actions, dettes et charges d'une personne vivante, appréciables en argent. La définition laisse donc de côté les droits de famille et les droits publics, non appréciables en argent, dont on a parlé déjà. Il se distingue aussi de l'ensemble des biens d'un défunt, qui s'appelle hereditas, hérédité ou succession.

Le patrimoine est désigné en D.R. par des termes nombreux : familia, pecuniaque, termes qu'on expliquera plus loin, patrimonium, bona, substantia, etc. (Ulp. Dig. 36,1,15,8 et 17 pr.; Paul, h.t. 16) L'étymologie du mot est pater.

Contenu.

D'après la définition, on voit que le patrimoine contient des éléments actifs (droits et actions) et des éléments passifs (dettes et charges). En D.R., ces éléments ne sont pas tous patrimoniaux, comme aujourd'hui, car on a vu en étudiant la capitis deminutio qu'en D.R. il est des droits, des actions et des dettes qui s'attachent à la personne physique ; ceux là ne sont pas des éléments patrimoniaux ; ils sont éteints à la mort de leur titulaire, tandis que les éléments patrimoniaux se transmettent aux héritiers.

Le patrimoine ne forme pas une universitas.

Le patrimoine comprend donc des éléments actifs et des éléments passifs. Une question capitale est de savoir si ces éléments sont unis par un lien juridique ils le sont dans l'hereditas qui forme une universitas une entité juridique ; ils ne le sont pas, à Rome pas plus qu'aujourd'hui ; le patrimoine ne forme pas une universitas. La règle connue "Bona non sunt nisi deducto aere alieno" d'où les Pandectistes ont tiré le lien juridique visé ci-dessus, ne se rapporte pas au patrimoine tout entier, mais à l'actif net du patrimoine, tandis que la règle contraire, Bona conjunctis incommodis marque l'actif brut.

Les patrimoines spéciaux ou d'affectation: pécule profectice, dot.

Toutefois, à côté de l'hereditas, patrimoine général d'un mort, certains patrimoines spéciaux constituent en D.R. des entités juridiques: le pécule profectice et la dot. Dans le pécule, les dettes sont liées à l'actif (sauf les dettes envers le maître qui se déduisent du pécule; cf. La célèbre définition de Tubero, chez Ulp. Dig. 15,1,5,4) il doit se prendre comme un bloc (Ulp. Dig. 15,1,7,2) ;- Dans la dot, également qui constitue une universitas (Ulp. Dig. 25,1,5, pr.). Cela tient à ce que ces patrimoines spéciaux ont une affectation particulière.

Nous allons étudier maintenant les droits pécuniaires avec lesquels vont les Dettes; nous verrons les Actions avec la Procédure et les charges réelles à la III° Partie.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Les droits pécuniaires.

Division des droits pécuniaires en : A. Droits réels. Jura in re. B. Droits personnels, jura in personam.

On les divise en deux grandes catégories : les droits réels, dont la propriété est le type, et les droits personnels, ou de créance.

Les droits réels - "Jura in re"- sont des droits qui portent directement sur les choses ; les droits personnels - "Jura in personam" - sont des droits qui portent sur la personne.

A ces deux catégories de droits, correspondent : d'une part, les charges réelles (servitudes, hypothèques), d'autre part, les charges personnelles : obligations ou dettes.

1°- Définition des droits réels.

1°- On peut donner une définition plus précise des Droits réels et dire : ce sont des droits sur les choses qui ont pour objet de permettre à leur titulaire de tirer d'une chose déterminée des services économiques déterminés.

Distinction des Jura in re propria et des jura in re aliena.

Tantôt, c'est de sa propre chose que l'on tire ces services : c'est une chose qui vous appartient et c'est le droit le plus complet : la propriété ; tantôt c'est de la chose d'autrui que l'on tire les services: c'est le cas du titulaire de la servitude. Pour le titulaire du droit, il y a donc tantôt jus in re propria et tantôt jus in re aliena, tel le droit de servitude ou d'hypothèque. Le droit réel est sanctionné par l'action qui s'appelle "action réelle" ou mieux: "actio in rem". La notion du droit réel est sortie des actions réelles: historiquement, c'est la sanction qui précède le droit; il n'y a droit que là où il y a sanction.

2° - Définition du droit personnel.

2° - Les droits de créance ont pour objet de permettre à leur titulaire d'obtenir d'une personne déterminée une prestation ou une abstention. L'obligation porte sur la personne du débiteur; et à l'origine l'action in personam aboutissait à la saisie du corps même du débiteur, on ne peut rien imaginer de plus personnel que ce droit personnel à l'origine. Mais la rigueur du droit primitif s'est évanouie. Les Romains sont arrivés à cette notion que l'action personnelle est sanctionnée non plus sur le débiteur lui-même, mais sur ses biens. Il n'est pas moins vrai que certaines obligations s'attachent à la personne physique, si bien qu'elles disparaissent avec la personne à sa mort, comme on l'a vu.

Différence entre le droit réel et le

3° - Il faut, à propos des droits réels et personnels relever leurs différences:

A - L'objet du droit personnel peut toujours

Source : BIU Cujas

droit personnel au point de vue de leur objet.

se ramener soit à dare (transférer la propriété), soit à facere (faire quelque chose) ou non facere (s'abstenir); soit à praestare (prester). Au contraire l'objet des droits réels n'est pas un.

Il y a autant d'objets qu'il y a de droits différents; cela tient à ce que les services économiques, objets des droits réels, sont nettement différenciés. Ils sont déterminés par les fonctions propres aux choses. Ainsi, on peut: ou avoir la disposition complète d'une chose et en tirer, par conséquent, tous les services possibles: c'est la propriété, ou tirer d'une chose seulement la jouissance, jouissance qui existera, soit au profit d'un fonds sur un fonds voisin (servitude prédiale, ou réelle), soit au profit d'une personne sur un fonds ou sur d'autres choses: (servitude personnelle dont le type est l'usufruit); ou bien encore on peut avoir le droit de prendre possession, de saisir et de mettre en vente, ce qui constitue le droit d'hypothèque - droit qui est différé jusqu'au moment où l'on est sûr que le débiteur ne paie pas; ou bien avoir un droit d'usage et de jouissance sur un fonds non bâti; c'est ce qu'on appelle en Droit romain la "locatio agri vectigalis", qui est devenue plus tard le droit d'emphytéose; on peut enfin avoir un droit d'usage ou de jouissance sur un fonds bâti; c'est ce qu'on appelle le droit de superficie.

Nombre limité des droits réels.

Les droits réels sont donc en nombre limité, tandis que les droits de créance sont en nombre infini.

Tous les droits réels ont des noms; les droits de créance en ont beaucoup moins; on les classera d'après leurs sources, tandis que les droits réels se classent d'après le genre des services qu'ils peuvent rendre au titulaire.

B.- La différence la plus importante, c'est que les droits réels portent sur une chose déterminée; par exemple, le droit de propriété portera sur le fonds Cornélien; le droit de créance, au contraire, ne porte pas sur un objet déterminé mais sur la personne, ou par transposition sur le patrimoine en bloc.

Conséquences de l'idée que le droit réel porte sur un bien déterminé.

Conséquence: du moment que le Droit réel porte sur une chose déterminée, son efficacité est extrêmement forte, puisque la puissance de ce droit est concentrée sur une chose. Il en résulte que le titulaire du droit réel profite de deux avantages: le droit de préférence, et le droit de suite.

1° - Le droit réel est muni du droit de préférence.

1° - Le droit de préférence permet au titulaire du droit réel de se servir le premier "par préférence" aux créanciers: c'est le cas du créancier hypothécaire.

2°- Il est

Le droit de suite permet au titulaire du droit réel de suivre la chose en quelque main qu'elle passe

Source : BIU Cujas

muni du droit de suite.

(p. ex. pour l'hypothèque, non seulement entre les mains du débiteur, mais entre celles de celui à qui il a vendu sa chose). Cela est extrêmement important et donne au titulaire du droit réel une efficacité complète.

Au contraire les créanciers sont soumis à la loi du concours et ne peuvent agir contre les acquéreurs des biens du débiteur.

2° - Le titulaire du droit de créance ayant un droit qui est dispersé sur l'ensemble du patrimoine (art. 2092 du C. Civ.), il n'existe plus ni droit de préférence ni droit de suite, et lorsque plusieurs créanciers se présentent ensemble, ils concourent, ils partagent, ils sont réduits à un dividende s'il n'y a pas de quoi payer tout.

De même le créancier n'a pas le droit de suite: dès que les biens sont sortis du patrimoine du débiteur (sans fraude), il n'a plus de droit sur eux, puisqu'il n'a de droit que sur le patrimoine du débiteur. Le créancier ne peut pas poursuivre l'acquéreur de son débiteur.

Tout s'explique par la nature propre du droit réel comparée à celle du droit personnel.

Cependant, bien que les différences soient très nettes, il n'y aurait pas deux espèces de droits. (C'est ce que disent MM. Planiol, Ripert, Geny). Seulement ce droit est tantôt à efficacité faible puisque dispersé, et tantôt à efficacité forte, puisque concentré. Mais, puisqu'il existe une différence de puissance entre ces deux efficacités, cela revient à dire qu'il y a tout de même des droits personnels et des droits réels.

Quels sont les rapports qui existent entre les deux sortes de droits ?

Importance de l'idée de cause dans la conception du droit réel.

Les droits réels ne sont pas constitués pour eux-mêmes et le plus complet, le droit de propriété, par exemple, est toujours constitué sur une chose en vertu d'une cause et en suite d'une cause. Le mot "cause" a plusieurs sens en Droit: cause-motif, cause efficiente, cause finale (v. obligations). Ici, il s'agit de la cause efficiente..Celle-ci est un fait ou un acte juridique qui sert de base aux droits réels, qui précède leur constitution et qui la justifie (ce que M. Senn appelle "l'acte causal"). Ex: je deviens propriétaire d'une maison, parce que je l'ai achetée: la vente est donc la cause de l'acquisition; je deviens propriétaire d'une maison, parce que je la tiens de mon père: la succession est une "cause"; je deviens propriétaire de cette maison par la longue possession: l'usucapion est une cause, ou parce que cette maison ayant été saisie par les créanciers hypothécaires et mise en vente, j'en suis devenu adjudicataire, l'adjudication sur saisie immobilière, c'est la cause de mon acquisition, etc,.. En pratique les droits réels pro-

Source : BIU Cujas

cèdent des obligations et voilà le rapport entre les droits personnels et les droits réels.

§ 3 - Les choses, objets de droits.

Les choses sont ordinairement les objets des droits.

Suivant ce qui vient d'être dit, le but des droits de créance, en général, c'est de faire acquérir la propriété des choses: par exemple: étant vendeur, j'acquiers l'argent, qui est une chose qui constitue "le prix" de la chose;- dans l'hypothèse d'achat, j'acquiers une chose, qui est l'objet vendu. Le but des droits de créance peut être aussi de "facere" ou "non facere", un fait ou une abstention: et cela ne constitue pas des choses: exemple: j'acquiers un droit de passage sur un fonds voisin; ceci n'est pas une chose.- J'obtiens, en sens contraire, que vous ne passiez pas sur mon fonds: c'est une abstention. Mais la plupart du temps, l'objet des droits tend à acquérir une chose.

Toutes les choses (res) peuvent-elles être objets de droits ? Peut-on être titulaire d'un droit réel et en particulier de la propriété, droit réel le plus complet, sur toute chose ?

Distinction des choses in patrimonio et des choses extra patrimonium.

Les Romains distinguent (Gaius, 2,1): on peut avoir des droits sur les choses qui sont in patrimonio - et on ne peut pas en avoir sur les choses qui sont extra patrimonium - Commençons par celles-ci.

A - Choses extra patrimonium: Res nullius.

A - Les choses qui ne sont pas susceptibles d'appropriation privée, dont l'homme ne peut pas être propriétaire ni même possesseur, on les appelle des "res nullius" - choses qui n'appartiennent à personne. Ces choses se divisent en deux grandes catégories:

1° - Res divini juris, sanctae, sacrae, religiosae.

1° - Res divini juris - choses extra-patrimoniales, parce qu'elles appartiennent au droit divin. On entend par là: a) les res sacrae: les temples; b) les res religiosae: les tombeaux (1); c) les res sanctae: les portes, les murs des Villes et les bornes.

2° - Res humani juris.

2° - Res humani juris: - ce sont: a) les res communes: choses d'usage commun à tous les hommes, comme l'air, la mer, les rivages de la mer;

à) res communes;

b) res publicae,

b) les res publicae, choses de l'Etat (2) (aujourd'hui domaine public), comme l'ager publicus; les fleuves publics, les ports, les routes publiques;

c) res universitatis.

c) les res universitatis, qui appartiennent aux personnes morales, en particulier, aux Cités; théâtres, stades, bains (aujourd'hui domaine privé).

B - Res in patrimonio.

B - Les choses qui sont susceptibles d'appréciation privée peuvent se classer de diverses manière

(1) Sur les sepulchra, V. Monier, t. I, p. 410-412 (bon résumé).
(2) V. Karadgé-Iskrow, Paris, 1928.

Source : BIU Cujas

res:

1° - Choses corporelles et choses incorporelles.

1°) Division des choses en choses corporelles et choses incorporelles (Gaius, II, 12-14): corpora et jura - Les choses corporelles sont celles qui peuvent être touchées: ex. une maison, un champ, un esclave, un animal, de l'argent.

Les choses incorporelles sont celles qui ne peuvent être touchées: les droits, obligations, servitudes, l'hérédité. Mais le droit de propriété est confondu avec la chose et s'y incorpore.

2° - Choses de genre et espèces.

2°) Division en choses de genre et en espèces genera et species: les choses de genre peuvent se remplacer les unes par les autres: ainsi, le blé, les espèces ne peuvent se remplacer les unes par les autres: l'esclave Stichus ne peut pas être remplacé par l'esclave Hermodore, etc,....- A rapprocher: les distinctions en choses qui se pèsent, se mesurent, se comptent, et en choses qui se consomment par le premier usage, d'une part, et les autres choses: le blé, les denrées, sont de la 1ère classe.

En fait, les choses de genre sont toujours des meubles. Mais les choses d'espèce ne sont pas toujours des immeubles.

3° - Meubles et immeubles.

3°) Division en meubles et en immeubles.

Cette distinction est très importante en droit moderne (art. 2279). En Droit Romain, il y a beaucoup moins d'intérêts à faire cette division: usucapion, interdits.

4° - Res mancipi: (fonds de terre italiques, servitudes prédiales rurales, bêtes de trait et de somme, esclaves) et res nec mancipi.

4°) Division qui est tout à fait romaine et qui n'existe plus aujourd'hui: distinction des choses en res mancipi et en res nec mancipi (Gaius, II, 14-22; Ulp. R. 19,1). Voici l'énumération des res mancipi: a) les esclaves ou "mancipia". (On n'a pas encore bien saisi le rapport de mancipium avec res mancipi);

b) les bêtes de somme ou de trait: animalia quae collo dorsove domantur, les animaux qui se domptent par le cou ou le dos; boeufs, chevaux (pas les éléphants et les chameaux, parce que ceux-ci n'ont été connus des Romains qu'après que la classe des res mancipi eut été établie).

c) les fonds italiques;

d) les servitudes prédiales rurales, servitutes praediorum rusticorum, constituées au profit des fond italiques sur des fonds italiques.

Les autres choses sont des res nec mancipi: par exemple: les troupeaux, l'argent, les denrées, le drap, les vêtements, les meubles meublants, les récoltes, les choses incorporelles (Gaius II,17), les fonds provinciaux (Gaius, II, 21).

La question importante est de savoir quelle est la base de cette distinction qui présente de

Source : BIU Cujas

grands intérêts. On retrouve ici encore la distinction ethnographique; certaines choses auraient été conçues par les Albains et d'autres par les Sabins (Piganiol).

Idée générale de res mancipi.

Il est préférable de dire que les res mancipi sont des choses qui sont précieuses à l'agriculture, qui remontent par conséquent à l'époque où les Romains étaient uniquement des agriculteurs; si bien qu'ils ont voulu distinguer d'une façon particulière les choses qui servent à l'agriculture; ces res mancipi doivent être des choses qui sont objet de propriété familiale. Les res nec mancipi sont des choses qui ne servent pas à l'agriculture, des objets de propriété de la gens ou de l'individu. Ainsi, les troupeaux circulent sur les biens de la gens et non pas sur la propriété privée, sur le champ; et ils ont appartenu d'abord à la gens. A l'individu lui-même appartenaient les autres choses, comme l'argent. Les deux termes familia (sens originaire: les esclaves) et pecunia (sens originaire: troupeau) correspondent à res mancipi et à res nec mancipi.

Pour Gaius (II, 22), les res mancipi sont celles qui sont transférées par la mancipation. On va voir tout de suite les intérêts de la division très importante jusqu'à Justinien qui la supprime (C.J. 7,31, 1,5; a. 531)

5° - Pour les choses simples et les choses composées, v. les manuels.

3ème PARTIE

- Titre 1er -

L E S D R O I T S R E E L S.

Enumération des droits réels.

Les droits réels à Rome sont les suivants: la propriété - les servitudes - l'hypothèque - la superficie - la locatio agri vectigalis - l'emphytéose.

Ces droits sont sanctionnés par des actions in rem. Leurs caractères communs ont été étudiés précédemment, on étudiera ici leurs caractères spécifiques.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Chapitre Ier

LE DROIT DE PROPRIETE.

§ I - Historique. (1)

Les grandes phases de l'histoire de la propriété.

Il est sûr aujourd'hui, d'après les travaux comparatifs, que le droit de propriété tel que nous le comprenons - propriété individuelle - n'existe pas dans les sociétés primitives ; on ne connait que la propriété collective qui, en réalité, est une jouissance collective.

1°- Propriété collective.

C'est, par exemple, la situation qui se rencontre encore aujourd'hui par rapport à ce qu'on appelle "les biens communaux", où chacun des habitants d'un village aura le droit d'envoyer paître ses troupeaux, le bois communal, où chaque habitant aura le droit de faire des coupes. Ce droit collectif se trouve à Rome où la Gens a conservé longtemps des biens collectifs où, par exemple, les Romains envoyaient paître leurs troupeaux.

2°- Propriété familiale.

Avant la propriété individuelle, existe, dans une seconde phase de la civilisation "la propriété familiale" qui est déjà une vraie propriété. La terre appartient non pas à l'individu, mais à la famille tout entière, représentée par son chef, à Rome, le Paterfamilias.

Cette propriété familiale a, d'après la légende, commencé après la fondation de Rome par Romulus, qui a distribué à chacun des patriciens un heredium de deux arpents.

3°- La propriété individuelle d'abord mobilière.

La propriété individuelle, dans l'histoire de l'humanité, a commencé par l'appropriation des meubles, parce qu'il est plus facile de comprendre qu'une chose mobilière puisse appartenir à un individu ; cela a dû commencer par les produits de la fabrication (vêtements). Ceux de la pêche et de la chasse étaient communs.

Le dominium ex jure quiritium.

A Rome, la propriété constitue ce qu'on appelle le dominium ex jure quiritium. Ce dominium a ceci de particulier - et tout à fait contraire à nos conceptions modernes - qu'il n'existe que par une concession de la Cité. La propriété existe "de par le droit des Quirites" : elle ne peut appartenir qu'à des citoyens

La propriété apparaît à Rome comme

---

(1) Voir Girard, p. 280 et suivantes.

Source : BIU Cujas

une concession de l'Etat faite aux citoyens.

probablement même qu'à des patriciens.

On trouve la même idée en ce qui concerne la propriété mobilière qui était concédée par l'Etat, en particulier en ce qui concerne le butin.

Le droit de l'Etat se manifeste par le fait particulier suivant : à Rome, tout champ, toute terre qui se trouve sur le territoire romain n'est pas susceptible de dominium ex jure quiritium ; il faut distinguer deux sortes de champs : les champs limités et ceux qui ne le sont pas.

Distinction des agri occupatorii ou arcifinales

Ces derniers s'appellent agri occupatorii ou agri arcifinales. Ils sont seulement susceptibles d'occupation et non pas de propriété. C'est, par exemple, les terres publiques : ager publicus, dont on a fait si souvent des distributions au peuple, pour calmer les révolutions, et qui ont fini par disparaître vers la fin de la République, après les Gracques.

et des agri limitati.

Les agri limitati, seuls susceptibles de dominium ex jure quiritium (fundus, hortus, villa) ce sont les champs qui ont été limités d'une façon officielle par les arpenteurs (agrimensores) avec des rites religieux venus des Etrusques.

Or la religion, dans la Cité primitive, est la première expression de la personnalité morale de la Cité ; les rites sont la manifestation du droit éminent de la Cité.

Mais, à la fin de la République, ces distinctions s'effacent et les agrimensores ne sont plus que des arpenteurs ordinaires, ni officiels, ni religieux.

On a prétendu que l'influence de la Cité se manifesterait également dans les formes les plus anciennes de transfert de la propriété quiritaire : la mancipatio, l'in jure cessio (V. plus loin).

Quelle que soit l'opinion qu'on admette, il est certain que l'influence de la Cité sur le dominium a cessé. Le droit de propriété qui avait commencé par être social et politique, devient quelque chose de purement privé (1). La propriété devient individuelle quoiqu'elle conserve longtemps à Rome des traces du régime familial primitif. (V. Successions).

Persistance dans la propriété romaine individuelle de l'ancienne conception de propriété familiale.

La propriété peut être transférée, probablement à partir du VIème siècle par un mode du droit des gens (jus gentium ou jus naturale sont synonymes) que l'on appelle "la traditio", mode sans forme et qui ne rappelle en rien l'intervention de la Cité.

Mais, s'il n'y a plus d'influence de l'Etat dans le territoire romain et dans l'Italie qui est devenue romaine jusqu'au Rubicon, elle se retrouve en province:

---

(1) Aujourd'hui, le cercle est fermé : tendance à faire de la propriété à nouveau une chose sociale.

Source : BIU Cujas

Persistance en province de l'influence de l'Etat dans la propriété.

aussi, en droit Romain, en ce qui concerne la propriété, il n'y a pas de régime unique comme aujourd'hui, mais plusieurs régimes, exactement 4 types :

Les différents types de propriété : 1°- dominium ex jure quiritium.

1°- La propriété romaine : le dominium ex jure quiritium, qui appartient à des Romains seuls, et ne porte que sur des choses romaines et est sanctionné pa la revendication.

2°- La propriété provinciale. Le sol des provinces appartient à l'Etat qui ne laisse le domaine utile aux particuliers que moyennant un tribut.

2°- La propriété provinciale. En principe, le sol provincial conquis par les armées romaines appartient à l'Etat en vertu du droit de conquête. Les pérégrins qui sont ainsi conquis pouvaient avoir auparavant une propriété individuelle ; par exemple, les Gaulois, au moment de la conquête par Jules César, connaissaient la propriété individuelle ou tout au moins la propriété familiale. (C'est une question qui est fort agitée par les historiens). A partir du moment de la conquête par l'Etat romain, les provinciaux sont dépouillés le sol appartient à l'Etat : l'Etat fait reconnaître son "domaine éminent" (terme du droit féodal) en faisant payer au possesseur du sol un impôt foncier qu'on appelle tantôt "stipendium", tantôt "tributum", d'où vient que dans la langue romaine, les terres situées en province s'appellent "praedia stipendiaria" ou "praedia tributoria", (Gaius, II,2I) suivant que les provinces sont celles du peuple ou de l'empereur. Les fonds romains, les fonds italiques ne payaient pas l'impôt foncier, parce que cet impôt représente un signe de défaite, de conquête, du fait que l'Etat est propriétaire du sol. Il s'ensuit que les individus gaulois, grecs, égyptiens, n'ont pas la propriété, ils ont ce qu'on appelle dans le vieux droit français , "le domaine utile" ; les Romains disent que les provinciaux ont sur le sol la possession, l'usufruit : possessio usufructus (Gaius, 2,7) qui sont des droits utiles et pratiques, ceux qui permettent de tirer de la chose des produits.

La sanction sera ici une action en revendication utile, c'est-à-dire "étendu". (V. Fragments du Vatican n. 315-316).

Jus italicum.

Parfois, le sol provincial devient sol italique. Cette transformation s'opère par ce qu'on appelle la concession du Jus Italicum. Quand une Cité est ainsi dotée par l'empereur du "jus italicum", cela veut dire que le sol est assimilé aux fonds italiques et par conséquent, qu'il est susceptible de propriété quiritaire et ne paye plus d'impôt.

3°- La propriété prétorienne.

3°- La propriété prétorienne. On l'appelle quelquefois "bonitaire", du latin "in bonis habere", qui désigne le droit qui appartient au titulaire "il a la chose dans son patrimoine".

Les diffé-

Les cas où le préteur s'est ingénié pour concé-

Source : BIU Cujas

rents cas où elle existe. Transfert d'une res mancipi par traditio - L'acquéreur qui est in causa usucapiendi a la chose in bonis.

der à un individu l'"in bonis" sont les suivants: (dans les Manuels on ne les énumère pas toujours tous).

1°) Quand quelqu'un aliénait sa chose mancipi, l'aliénation n'était translative de propriété que si cette personne avait employé ou la mancipatio, ou l'in jure cessio. Si donc l'aliénateur avait employé la simple tradition (qui est un procédé du Droit des gens ou naturel), la propriété quiritaire n'était pas transférée: l'acquéreur acquiert simplement la possession. Il a la chose dans ses biens "in bonis". Le préteur protège cet état de fait et le transforme en état de droit prétorien avant même que le possesseur devienne propriétaire quiritaire par l'accomplissement de l'usucapion. Dans ce cas, la propriété est divisée en deux: l'acquéreur, en voie d'usucaper, "in causa usucapiendi" a la chose "in bonis", ce qui lui confère les avantages pratiques de la propriété. L'aliénateur garde le "nudum ex jure quiritium": la propriété quiritaire dépouillée de ses avantages pratiques, c'est-à-dire un droit théorique, mais qui permet à l'aliénateur de faire certains actes sur la chose: par exemple de la vendre (Gaius, II, 40-41).

Remarque: il y a un second cas d'usucapion, et c'est le seul qui existe aujourd'hui: lorsqu'une personne a acquis une chose immobilière (en D.R. mobilière ou immobilière) d'un aliénateur qui n'était pas le vrai propriétaire, "a non domino", on ne devient pas par cela-même propriétaire, mais on est possesseur "in causa usucapiendi", on est en voie d'usucaper. En Droit Romain, l'acquéreur a non domino, qui deviendra propriétaire quiritaire au bout d'un ou deux ans par l'usucapion n'a pas l'in bonis (c'est une confusion que l'on fait souvent) (Ulp. R. 19,20). Pourquoi cela ? - C'est très difficile à savoir; il y a là un mystère du Droit Romain.

Au contraire l'acquéreur a non domino n'a pas la chose in bonis.

b) propriété prétorienne des successeurs prétoriens.

2°) Le second cas d'in bonis c'est celui des successeurs prétoriens, que le préteur a reconnus en face des héritiers du Droit Civil; on les appelle bonorum possessores; ils n'ont pas la propriété; ils ont l'in bonis.

c) l'Emptor bonorum.

3°) Un autre cas de propriété in bonis est celui où un individu tombe en faillite, son patrimoine est vendu en bloc aux enchères, et il est acheté par le bonorum emptor. L'acheteur des biens est regardé tantôt comme le successeur prétorien du failli, tantôt non. De toute façon, il a l'in bonis.

d) Adjudicatio dans un judicium imperio continens.

4°) Le juge romain peut constituer la propriété par adjudication: l'adjudicataire a normalement la propriété quiritaire lorsqu'il s'agit d'une action appelée "judicium legitimum"; si le juge fait son adjudica-

Source : BIU Cujas

tion dans le "judicium imperio continens", l'adjudicataire n'est pas propriétaire quiritaire, mais seulement prétorien.

e) missio in possessionem en cas de damnum infectum.

5°) Les voisins d'un immeuble qui menaçait ruine étaient protégés par un système très compliqué qui constitue le dammum infectum. Si le propriétaire de l'immeuble"menaçant" ne fait pas ce qu'il doit faire, le voisin est envoyé en possession de l'immeuble en mauvais état, par un second décret du magistrat, qui lui donne l'in bonis.

f) abandon noxal.

6° - L'esclave ou l'animal qui commettait un dommage vis-à-vis d'autrui exposait son maître à une action noxale; celui-ci devait ou réparer le dommage ou livrer l'esclave (ou l'animal) en abandon noxal. Si le maître ne paie pas,le magistrat autorise la victime à emmener l'esclave ou l'animal coupable: le "duci jubere" fonde l'in bonis.

Mais c'est seulement dans ces 6 cas que l'on rencontre l'in bonis.

Les Constitutions impériales, les sénatus-consultes peuvent aussi fonder l'in bonis, mais ce sont des cas rares, que l'on passe sous silence.

Sanctions de l'in bonis.

L'in bonis habere est sanctionné de différentes façons.

1°) Exceptio rei venditae (donatae) et traditae.

1° - Par une exception.

Elle appartient à l'acquéreur contre l'aliénateur par tradition qui veut reprendre la chose (mancipi): exception de la chose vendue ou donnée et livrée - exceptio rei venditae (donatae) et traditae. Elle n'est pas donnée à l'acquéreur a non domino contre le vrai propriétaire.

2°) Action publicienne.

2°) Par l'action publicienne - actio publiciana qui est donnée à tout acquéreur en voie d'usucaper, contre ceux qui le dépossèderaient.

3°) Interdits. Infériorité de l'in bonis par rapport au dominium.

3°) Par les interdits divers.

Le propriétaire prétorien est inférieur au propriétaire quiritaire à plusieurs égards:

a) il a tous les droits du propriétaire quiritaire au point de vue pratique (jouissance), cependant il lui est impossible de léguer la chose sous la forme per vindicationem; il ne peut employer que les trois autres formules de leges (v. Successions).

b) Le propriétaire bonitaire peut affranchir l'esclave in bonis; mais il ne lui confère pas la qualité de citoyen parce qu'il n'est pas lui-même un vrai propriétaire: il en fait un latin.

4°) La propriété pérégrine.

4°) La propriété pérégrine.

La propriété pérégrine peut être envisagée sous deux aspects:

a) au sens du Droit pérégrin, par exemple: quand

Source : BIU Cujas

un Grec possède un bien, c'est une propriété pérégrine, puisqu'il possède comme pérégrin;cette propriété est une (Gaius,II,40). (Ici, on n'étudie pas le droit pérégrin, c'est-à-dire le droit particulier des pérégrins: droit grec, droit égyptien, etc,etc,...mais seulement le Droit Romain).

b) Aux yeux des Romains, ils traitent la propriété pérégrine (ce n'est pas la propriété provinciale) comme un simple droit d'usage. La condition de la propriété est donc très compliquée parce que le droit romain est essentiellement traditionnel et la couche ancienne reste toujours, recouverte par les couches successives. Tout cela nous conduit jusqu'au Bas-Empire.

Le Bas-Empire (que l'on méprise habituellement) opinion contre laquelle M. Collinet a réagi a eu une conception unique de la propriété. Cela s'explique par toutes sortes d'évènements historiques. Qu'est devenue la propriété dans le Droit de Justinien, qui est l'aboutissement de tout ce mouvement qui a duré deux ou trois siècles ? (Cf. Collinet, tome Ier, p. 232-238).

Simplification du régime de la propriété dans le droit de Justinien.

1° - Justinien (C.7,31,1) constate que le droit réduit de nudum ex jure quiritium est tombé en désuétude. Cela veut dire que le propriétaire bonitaire est devenu un plein propriétaire.

(C'est ce qui s'est passé en France au moment de la Révolution: le droit du propriétaire éminent était réduit, pour ainsi dire, à rien, et la révolution a eu peu de choses à faire pour le supprimer complètement).

2° - Justinien supprime la distinction des res mancipi et des res nec mancipi (beaucoup d'auteurs ont dit qu'elle était déjà supprimée depuis longtemps, ce n'est pas exact).

En conséquence, Justinien a fait disparaître le cas principal de l'in bonis et de la publicienne.

3° - Quant aux autres cas d'in bonis, leur sort avait été réglé bien avant Justinien: les institutions auxquelles se rattache l'in bonis étaient tombées en désuétude vers le III° et le IV° siècles, et les quatre derniers cas d'in bonis n'avaient plus de raison d'être. Le cas de succession prétorienne existait encore, et c'est Justinien qui l'a aboli.

4° - Les fonds italiques n'étaient pas soumis à l'impôt foncier: au Bas-Empire, tous les fonds de terre ont été soumis à l'impôt foncier. Les empereurs avaient besoin d'argent, ils ont imposé les fonds italiques; la différence qui existait entre les fonds provinciaux et les fonds italiques au point de vue du droit privé devait aussi disparaître: les textes rela-

Source : BIU Cujas

tifs aux fonds provinciaux ont été interpolés.

A cette époque on ne parle plus de propriété pérégrine puisqu'il n'y a plus de pérégrins. Il ne reste donc plus que la propriété romaine qui n'est plus quiritaire (quiritaire est un vieux mot), mais la propriété unique (dominium, proprietas), comme de nos jours.

§ 2 - Analyse du droit de propriété.

Les 3 éléments de la propriété.

La propriété confère un plein pouvoir sur la chose et, dans ce droit complet, l'analyse révèle trois éléments:

Le jus utendi - droit de se servir de la chose;

le jus fruendi - droit de jouir des fruits: fruits naturels ou fruits civils.

Le jus abutendi - qui est le caractère spécifique de la propriété: droit d'abuser de la propriété, ce qui veut dire droit d'aliéner la propriété, le droit de l'amoindrir ou de la détruire.

Mais le propriétaire n'a pourtant pas le droit d'abuser de son droit de propriété en nuisant à autrui. Exemple: faire une cheminée qui incommoderait les voisins par la fumée. La théorie de l'"abus du droit" n'est pas une théorie nouvelle comme se l'imaginent les civilistes: elle existe en Droit Romain (1) et est très développée en Droit musulman.

Caractères du droit de propriété.

Les caractères du Droit de propriété sont les suivants:

C'est un droit réel, exclusif, (ce qui n'empêche pas la co-propriété) (2), absolu, qui procure à son titulaire tous les avantages économiques possibles.

Le propriétaire a tous les droits aux produits, aux fruits de la chose; il peut profiter des accessoires, il a la propriété du dessus et la propriété du dessous.

Restrictions au droit de propriété. Le confinium.

Cependant, tout absolu que soit le droit de propriété, il y a des limites à l'absolutisme, soit dans l'intérêt des voisins, soit dans l'intérêt public (3).

La plus importante, c'est que les propriétaires doivent laisser autour de leur propriété un espace libre de 2 pieds 1/2 et ainsi il y a cinq pieds environ entre chaque fonds (quinque pedes). On appelle cela le "Confinium" ou l'"Ambitus". Cet espace libre jouit

---

(1) V. Ch. Appleton, Rev. intern. de l'Enseignement, 1924, p. 142 et suiv.

(2) Thèse de Jean Gaudemet, Strasbourg, 1934.

(3) Pour les détails, voir Cuq, p. 245 et suiv., Girard, p. 277 et suiv.

Source : BIU Cujas

d'un régime spécial: les réclamations en ce qui concerne les confins de la propriété sont l'objet de la "controversia de fine", traitée par l'action finium regundorum.- Si, au contraire, le procès est relatif au fonds lui-même, c'est la "controversia de loco" traitée par l'action en revendication. Sous Justinien, l'ambitus n'existe plus.

Chapitre II

LES SERVITUDES:

SERVITUTES ou JURA SERVITUTUM .

Servitudes réelles et s. personnelles.

Les servitudes sont des droits qui sont établis sur la chose d'autrui, "jura in re aliena", soit au profit d'un fonds, soit au profit d'une personne.

Lorsque les servitudes sont établies au profit d'un fonds, on les nomme servitudes réelles ou prédiales "servitutes praediorum". Lorsque les servitudes sont établies au profit d'une personne, on les nomme servitudes personnelles ou "servitutes personarum".

Analyse de la servitude.

Le mot servitude éveille une idée d'asservissement absolument comme pour l'esclave: le fonds qui est soumis à une servitude n'est plus libre; il ne procure plus au titulaire la propriété complète (1).

Le fonds libre qui n'a pas de servitude sur lui s'appelle en latin "optimus maximus", "le fonds le meilleur de tous".

Objet des s.

Les servitudes ont pour objet de permettre soit à un fonds, soit à une personne, de tirer de la res aliena grevée de la servitude un certain service économique, et les servitudes réelles sont appelées dans le Code Civil des "services fonciers".

Caractères des servitudes.

Les caractères que l'on va déterminer se rapportent surtout aux servitudes prédiales, et ce n'est pas sans raison que les servitudes personnelles et l'usufruit ont été mis à part (probablement jusqu'à Justinien); mais plus tard on les confondra.

1°) Ce sont des droits réels.

1°) Les servitudes sont des droits réels qui portent en général sur des fonds: mais le titulaire peut être ou le fonds dominant, ou une personne.

2°) Elles amoindrissent la propriété.

2°) Les servitudes, quelles qu'elles soient amoindrissent le droit absolu du propriétaire sur la chose grevée.

Nemini res sua servit.

D'où les règles suivantes:

a) On ne peut pas avoir de servitude sur son propre fonds: "Nemini res sua servit". b) Il n'y a pas

(1) L'idée du démembrement du droit de propriété n'est pas romaine.

Source : BIU Cujas "Les Cours de Droit" Répétitions Écrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction interdite

de servitude là où il n'y a pas de droit réel constitué: Par exemple, si je permets à une personne de passer sur mon fonds, il y a simplement une permission donnée.

3°) Ce sont des rapports entre deux fonds ou entre une personne et un fonds. Conséquences: a) Les s. prédiales sont perpétuelles; b) les s. personnelles sont viagères. c) Pas de servitude sur une servitude. Les s. prédiales rurales sont les plus anciennes. Ce sont:

3°) Les servitudes constituent toujours un rapport défini entre deux fonds ou entre une personne et un fonds, d'où l'on tire trois règles:

a) les servitudes prédiales sont perpétuelles;

b) les servitudes personnelles sont viagères;

c) on ne peut concevoir de servitude sur une servitude (en droit classique, fructus et non servitus servitutis esse non potest; Cuq, p. 326, n. 9).

Section I.

Les servitudes prédiales ou réelles.

§ I - Enumération et Division.

Les servitudes prédiales sont établies au profit d'un fonds (le fonds dominant) sur un autre fonds (le fonds servant). Elles ont pour objet de faciliter l'exploitation du premier, d'accroître sa valeur, que ce soit un fonds bâti ou non bâti.

Les Ières servitudes que l'on trouve en Droit Romain et dans les sociétés primitives ont été établies dans l'intérêt de l'agriculture. Ce sont celles que les Romains appellent: "praediorum rusticorum servitutes", les "servitudes rurales". Ce sont les suivantes:

a) la s. de passage (iter, actus, via).

a) servitude de passage, qui permet au propriétaire du fonds A de se rendre dans son fonds en traversant le fonds B. Elle comporte trois types: Iter,- Actus,- Via. Iter quand on a le droit de passer à pied ou à cheval; Actus quand on a le droit de faire passer des troupeaux; Via quand on a le droit de faire passer des chariots ou des chevaux.

b) la s. d'aquedue.

b) l'aqueduc,- qui sert à l'irrigation. Le propriétaire du fonds A, obtient de celui du fonds B qu'il pourra amener à travers son fonds l'eau qu'il lui faudra de la rivière. Cette servitude, à Rome, était extrêmement pratique.

c) la s. de puisage.

c) le puisage,- ou "aquae haustus" est le droit de puiser de l'eau chez autrui. Ces servitudes sont les plus anciennes; elles se confondent avec leur objet; elles sont non-seulement des droits, mais des res (mancipi).

d) la s. d'abreuvage.

d) les servitudes d'abreuvage, de pâturage, etc,..

A partir du VII° siècle de Rome, après que les Romains ont acquis de grandes richesses, la ville s'est agrandie et embellie, la nécessité de créer des servitu

Source : BIU Cujas

Quand Rome fut reconstruite apparurent les s. prédiales urbaines (vue, appui, mitoyenneté, eaux...)

des s'est produite non-seulement au profit des fonds ruraux mais aussi au profit des fonds urbains. C'est ainsi que sont nées les servitutes praediorum urbanorum. Voici les principales:

La servitude d'égoût (cloaca, la plus ancienne) - la servitude d'appui (oneris ferendi), les servitudes de jour "altius tollendi" et "altius non tollendi"; le droit de boucher la lumière (servitus luminibus officiendi et luminibus non officiendi) (1), la servitude d'écoulement des eaux de pluie, qui est double, obligeant le fonds servant à recevoir les eaux pluviales par un conduit (flumen) ou goutte à goutte (stillicidium);- la servitude tigni immittendi permettant de faire pénétrer des poutres dans la muraille du voisin.

Intérêt de la distinction des S. rurales et urbaines.

Les servitudes rurales et les servitudes urbaines n'ont pas le même régime:

a) Les servitudes rurales sont des res mancipi. Elles sont susceptibles d'hypothèques, et s'éteignent par le non usage.

b) Les servitudes urbaines sont des res nec mancipi. Elles ne sont pas susceptibles d'hypothèques, et ne s'éteignent pas par le non usage.

Criterium de distinction tiré du caractère bâti ou non du fonds dominant.

Comment reconnaît-on une servitude rurale d'une servitude urbaine ?

Il est probable que pendant un certain temps les servitudes ont été rangées dans chaque catégorie et qu'on ne pouvait se tromper sur leur nature.

Mais dans le droit classique romain, il n'en est plus ainsi: et on voit la même servitude être tantôt rurale et tantôt urbaine. Différents systèmes ont été proposés pour expliquer cette anomalie. (Cf. Girard, p. 388, n. 1). Le système le plus probable, c'est que la nature de la servitude dépend de la nature du fonds dominant. S'il est non bâti, la servitude est rurale, même si le fonds se trouve dans une ville. Si le fonds dominant est bâti, la servitude est urbaine, même si la construction est élevée à la campagne. Par conséquent, le criterium c'est la nature non bâtie ou bâtie du fonds dominant: et peu importe la situation des lieux: campagne ou ville.

§ 2 - Les caractères des servitudes prédiales.

La s. prédiale est établie au profit d'un

Par définition, la servitude prédiale est établie sur un fonds au profit d'un autre fonds et non pas

---

(1) Pourquoi ces servitudes, l'une positive, l'autre négative ? Cf. Girard, p. 386, n. 1.

Source : BIU Cujas

fonds sur un autre fonds.

au profit du propriétaire du fonds: mais, en pratique, elle profite au propriétaire, au possesseur, ou même au détenteur du fonds.

Il faut donc qu'il existe entre ces 2 fonds un rapport permanent "causa perpetua et naturalis".

L'étendue de la servitude est limitée aux besoins du fonds dominant. En conséquence:

1°) Pour pouvoir établir une servitude prédiale, il faut qu'il existe entre les deux fonds un rapport permanent et naturel: "Causa naturalis et perpetua" (encore un nouveau sens de "causa").

"Causa naturalis", cela veut dire qu'il faut que les deux fonds soient dans une situation topographique telle que l'état des lieux impose la servitude ou du moins n'y contredise pas. Par exemple: un fonds A est enclavé; pas de sortie directe sur la route; et sa situation est telle que le passage sur le fonds B lui permet seul d'aller sur la route.

"Causa perpetua": il faut que ce soit un rapport permanent. Ainsi, on ne pourrait pas avoir une servitude de puisage dans une citerne: on ne peut l'avoir que là où l'eau se renouvelle.

D'une façon générale, le Droit classique a tempéré la rigueur des principes en tenant compte de la volonté des parties et il y a eu quantité de dérogations qui ont mis de plus en plus de côté les règles que l'on vient d'énoncer.

Et cette s. est indivisible, ce qui est important quand l'un des 2 fonds appartient à plusieurs co-propriétaires.

2°) Un autre caractère de la servitude prédiale est qu'elle est indivisible (la théorie de l'indivisibilité est en droit l'une des plus difficiles (exposée par Dumoulin). Dire que la servitude est indivisible, cela veut dire: "qu'elle affecte le fonds tout entier, dans chacune de ses parties" "est tota in toto et tota in qualibet parte".

De même elle profite au fonds dominant tout entier et à chacune de ses parties. Il ne faut pas croire que la servitude porte seulement sur la partie du fonds qui lui est affectée. Exemple: j'ai une servitude de passage: ce n'est pas seulement le chemin sur lequel je passe qui supporte la servitude: la servitude porte sur tout le fonds: conséquences:

a) La servitude n'est pas divisée quand le fonds est partagé.

Ex. Un fonds servant est laissé par un individu à ses 3 fils: ceux-ci deviennent propriétaires indivis, co-héritiers; puis ils partagent, et prennent chacun 1/3 du fonds: la servitude grève les trois propriétés.

Réciproquement, si c'était le fonds dominant qui tombait aux mains de plusieurs héritiers et qu'ils partageassent, la servitude subsisterait au profit de chacun. b) Un co-propriétaire ne peut pas grever le fonds d'une servitude seulement pour sa part: Primus, le pro-

Source : BIU Cujas

priétaire indivis d'un tiers du fonds ne peut pas constituer une servitude pour ce tiers: s'il veut constituer une servitude, il faut que les 2 autres copropriétaires y participent.

c) La servitude ne peut être éteinte pour partie. Elle ne peut l'être que pour le tout, avec le consentement de tous.

d) Un procès doit porter pour toute la servitude et non pas sur une partie de la servitude, parce qu'elle est indivisible. Donc, en pratique, il faut que tous les co-héritiers plaident - ou qu'on plaide contre tous.

Section II

Les servitudes personnelles.

Définition de la S. personnelle.

Définition.- La servitude personnelle est une servitude qui est constituée au profit d'une personne sur un fonds ou sur d'autres choses ; par exemple, on peut avoir un usufruit sur un esclave (théorie très intéressante du servus - fructuarius).

Conséquences du fait qu'elle est créée pour l'usage d'une personne.

Le fait que la servitude personnelle est créée en vue de l'utilité d'une personne produit les caractères suivants :

1°- Elle disparaît avec son titulaire.

1°- Elle dure, en principe, autant que la capacité de la personne titulaire ; et celle-ci dure, en principe, toute sa vie - à moins qu'elle ne subisse une capitis deminutio.

Par conséquent, la servitude personnelle s'éteindra soit par la mort, soit par la capitis deminutio du titulaire ; tandis que la servitude prédiale est perpétuelle.

2°- Elle peut être affectée d'un terme.

2°- La servitude personnelle peut être affectée d'un terme extinctif ; tandis que la servitude prédiale ne peut pas en être affectée.

3°- Elle est divisible.

3°- La servitude personnelle est divisible ; la servitude prédiale est indivisible.

4°- Elle est incessible.

4°- La servitude personnelle est, en principe, incessible puisqu'elle est attachée à la personne ; cependant, elle peut être cédée quant au profit économique qui en résulte (distinction entre la servitude et les profits qu'elle procure).

Les 4 servitudes personnelles du D. R. ; en quoi elles diffèrent des véritables S.

Les Romains connaissent quatre servitudes personnelles, l'usufruit - l'usage - l'habitation - les operae servi vel animalis (les services que l'on fait promettre aux esclaves ou qui portent sur les animaux)

Les Romains distinguent ces quatre servitudes des servitudes prédiales plus que nous ne l'imaginons d'après le Digeste. Les servitudes personnelles sont en ré-

Source : BIU Cujas

alité une création byzantine formée autour de l'usufruit (Longo). Autrement dit : ces droits n'étaient pas regardés par les classiques comme des servitudes ; c'étaient des droits indépendants ayant leur individualité propre. Les Romains classiques n'auraient pas eu l'idée de ranger l'usufruit parmi les servitudes et le mot "servitude" était réservé aux servitudes dites prédiales, celles que le Code civil appelle "les services fonciers".

Seulement, les notions s'altérèrent et au Bas-Empire, on a appliqué la notion de servitude à l'usufruit, l'usage, etc... qui sont devenus des servitutes personarum. (1)

§ I - L'usufruit.

Définition de l'usufruit.

Ier Point : objet de l'usufruit.

L'usufruit, usus fructus, est le droit d'user et de jouir de la chose d'autrui ; jus utendi et fruendi "salva rerum substantia". Telle est la définition de Paul (Dig. de usufructu 7,1,1) - et qui est rapportée par Justinien (Instit. 2,4pr.)

L'usufruit 1°- comporte le jus utendi et fruendi de la chose d'autrui. 2°- salva rerum substantia.

Le propriétaire, dont le fonds est grevé d'usufruit, n'est plus un propriétaire complet parce qu'on lui a retiré l'usus et le fructus ; il s'appelle nu-propriétaire, et l'autre s'appelle usufruitier.

Le 2ème élément de la définition "salva rerum substantia" signifie qu'on doit conserver la substance de la chose sur laquelle porte l'usufruit.

Transformation du sens du mot substantia.

La notion de substance est excessivement difficile à définir pour les juristes. Il y a trois ou quatre systèmes pour expliquer ces trois mots. L'opinion dominante, est que cela signifie qu'on ne peut avoir l'usufruit que sur une chose dont on peut user sans la détruire. Ex.: un fonds de terre, un verger, un pré une maison, un esclave, des animaux. Au contraire, on ne pourrait avoir l'usufruit sur des choses qui se détruiraient quand on en use et jouit "quae primo usu consumuntur" : argent, denrées.

Le sens de la règle a changé sous Justinien et dans le droit moderne parce que les choses qui se détruisent par le premier usage sont devenues susceptibles d'usufruit (V. Quasi usufruit plus bas). Si bien que ces trois mots voudraient dire : "sans modifier la substance, le fond de la chose". L'usufruitier n'a pas le droit de faire subir à la chose grevée des mo-

---

(1) V. P. Masson, R.H.D., 1934, p. 1 et suiv., 161 et suiv.

Source : BIU Cujas

L'usufruit ne peut, en principe, porter que sur des choses qui ne se consomment pas par le premier usage.

difications substantielles, fondamentales, capitales. Ex.: je suis usufruitier d'une vigne - je n'ai pas le droit de déplanter les ceps pour en faire un champ à blé, ce serait détruire la substance du champ.

En effet, pendant plusieurs siècles, les Romains n'ont pas admis que l'usufruit portât sur autre chose que sur les choses durables.

Puis par suite de la fréquence des legs d'usufruit (notamment legatum dotis) on a admis qu'un U. pourrait porter sur ces choses (quasi usufruit).

Mais ils ont admis plus tard de faire porter le droit d'usufruit sur les choses qui se consomment par le premier usage : denrées, argent lorsque les legs sont devenus plus fréquents qui portaient sur un ensemble de biens : le mari laissait à sa femme une part de sa succession ou lui léguait sa dot. Dans la dot de la femme, il y avait de l'argent et des denrées, et souvent ce n'était pas la dot en pleine propriété que l'on léguait. C'était l'usufruit de la dot, il pouvait y avoir également des legs d'usufruit au profit d'autres personnes, portant sur une quote-part de la succession.

Les legs d'usufruit sont fréquents à Rome (et encore aujourd'hui) parce qu'ils ont l'avantage de ne pas priver les héritiers du capital. La personne légataire jouira sa vie durant de l'usufruit, c'est-à-dire des revenus.

Ces legs ne pouvaient pas s'exécuter dans la mesure où ils portaient sur les denrées ou sur l'argent qui se consomment par le premier usage. Le Sénat de Rome, mis en face de la situation, peut-être par Auguste ou Tibère, a rendu un S.C. déclarant que l'usufruit pourrait s'étendre à ces choses. Mais ce n'est pas un véritable usufruit, c'est un "quasi-usufruit".

Droits du quasi usufruitier. Ressemblance avec un prêt.

Le quasi-usufruitier acquerra en pleine propriété cette somme d'argent, comme si le legs lui avait été fait en pleine propriété, mais il s'engagera par une satisdatio à restituer à la fin de l'usufruit la même quantité, la même valeur de choses au nu-propriétaire. S'il ne restitue pas, soit qu'il meure ou qu'il devienne capite minutus, ce sont les héritiers ou la personne qui profite de la capitis deminutio qui devront rendre. Cela ressemble à un emprunt (mutuum) et le parallèle est classique (V. Manuels).

Le sénatus-consulte sur le quasi-usufruit avait été fait pour des choses corporelles, consomptibles par le premier usage, comme l'argent et les denrées.

Extension du S.C. sur le quasi-usufruit aux créances après discussion les ju-

La jurisprudence romaine étendit ce sénatus- consulte à des choses incorporelles aux créances ; dans un legs d'usufruit qui portait sur une quote-part du patrimoine ou sur la dot pouvaient se trouver, en effet, des créances ; ni l'usufruit, ni le quasi-usufruit ne pouvaient porter sur elles. Cependant, comme il é-

Source : BIU Cujas

risconsultes admirent que l'usufruitier aurait droit aux intérêts et même au capital quand celui-ci viendrait à échéance.

tait intéressant pour l'usufruitier de toucher les revenus des créances, les jurisconsultes s'efforcèrent d'étendre le quasi-usufruit sur elles, non sans discussion.

Nerva, chef des Proculiens (D.7,5,3) admettait la validité du quasi-usufruit seulement quand l'usufruit de la créance avait été légué au débiteur lui-même ; il ne l'admettait pas quand l'usufruit de la créance avait été légué à un autre que le débiteur.

Au contraire, Proculus, chef des Proculiens, et Cassius, chef des Sabiniens, sont d'accord quoique appartenant à des Ecoles opposées, pour reconnaître qu'un tiers quelconque étant légataire d'usufruit de créance pourra exercer son usufruit complètement en touchant les revenus de la créance et même le capital, si celui-ci échéait à l'usufruitier de son vivant, à charge de promettre au nu-propriétaire de restituer à sa mort ou au moment de sa capitis deminutio, c'est-à-dire à la fin de l'usufruit le capital de la dite créance.

L'usufruit ne peut porter sur les servitudes.

En droit classique, l'usufruit pouvait donc porter sur toutes choses sauf sur les servitudes, car "fructus servitutis consistere non potest".

Cependant (Paul, Dig. 33,21) indique (par voie d'interpolation) deux moyens au choix pour faire exécuter le legs d'un tel usufruit.

L'usufruitier a droit à l'usus et au fructus, mais il n'a pas le jus abutendi.

2ème Point - Les droits de l'usufruitier.

L'usufruitier a droit à l'usus et au fructus, mais non pas à l'abusus, c'est-à-dire au droit de détériorer la chose, de la détruire, d'en changer la substance - et s'il le faisait, il serait passible de la loi Aquilia, ou il perdrait son droit.

1°- L'usus ou jus utendi, c'est le droit de se servir de la chose, le droit d'habiter la maison, de se promener dans le verger, de mener paître le troupeau sur le champ, de puiser de l'eau, etc...

2°- Le fructus, le jus fruendi, c'est le droit de gagner les fruits, de devenir propriétaire des fruits.

Distinction des fruits et des produits au point de vue de la périodicité.

Qu'est-ce que les fruits ? Il faut distinguer d'abord les fruits des produits. Les fruits sont les revenus de la chose qui sont périodiques et qui viennent de la chose conformément à sa destination naturelle : ainsi, les fruits des arbres, les fruits de la terre, les petits des animaux qu'on appelle le "croît", au contraire, l'enfant de la femme esclave, partus ancillae (le part) n'est pas un fruit, parce qu'on considère que la destination principale de la femme esclave à la différence des animaux n'est pas de produire des

Source : BIU Cujas

enfants. Cela a été admis après discussion. Ces fruits sont dits naturels ; on leur assimile les fruits dits industriels, provenant de la cultura et cura (produits de culture, légumes).

Les produits, que l'on oppose aux fruits, sont les choses auxquelles manque la périodicité : produits des carrières, arbres de hautes futaies.

La distinction des fruits et des produits ne présente aucun intérêt pour le propriétaire, puisqu'il a droit à tous les deux, et, de plus, il en est propriétaire par accession sans rien faire. Au contraire, il est des personnes qui font les fruits leurs et qui ne gagnent pas les produits, et encore qui gagnent les fruits seulement à la suite de certains actes. C'est, d'une part, le possesseur de bonne foi (dont on parlera plus tard), qui fait les fruits siens par la séparation, c'est-à-dire au moment où le fruit est séparé de l'arbre ou de la terre, même en dehors de sa volonté, par exemple : à la suite d'un coup de vent. C'est, d'autre part, l'usufruitier qui ne fait les fruits siens que quand il les recueille par la perception.

L'usufruitier acquiert les fruits naturels et industriels par la perception à la différence du possesseur de bonne foi qui les acquiert par la séparation.

L'usufruitier gagne les fruits naturels ou industriels du moment qu'il les perçoit pendant la durée de son usufruit ; même s'il n'avait pas fait les frais nécessaires pour les faire pousser, même s'il n'avait pas ensemencé la terre lui-même.

Réciproquement, lorsque l'usufruitier fait les frais de la semence de certains fruits ou ceux de la culture, et si son usufruit vient à cesser, ce ne sont pas les héritiers de l'usufruitier qui toucheront les fruits, ce sera le propriétaire. Aucune indemnité n'est à verser dans les deux cas.

Acquisition des fruits civils, distinction : l'usufruitier acquiert les loyers au jour le jour.

L'usufruitier gagne aussi les fruits civils ; on appelle "fruits civils" les revenus qui proviennent du bail passé par l'usufruitier.

Ex.: l'usufruit, par hypothèse, portait sur une maison (insula) : l'usufruitier, au lieu d'habiter la maison la donne à bail, la loue ; cette location va produire des revenus en argent.

Ou bien, l'usufruit porte sur une propriété rurale : l'usufruitier, au lieu de cultiver lui-même, donne la ferme à bail, et il a droit au fermage payé par le colonus à qui il a loué sa ferme.

Il faut faire, en Droit Romain, une distinction (que ne fait pas le Code Civil) entre le bail de maison et le bail à ferme.

S'il s'agit des loyers d'une maison d'habitation, l'usufruitier les acquiert, non pas par la perception, mais jour par jour : autant de jours a duré l'usu-

Source : BIU Cujas

fruit, autant de sommes d'argent correspondantes dues à l'usufruitier. S'il meurt avant la fin du terme, il y aura partage du terme entre les héritiers de l'usufruitier et le propriétaire. (Ulpien; Dig. 19,2,9, 1). Cela s'explique par le caractère même du contrat de louage, contrat "successif" qui se forme au jour le jour.

Les fermages sont réglés de la même façon par le Code Civil (art. 386) - mais le C.C. n'a pas consacré la théorie romaine sur laquelle les rédacteurs de cet article se sont certainement trompés. (1)

Voici la théorie romaine, bien plus juste en matière de fermage :

L'usufruitier n'a droit au fermage que si l'usufruit prend fin après que le fermier a fait la récolte.

Ière hypothèse - Le fermier a fait la récolte pendant la durée de l'usufruit : l'usufruitier ou ses héritiers toucheront le fermage de l'année (Scaevola, Dig. 7,1,58 pr.) : les fermages représentent, en réalité, les récoltes : du moment que le fermier fait la récolte, l'usufruitier ou ses héritiers ont droit au fermage ; c'est comme si l'usufruitier avait fait la récolte lui-même ;

2ème hypothèse.- Le fermier n'a pas encore fait la récolte, lorsque l'usufruit s'éteint ; dans ce cas, l'usufruitier ou ses héritiers n'ont aucun droit au fermage.

Il faut savoir, en effet, qu'en D.R. le bail passé par l'usufruitier n'est pas opposable au propriétaire. Donc, quand ce propriétaire reprend sa chose à la fin de l'usufruit, il peut à sa guise ou conserver le fermier, prolonger son bail ou, au contraire, l'expulser et reprendre lui-même la ferme. Si le propriétaire garde le fermier, celui-ci fait la récolte et verse le fermage au propriétaire. Si le propriétaire expulse le fermier et reprend la ferme pour lui-même, c'est lui qui fait la récolte.

3ème Point - Obligations de l'usufruitier.

L'usufruit, droit réel, n'entraîne aucune obligation à la charge de l'usufruitier vis-à-vis du propriétaire et réciproque-

On sait que l'usufruit est un droit réel. Le droit réel est tout à fait distinct, en Droit Romain, du droit de créance. Le titulaire du droit de créance peut forcer le débiteur à faire quelque chose ou à s'abstenir de faire quelque chose. Mais le titulaire du droit réel ne peut pas contraindre, s'il s'agit d'une servitude, le propriétaire du fonds servant à faire quoi que ce soit, ou à s'abstenir de quoi que ce soit.

Ex.: le titulaire d'une servitude de passage ne peut pas forcer le propriétaire de ce passage à entre-

---

(1) Gérardin, "Nouv. Rev. Hist. de Droit, 1884, p. 609 et suiv.

Source : BIU Cujas

ment.

tenir le chemin, il ne peut lui demander qu'une chose : c'est de le laisser passer.

C'est que, en matière de droit réel, le principe qui domine, c'est le régime de l'indépendance ou de l'indifférence de l'un par rapport à l'autre, du titulaire de la servitude et du propriétaire.

L'usufruit est une servitude personnelle, mais c'est un droit réel, ce n'est pas un droit de créance ou personnel. Par conséquent, il n'entraîne aucune espèce d'obligation ni pour le nu-propriétaire vis-à-vis de l'usufruitier, ni pour l'usufruitier vis-à-vis du nu-propriétaire : indépendance complète.

Le nu-propriétaire n'est tenu à rien de positif pour faciliter le droit de jouissance de l'usufruitier, il n'est tenu qu'à supporter l'usufruit, et cela résulte de la charge réelle qui pèse sur son fonds ; ce n'est pas une obligation. La preuve, c'est que l'action qui naît de l'usufruit n'est pas une action personnelle - c'est une action réelle.

De son côté, l'usufruitier, n'est tenu à rien vis-à-vis du nu-propriétaire ; il n'a qu'à veiller à ne pas détruire la substance de la chose. Par exemple, un usufruitier s'aperçoit qu'un tiers est en train d'usucaper la chose. Il n'a pas à prévenir le nu-propriétaire, car pour lui que ce soit Primus ou Secundus qui soit propriétaire, cela ne l'empêchera pas de jouir de son usufruit.

De même, l'usufruitier et ses héritiers n'ont pas à remettre la chose aux mains propres du propriétaire : c'est au propriétaire à la reprendre.

Ce régime de l'indifférence a pu durer pendant des siècles. D'ailleurs, il ne faut pas l'exagérer en fait. C'était, en effet, l'intérêt du nu-propriétaire de ne pas laisser dépérir sa chose, puisqu'il devait la retrouver à la fin de l'usufruit ; et par exemple, s'il s'agissait d'une maison, il eût été maladroit au propriétaire de la laisser s'abîmer et de ne pas faire les grosses réparations qui lui incombaient. Quant à l'usufruitier, c'était aussi son intérêt de faire les petites réparations qui lui incombaient pour jouir convenablement de la maison qui lui a été laissée en usufruit.

Réformes prétoriennes en matière d'usufruit : obligation imposée à l'usufruitier de fournir la

Mais, à un certain moment, le régime a été considéré comme abusif par le préteur. Le préteur a modifié le droit par un système qui dure encore aujourd'hui : lorsque l'usufruitier entre en jouissance au commencement de l'usufruit, le préteur exige de lui dans son Edit, qu'il promette, en donnant caution ("satisdare") :

1°- de se comporter sur la chose comme un bon administrateur "se usurum-fructuum boni viri arbitra-

Source : BIU Cujas

cautio usufructuaria par laquelle il s'engage à jouir en bon père de famille et à restituer la chose à la fin de l'usufruit.

tu" il jouira de la chose d'une façon telle "qu'un homme de bien ne trouverait rien à redire".

2°- De restituer ce qui existera de la chose à la fin de l'usufruit : "se restiturum quod exstabit". On appelle cela "la satisdatio ou cautio usufructuaria".

Tant qu'elle n'est pas faite, le nu-propriétaire peut refuser de livrer la chose ; et si l'usufruitier oppose son droit réel en intentant l'action dite "confessoire", sanction de l'usufruit, il sera repoussé en justice par une exception de dol insérée dans la formule.

Facilité plus grande pour le nu-propriétaire de retrouver sa chose à la fin de l'usufruit grâce à la satisdatio usufructuaria.

En Droit Romain, lorsque l'usufruit se terminait, le propriétaire était obligé de reprendre lui-même possession et l'usufruitier (ou ses héritiers) n'était pas obligé de lui retransférer la chose.

En cas de difficulté, le propriétaire devait intenter l'action en revendication et prouver sa propriété ; cette preuve n'est pas toujours facile à faire (probatio diabolica).

Grâce au régime prétorien, les choses se passeront beaucoup plus simplement : si l'usufruitier ou ses héritiers ne veulent pas restituer la chose, ils seront condamnés par l'A. ex stipulatu, sanction de la satisdatio ou cautio usufructuaria.

Possibilité de demander compte à l'usufruitier non seulement de ses actes délictueux, mais même de ses simples négligences.

De même, si l'usufruitier s'était mal comporté sur la chose, s'il avait commis des dégâts, autrefois (avant le régime prétorien), il n'y avait contre lui que des moyens de droit commun et, par exemple, la loi Aquilia, pas toujours applicable.

Dans le régime prétorien, les simples négligences, les faits négatifs, les abstentions, faisaient tomber l'usufruitier sous le coup de la stipulation : "stipulatio committitur" ; c'est-à-dire que la stipulation produit sa sanction. Ce régime prétorien était excellent.

§ 2 - L'usage, l'habitation, les operae servi vel animalis.

1°- L'usage (usus) est un usufruit sans le droit aux fruits ;

2°- l'habitation, d'abord l'usage d'une maison, est devenue un droit particulier ;

3°- Les operae sont les droits aux services d'un esclave ou d'un animal ; ce sont des choses (res)

Pour ces servitudes, quelques règles particulières les distinguent de l'usufruit (V. Manuels).

Source : BIU Cujas

Chapitre III

LES AUTRES JURA IN RE ALIENA.

§ I - La superficie - superficies.

Le droit de superficie, droit prétorien de jouir des constructions élevées sur le terrain d'autrui moyennant une indemnité.

La superficie est un droit réel, prétorien, qui permet au superficiaire (l'individu qui a construit sur le fonds d'autrui) d'user de la construction à charge de payer une redevance. Le droit de superficie est sanctionné à la fois par l'interdit de superficie et par des actions prétoriennes calquées sur celles qui protègent la propriété et les servitudes. Ce droit est transmissible, susceptible de servitude et d'hypothèque.

Il existe en Droit Romain une règle générale "superficies solo cedit" en vertu de laquelle les constructions élevées sur le fonds d'autrui appartiennent au propriétaire du fonds. C'est cette règle qui a donné naissance au droit réel prétorien de superficie.

§ 2 - La Locatio-conductio de l'ager vectigalis l'Emphytéose.

L'expression ager vectigalis désigne une terre appartenant à une cité et qui est affermée à perpétuité ou à long terme avec cette clause que le fermier ou ses héritiers ne pourront être dépossédés tant qu'ils paieront la redevance (vectigal). Ce droit a été sanctionné par le préteur par des actions ou des interdits.

La condictio de l'ager vectigalis - bail à long terme des biens d'une personne morale.

Cette institution avait une origine romaine ; mais parallèlement, existait une institution africaine ou grecque qui lui ressemblait, c'est l'emphytéose, le bail à long terme (bail de 99 ans), système assez peu pratiqué en France. Le mot grec veut dire "plantation" parce que dans les pays grecs, on livrait des terres incultes à des particuliers, avec un bail à long terme, pour les cultiver. Ces particuliers (emphytéotes) payaient une redevance à l'Etat qu'on appelle "canon" (règle).

Emphytéose, institution d'origine grecque reconnue par le droit impérial et

Le droit impérial accepta cette institution grecque et en fit une institution romaine ; Justinien fondit la locatio de l'ager vectigalis et l'emphytéose. Il édicta deux règles nouvelles :

1°- L'emphytéose s'éteit, faute de paiement du canon pendant deux (ou trois) ans.

Source : BIU Cujas

fusionnée avec la précédente.

2°- L'emphytéote peut aliéner son droit. Dans ce cas, il doit notifier son désir au propriétaire ; celui-ci peut, à son choix, ou reprendre la chose emphytéotique, exercer un droit de reprise qu'on appelle "préemption" ou bien laisser faire la vente, mais en prélevant lui-même un à 2 % sur le prix de vente. Cela est très intéressant en soi, parce que cela se rattache à des civilisations anciennes et à un autre égard, parce qu'on y découvre des analogies avec le vieux droit français où l'on trouve au moyen âge et jusqu'à la Révolution des droits de retrait "retrait féodal" ou "retrait censuel", suivant qu'il s'agit d'une terre féodale ou d'une censive et, d'autre part, la perception d'une taxe sur les ventes de fiefs ou de censives. (Sans doute l'origine de ces institutions n'est pas romaine,, mais l'analogie est visible. Cf. aussi le droit musulman).

§ 3 - L'hypothèque.

L'hypothèque est un droit qui appartient à un créancier dit "hypothécaire" de se mettre en possession de la chose hypothéquée s'il n'a pas été payé à l'échéance (c'est le jus possidendi), et même de faire vendre cette chose (c'est le jus distrahendi) (V. Cours de IIème Année).

TITRE II

ACQUISITION DES DROITS RÉELS.

Les modes d'acquisition des droits, et particulièrement des droits réels, plus spécialement encore de la propriété, sont très nombreux. On les classe de différentes façons :

modes volontaires et modes nécessaires - modes originaires et modes dérivés - modes d'acquisition à titre universel et modes d'acquisition à titre particulier - modes entre vifs et modes à cause de mort.

On n'étudiera ici qu'un certain nombre de modes d'acquisition, les autres se retrouveront plus tard, ou en IIème année.

Source : BIU Cujas

Chapitre Ier

ACQUISITION DU DROIT DE PROPRIETE.

Nous étudions ici les cas où la propriété peut s'acquérir soit par des modes originaires, soit par des modes dérivés ou par des modes nécessaires et des modes volontaires, à titre particulier.

Section I

Les modes originaires.

Ce sont des modes qui supposent que la propriété est créée pour la première fois au profit de quelqu'un tandis que les modes dérivés supposent que la propriété est cédée par quelqu'un à autrui par conséquent qu'elle existait déjà.

Les modes originaires sont : (1)

L'occupation. Ier mode. L'occupation, qui est la prise de possession d'une chose sans maître, soit en droit public, soit en droit privé. Par exemple : quand on prend des animaux à la chasse, ou quand on s'empare d'une chose abandonnée.

La spécification. 2ème mode.- La spécification est le fait de donner une nouvelle forme à la chose d'autrui "nova species." Exemple : je m'empare d'un métal qui appartenait à autrui et avec ce métal, je fabrique un vase.

La chose est-elle perdue pour autrui ?

La chose nouvelle appartient-elle à celui qui a donné la nova species ? Discussion entre les Proculiens et les Sabiniens (Gaius, 2,79).

Les Proculiens faisaient prédominer la forme sur la matière et disaient que l'objet appartenait à celui qui l'avait transformé ; les Sabiniens déclaraient, au contraire, que la chose nouvelle appartenait au propriétaire de la matière. Justinien a tranché la question par un compromis (Inst. 2,1,25) ; la chose est perdue pour le propriétaire de la matière, et par conséquent, appartient (sauf indemnité) à celui qui a fabriqué l'objet à deux conditions :

a) si la chose nouvelle ne peut pas retourner à son ancien état (vin et raisins).

---

(1) Pour les détails, voir les Manuels.

Source : BIU Cujas

b) Si le spécificateur est de bonne foi, et on entend par bonne foi "être dans l'erreur", c'est-à-dire s'imaginer que le métal est à soi.

Diverses applications de l'accession.

3ème mode. L'accession est l'union involontaire de la chose d'autrui avec ma propre chose : en principe, toutes les fois qu'une chose accessoire vient se rattacher à la chose principale, elle est acquise au propriétaire : "accessorium sequitur principale" ; c'est le droit d'accession. En voici quelques applications :

1°- L'accession en matière immobilière ; c'est le cas d'application de la règle "superficies solo cedit".

2°- Les Romains se demandent à qui appartiennent les îles qui se forment dans les fleuves ? c'est que le régime des eaux n'est pas le même en Italie qu'en France ; en Italie, coulent des torrents et dans ces torrents se forment des îles.

3°- De même, il n'est pas douteux que le propriétaire de la maison devienne propriétaire de la poutre qu'autrui a insérée dans sa maison : la poutre est l'accessoire. Le propriétaire de la poutre n'a pas le droit de la reprendre : c'est la théorie de "tignum junctum", c'est-à-dire "la poutre attenante à la maison".

L'alluvion.

4ème mode - l'Alluvion. C'est l'accroissement d'un fonds de terre voisin d'une rivière par le limon et les débris charriés par cette rivière.

Modes d'acquisition des fruits.

5ème mode - L'acquisition des fruits - C'est un mode originaire parce que les fruits n'appartiennent à personne avant d'être nés. En devient-on propriétaire par voie d'occupation ou autrement ?

Il faut distinguer :

1°- Le propriétaire de la terre devient propriétaire des fruits, mais sans occupation sans avoir besoin de s'en emparer.

2°- le fermier à court terme, le colonus, acquiert les fruits par tradition (par un mode dérivé), par conséquent au moment de la perception.

3°- Le fermier à long terme, comme l'emphytéote, acquiert les fruits par une sorte d'occupation, même s'il ne les a pas cueillis.

4°- L'usufruitier les acquiert au moment de la perception et par voie d'occupation.

5°- Le possesseur de bonne foi les acquiert par la simple séparation (par conséquent, son droit est fondé aussi sur l'occupation).

Le Trésor.

6ème mode - Le trésor, défini par Paul (Dig. 41, 1,31,1) "vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non exstat memoria", a d'abord appartenu au propriétaire du fonds (c'est le cas aujourd'hui C. Civ. art. 716) même au possesseur qui peut l'usucaper ; puis à l'Etat

Source : BIU Cujas

comme un bien vacant ; enfin à l'inventeur. Trouvé dans un terrain impérial, il appartient moitié à l'inventeur, moitié au fisc (Inst. 2,1,39). Aujourd'hui, moitié à l'inventeur, moitié au propriétaire du fonds, s'il est trouvé dans le fonds d'autrui. (art.716)

On discute en Droit romain à quel titre il est acquis : accession occupation ou loi.

Section II

Les modes dérivés entre vifs et à titre particulier.

Les modes dérivés.

Ces modes dérivés à titre particulier sont au nombre de trois. Ils sont très importants en Droit Romain : ce sont la mancipation, l'in jure cessio, la tradition. Aujourd'hui, la tradition même est inutile pour le transfert de la propriété ; l'accord des volontés suffit (C. Civ. art. 1138). En droit romain, la règle contraire survit encore sous Justinien. "Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur (Code 2,3,20) Mais on verra comment le Droit Romain s'est rapproché du Droit Français.

Règle romaine.

§ I - La mancipatio.

Ce mode était également employé dans le droit des personnes, et on en a déjà parlé.

1°- La mancipatio - ses formes.

La mancipatio est un acte per aes et libram, créé pour l'acquisition des "res mancipi" et beaucoup d'auteurs précisent pour celle des esclaves (rapport entre res mancipi, mancipium et mancipation). Pour faire la mancipation (Gaius 1,119), il faut 5 témoins citoyens romains mâles pubères (1) et un porteur de la balance - libripens (le chef des témoins est "l'antestatus").

Devant ces personnes, l'acquéreur saisit l'esclave et dit : "Je prétends que cet esclave est à moi de par le droit des Quirites, qu'il me soit acquis par cet airain et par cette balance d'airain". (Gaius ne mentionne pas le prix). L'acquéreur ayant prononcé ces paroles, frappe la balance avec le morceau d'airain, et il le remet à l'aliénateur "en guise de prix" dit Gaius : "tunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra (2).

Tout cela signifie que la mancipation est en réalité une vente dans laquelle on échange un objet déterminé contre un prix. Mais, dans la mancipation pri-

---

(1) Des vicini, dit M. Giffard, Précis I, p.359, n.3.
(2) C'est la formule vindicatoire de M. Lévy-Bruhl,

Source : BIU Cujas

La mancipio a commencé par être une vente au comptant moyennant un lingot de bronze : elle est devenue ensuite un mode de transfert de la propriété sous forme de vente simulée.

mitive, le prix n'était pas en monnaie qui se comptait ; il consistait dans un lingot d'airain qu'il fallait peser pour savoir sa valeur ; voilà pourquoi il y avait une balance et un porteur de balance.

Cette opération a été originairement une véritable vente. Mais il n'en est plus de même quand Gaius la décrit (Gaius 1,113 à 119) ; elle est devenue une venditio imaginaria ; un prix en argent compté y sera spécifié.

Depuis quand la transformation a-t-elle eu lieu ? On a enseigné longtemps que c'était au moment des XII Tables à cause de la règle (VI,1) : "cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto". Mais aujourd'hui, on croit plutôt que cette règle a été écrite pour permettre d'insérer dans le nexum et dans la mancipation des clauses annexes (leges privatae). Le changement se serait produit après l'introduction des pièces de monnaie d'argent à valeur fixe, au IIIème siècle av. J.C.

Caractères de la mancipatio : mode quiritaire acte légitime formaliste et abstrait.

La mancipation est un mode quiritaire d'acquisition des res mancipi. Il n'appartient qu'aux citoyens romains et assimilés (Latins et pérégrins dotés du commercium). C'est un acte formel - c'est aussi un actus legitimus qui ne reçoit ni de condition ni de terme. C'est un acte abstrait. On appelle "acte abstrait" l'acte qui est indépendant de sa cause, un acte qui vaut indépendamment de l'acte dont celui-ci était la réalisation et par conséquent, sert à plusieurs fins : vente donation, testament.

On appelle au contraire, acte "concret" celui qui ne vaudrait pas si la cause ne valait pas. Cependant, il ne faut pas exagérer : l'acte abstrait est indépendant de sa cause, mais il ne l'est pas complètement.

On enseigne encore, à propos des Inst. 2,1,41 - que les XII Tables auraient déclaré que la mancipation-vente ne serait translative que si le prix était payé, ou si une garantie était donnée au vendeur.

Mais, en réalité, ce célèbre § 41, se réfère à la tradition, comme il le dit lui-même (V. IIème année). La mancipation est translative, même si le prix n'est pas payé. L'influence de la cause se fait sentir, au contraire, si la mancipation est exécutée à la suite d'une donation, à la suite d'un testament (actes à titre gratuit), ou est fiduciaire, le prix indiqué dans le formulaire de la mancipation est alors réduit "nummo uno" à un denier parce qu'il faut qu'il y ait un prix (mais ce prix est fictif) (V. Les Textes

Réalisation de la donation par voie de mancipation "nummo uno".

(suite).- Op. cit., p. 95 et suiv.

Source : BIU Cujas

de Girard : Actes d'Andalousie, Actes de Transylvanie : mancipations fiduciaires.)

Effets de la mancipation: auctoritas.

La mancipation entraîne de plein droit acquisition de la propriété pour l'acquéreur et obligation de garantie (auctoritas) pour l'aliénateur (V. IIème année). M.F. de Wisscher (1) regarde l'auctoritas comme une approbation de la déclaration unilatérale de l'acquéreur - c'est toujours le sens d'auctoritas ; elle double l'usus (V. usucapion).

Persistance de la mancipation en Occident.

Jusqu'à quelle époque la mancipation a-t-elle duré ?

M. Collinet (Etudes t.I., p. 213 et suiv.) n'est pas de l'avis de tous ; il y a, dit-il, deux questions dans une.

Les auteurs, en se demandant à quel moment a disparu la mancipation, entendent "les cérémonies" de la mancipation. A ce point de vue, elle a disparu après l'époque classique. Mais en tant que formalité écrite, constatant, puis remplaçant la cérémonie, elle n'a pas cessé (comme le disent un peu à la légère certains auteurs) en l'année 355 ; elle a duré jusqu'au IXème siècle de notre ère : on la trouve mentionnée sur des titres d'Occident de cette époque. En Orient, elle ne se rencontrait pas : aussi Justinien a-t-il interpolé tous les textes qui s'y réfèraient : tradere a remplacé mancipare, traditio a remplacé mancipatio.

§ 2 - L'in jure cessio.

L'in jure cessio transfert la propriété, sous forme d'un procès fictif.

On dit souvent que l'I.J.C. est la Ière phase d'un procès en revendication ; mais d'un procès fictif, car les deux parties sont d'accord, l'une pour aliéner, l'autre pour acquérir ; elles viennent devant le magistrat (in jure) ; l'acquéreur réclame l'esclave "je prétends que cet esclave est à moi en vertu du droit des quirites". L'aliénateur ne dit rien ; il recule ; ce serait le sens de "in jure cedit" . Le magistrat prononce alors l'addictio, c'est-à-dire l'attribution de l'esclave à l'acquéreur. Mais comme le magistrat peut opérer cet acte sans siéger sur son tribunal, un jour même néfaste, en dehors du Forum, en allant au bain ou au théâtre, il faut écarter ce système et déclarer, avec M. Lévy-Bruhl (op.cit. p. 114 et suiv.) que c'est une cérémonie de cession qui n'est pas un procès fictif. M. Collinet l'a dit à propos de l'in jure cessio servant à faire l'affranchissement : (c'est son application au droit des personnes).

C'est un mode quiritaire, qui remonte aux XII Tables. Il est formaliste. C'est un actus legitimus.

---

(1) R.H.D. 1933, p. 603 et suiv.

Source : BIU Cujas

Elle s'applique aux res mancipi comme aux res nec mancipi.

C'est un acte abstrait. Mais à la différence de la mancipation cet acte s'applique aussi bien aux res nec mancipi, qu'aux res mancipi.

Elle ne peut s'appliquer qu'aux choses non romaines, pour lesquelles s'emploie la tradition. Elle a servi à constituer des servitudes, à céder la tutelle et l'hérédité. La dernière trace est de l'an 293. Elle a été effacée dans la codification justinienne : in jure a disparu ; il reste cedere.

§ 3 - La tradition.

La tradition est un acte neutre qui peut servir à transférer la possession, la détention ou la propriété.

La tradition est la remise de la chose après la mancipation ou l'in jure cessio ou sans que ces actes précèdent. Pas besoin de formalités ; on prendra des témoins, parce qu'il vaut mieux avoir une preuve, mais ce n'est pas obligatoire. C'est un acte de pur fait qui n'a pas de formes juridiques et qui ressortit au jus gentium.

La tradition, en effet, est en soi un acte neutre. Elle peut servir à des fins multiples : ou bien elle ne produira aucune conséquence juridique (tradition d'une res mancipi en Droit Civil) ou bien elle en produira ; mais ces conséquences seront différentes selon les cas :

Ier Exemple : Un locataire prend possession de l'immeuble loué. Le propriétaire l'introduit dans les lieux loués : c'est une tradition qui donnera au locataire la détention ; et il en serait de même s'il s'agissait d'une chose remise en dépôt.

2ème Exemple : Un individu débiteur d'une chose lui remet une chose à titre de gage. Le créancier gagiste acquiert "la possession". Et le terme "possession n'a pas le même sens que "détention".

3ème exemple : Une personne demande à un banquier 100.000 sesterces, en vue d'un prêt, d'un mutuum. Le "mutuum" confère la propriété.

Par conséquent, le même acte peut : n'avoir aucune conséquence juridique - ou conférer la détention - ou la possession - ou la propriété.

La tradition s'applique même aux servitudes qui sont des droits. Pour le moment, on parlera du transfer de la propriété.

Conditions pour que la tradition soit translative de propriété.

A quelles conditions la tradition est-elle translative de la propriété ?

Il y a trois conditions :

1°- Il faut qu'il s'agisse

Ière condition - Pour que la propriété soit transmise à l'acquéreur par la tradition, il faut que la chose soit une res nec mancipi : argent, denrées, etc.. Peu importe que ce soit une chose romaine ou provincial

Source : BIU Cujas

d'une res nec mancipi.

ou pérégrine. On pourrait faire tradition d'un fonds provincial, qui est une chose nec mancipi, ou d'une terre pérégrine, ou d'un esclave pérégrin, etc.. Mais on ne pourrait pas faire tradition d'une chose mancipi. Si on la fait c'est, on l'a vu, un cas d'in bonis habere.

2°- Il faut que le tradens soit propriétaire.

2ème condition - Pour que la propriété soit transmise, il faut que la chose soit remise à l'acquéreur par une personne (aliénateur) à la fois capable et propriétaire ; en effet, un incapable ne peut pas se dépouiller tout seul de la propriété, et un non dominus ne pourrait pas transmettre à quelqu'un la propriété qu'il n'a pas ; on ne transmet que ce qu'on a "Nemo dat quod non habet".

3°- Il faut qu'il y ait une justa causa.

3ème Condition - La juste cause. Il faut une juste cause. Que faut-il entendre par justa causa traditionis ?

"Justa" veut dire légitime, légale : c'est donc une cause qui sera conforme aux lois. "Causa", c'est le but pour lequel on agit, en considération duquel on agit.

Dans la tradition, qu'est-ce que ce but ? Il est indépendant des motifs : si j'emprunte de l'argent au banquier, peu importe, les motifs pour lesquels j'agis ainsi. Cela n'a rien à faire avec l'acte.

La justa causa traditionis ne se confond pas avec l'acte juridique qui précède la dation : elle consiste dans la volonté chez l'aliénateur de transférer la propriété et chez l'accipiens de l'acquérir.

Dans la tradition, la justa causa traditionis ne serait-elle pas cet acte qui précède la dation, la tradition ? On a vu que la mancipation est l'exécution d'un acte juridique antérieur qui en est la cause ; celle-ci, c'est l'un de ces actes sur lesquels on s'appuie pour réaliser la mancipation : la vente, le legs, la donation : suffit-il de cette justa causa pour la tradition ?

Les conventions ou actes assimilés ont une grande importance en la matière ; ces actes sont des justae causae qui déterminent les caractères de la tradition, et sa portée, qui permettent de reconnaître si elle va conférer à l'acquéreur la propriété, la détention ou la possession.

Mais ce n'est pas suffisant, la justa causa traditionis paraît être autre chose. En effet :

Ier cas, il y a des fois où l'acte juridique précédent n'existe pas et où cependant la tradition opère le transfert de propriété ; c'est donc que cette notion ne cadre pas absolument avec l'acte de support. Exemple : un individu se croit débiteur d'une dette ; il est de bonne foi : il est dans l'erreur s'il livre la somme au pseudo créancier, la tradition opère le transfert de propriété ; et la preuve, c'est qu'il exercera son action en reprise par une action simplement personnelle ; il répétera par la condictio indebiti,

Source : BIU Cujas

c'est-à-dire l'action donnée toutes les fois qu'il y a paiement de l'indû (d'une chose qui n'est pas due). Il y a justa causa traditionis ; et cependant il n'y a pas d'acte de support.

2ème cas - Même si l'acte de support est légalement nul comme étant immoral ou illicite, le transfert de propriété s'accomplit. Le débiteur, qui a exécuté peut reprendre "répéter" ce qu'il a donné par une condictio ob turpem vel injustam causam, condictio basée sur l'illégalité de la cause.

3ème cas - Bien que l'acte de support existe et qu'il soit valable, s'il se trouve que, par un fait postérieur, il soit rescindé ou résolu, l'aliénateur peut reprendre ce qu'il avait payé par une condictio.

4ème cas - Une personne a fait tradition d'une chose dans l'espoir que l'autre partie lui livrerait une chose ; et la seconde personne manque à son engagement : la première tradition a été opérante. Celui qui a livré peut néanmoins réclamer ce qu'il a donné par une Condictio ob rem dati. Par conséquent, le débiteur - ou le pseudo débiteur- peut "répéter", réclamer ce qu'il a donné parce que l'obligation qu'il a exécutée n'a pas de cause, ou qu'elle a une cause immorale, ou illicite.

Le mot "cause" doit donc s'entendre ici dans le sens de but de l'opération.

Ce mot, en matière de tradition, veut dire "la volonté respective de deux personnes d'acquérir et d'aliéner en vue du même but". Lorsqu'on rencontre cette concordance de volontés, il y a "Justa causa traditionis".

Cette double volonté se rencontre généralement dans les actes qui servent de cause à la tradition, comme la vente, la donation, le legs.

Au contraire, s'il y a malentendu sur la cause, si l'acte de support de la tradition n'est pas le même dans l'esprit de l'aliénateur et dans l'esprit de l'acquéreur, la tradition n'est pas translative parce que le but n'est pas le même, (1) Julien (Dig. 41,1,36) dit le contraire.

"Je croyais être obligé par testament à te livrer un fonds, et toi tu pensais que ce fonds t'était dû en vertu d'une stipulation. Je ne vois pas pourquoi la tradition serait inefficace, car si je te livre de l'argent à titre de donation et que toi, tu le reçoives en croyant à un prêt, c'est un fait absolument sûr que la propriété est transférée".

Mais le texte est interpolé car, dans la seconde hypothèse, Ulpien (Dig 12,1,18 pr.) déclare que la propriété n'est pas transférée. Beaucoup d'auteurs sen-

---

(1) V. Monnier t. I, p. 496.

Source : BIU Cujas

gent à une divergence d'opinions entre les deux jurisconsultes. Sous Justinien, la solution a changé, comme le prouve l'interpolation du texte de Julien ; celui d'Ulpien a été oublié.

Un corollaire découle de là : il ne peut pas y avoir de justa causa traditionis si les deux intentions ne sont pas d'aliéner et d'acquérir la chose à perpétuité.

La justa causa impliquant la volonté d'aliéner et d'acquérir à titre perpétuel, il est impossible d'y adjoindre un pacte de fiducie.

Il est absolument impossible d'adjoindre une tradition à des pactes qui sont contradictoires à cette intention d'aliénation perpétuelle, et tout particulièrement au pacte de fiducie.

Au contraire, on joindra normalement le pacte de fiducie à une mancipation (mancipation fiduciaire) parce que cet acte ne requiert pas la justa causa. Il a disparu sous Justinien.

La tradition au Bas-Empire.

Pour finir, il resterait à parler de la tradition du Bas-Empire, qui prend plus d'importance après la raréfaction ou la disparition de la mancipation (1). En gros, deux mouvements contraires : 1°- la tradition devient solennelle (traditio corporalis) (Constantin Fr. Vat. 35) ; 2°- la tradition devient fictive (traditio ficta) ; on remplace la remise de la chose par des actes symboliques : remise des clefs, réserve d'usufruit, remise du titre, etc.. Sur le constitut possessoire, qui a préparé le principe français du transfert de propriété par l'accord des volontés (C. Civ. 1138) V. Possession.

Section III

Les modes nécessaires d'acquisition de la propriété.

On appelle "modes nécessaires" des modes qui s'imposent et où la volonté de l'acquéreur ne joue qu'un rôle secondaire ; c'est la nécessité qui règne.

§ I - Les prescriptions acquisitives : usucapion et praescriptiones.

En Droit Français, il n'y a qu'une prescription acquisitive qu'on appelle également "usucapion", mais dont les délais varient.

Les deux aspects de la prescription

En Droit Romain, il y a trois prescriptions acquisitives.

D'une façon générale, la prescription c'est

---

(1) Détails dans Monier, t. I, p.497 et suiv.

Source : BIU Cujas

acquisitive et extinctive.

"l'extinction d'un droit par le non usage."

Mais cette extinction peut se produire soit par le fait de l'acquisition par autrui, et dans ce cas il y a prescription acquisitive ; soit, au contraire, sans cette acquisition correspondante, c'est-à-dire que le droit est perdu sans être acquis par personne, c'est la prescription extinctive ou libératoire.

Les Romains, comme tous les autres peuples primitifs, n'ont connu d'abord que la prescription acquisitive ou usucapion. La prescription extinctive n'est connue qu'au Bas-Empire (V. IIème Année).

1°- L'usucapion avant Justinien.

Définition et caractères de l'usucapion avant Justinien.

C'est un mode quiritaire qui existe dans les XII Tables au profit des Romains seulement et sur les choses romaines.

C'est l'acquisition de la propriété quiritaire par la possession prolongée. Normalement, en cas d'acquisition de propriété par les modes volontaires ci-dessus, on devient immédiatement propriétaire, mais il est deux cas où il n'en est pas ainsi.

Cas d'application : a) Tradition d'une res mancipi.

Ier Cas - L'acquéreur qui a reçu une simple tradition d'une res mancipi ne peut pas devenir propriétaire tout de suite de cette chose puisqu'il aurait fallu qu'elle fût transférée par la mancipation ou l'in jure cessio et il en devient seulement propriétaire prétorien.

b) Acquisition a non domino.

2ème cas - Un individu a acquis une chose par les modes appropriés : il devrait devenir propriétaire ; mais celui qui a aliéné la chose n'était pas lui-même propriétaire et l'acquéreur aura seulement la possession.

Dans les deux cas, pour que l'acquéreur devienne propriétaire, il faudra l'usucapion.

Effets.

L'usucapion donnera la propriété complète de la chose à l'acquéreur avec ses annexes et avec les charges qui pèsent sur elle : cum sua causa, encore un autre sens du mot.

Conditions de l'usucapion. 1°- que la chose soit susceptible d'usucapion.

Les conditions de l'usucapion sont au nombre de quatre :

Ière condition - Il faut qu'il s'agisse d'une chose usucapable. En principe, toute chose romaine est usucapable, sauf les exceptions suivantes : a) les choses hors du patrimoine ; b) les choses inaliénables : le fonds dotal, les biens précieux des personnes en tutelle ou en curatelle ; c) les choses appartenant à certains propriétaires privilégiés : le fisc, le Trésor public, les Eglises, les femmes sous la tutelle de leur agnat au regard de leurs choses mancipi ; d) les choses furtives, c'est-à-dire acquises à la suite d'un vol (furtum) (XII T.; 8,17). La loi des XII Tables a été confirmée en cette matière par une Loi Atinia (Paul,

Source : BIU Cujas

Dig, 4I,3,4,6) qui a déclaré le vice de furtivité purgé, lorsque la chose serait rentrée dans la possession de l'ancien propriétaire ; e) enfin, les immeubles enlevés par violence : Loi Plautia De Vi, Loi Julia De Vi qui ont rétabli le règne du droit après les guerres civiles pendant lesquelles s'était introduit un régime d'illégalité.

2°- Que la possession soit acquise avec juste titre, acte juridique qui justifie la prise de possession.

2ème condition.- Il faut que la possession soit acquise avec juste titre.

Qu'appelle-t-on "juste titre" en matière d'usucapion ? C'est l'acte juridique qui sert de support à la remise ou à la prise de possession. Ce n'est pas, comme dans la tradition, l'intention réciproque d'aliéner ou d'acquérir avec but commun. Dans la tradition, la cause est subjective ; dans l'usucapion, la cause est objective. C'est généralement un contrat comme la vente, ou une opération comme la donation, le legs ou encore un acte unilatéral lorsque, par exemple, on prend possession d'un objet abandonné, d'une succession vacante, lorsqu'on s'empare des fruits d'une chose dont on n'est pas propriétaire.

Les Romains ont classé ces titres : ils distinguent : l'usucapion pro herede - pro emptore - pro donato - pro dote - pro legato - pro derelicto - pro soluto (à la suite d'un paiement, de l'exécution d'une obligation) - pro suo (à titre personnel quand, par exemple, on s'empare des fruits d'une chose dont on n'était pas propriétaire) (Pour le titre putatif V. plus loin).

3°- Que l'acquisition ait lieu de bonne foi.

3ème condition - Il faut que la possession soit acquise de bonne foi.

"La bonne foi" (bona fides) dans les obligations et ici, c'est l'honnêteté, la loyauté, a dit Bonfante ; dans l'u.c., c'est une erreur, l'erreur de l'acquéreur a non domino qui croit être devenu propriétaire et qui ne l'est pas devenu parce que son auteur, ou ne l'était pas ou parce que l'aliénateur était incapable d'aliéner. La mala fides, c'est la connaissance de ces faits. Il faut que l'erreur soit une erreur de fait et non pas une erreur de droit, parce que nul n'est censé ignorer la loi.

La bonne foi se présume et doit exister à l'entrée en possession.

D'autre part, la bonne foi se présume. Donc, c'est celui qui revendique qui doit prouver la mauvaise foi de l'acquéreur.

Enfin, la bonne foi doit exister à la prise de possession ; peu importe si plus tard on est de mauvaise foi : "mala fides superveniens non nocet".

Seulement, lorsqu'on a pris possession en vertu d'une vente "pro emptore" la bonne foi est exigée non seulement au moment de l'entrée en possession, mais auparavant dès la passation du contrat (Paul, Dig. 41,4,

Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

2,pr.).

D'où vient l'exigence du juste titre et de la bonne foi dans l'usucapion ?

La double condition de juste titre et de bonne foi n'a pas toujours été exigée et ne l'est pas toujours à l'époque classique.

Pendant longtemps, on s'est imaginé que ces deux conditions avaient toujours existé depuis les XII Tables ; puis, par suite de la découverte de Gaius (1), on s'est aperçu que ces deux conditions n'avaient pas toujours été exigées car Gaius (2,52 à 61) indique que l'usucapion opère sans ces deux conditions, dans quatre cas "témoins" du régime primitif :

1°- en matière d'usus matrimonial ;

2°- Quand on usucape à titre d'héritier "pro herede" lorsqu'on s'empare d'une succession vacante (V. Successions).

3°- Dans le cas d'usureceptio fiduciae "retour de propriété" quand le possesseur recouvre la possession de sa propre chose donnée en fiducie (en garantie) au créancier.

4°- Dans l'usureceptio ex praediatura : le peuple romain avait reçu en gage d'un de ses débiteurs un fonds de terre : le peuple ou plus exactement le questeur n'ayant pas été payé vend ce bien et le propriétaire du fonds le rachète : il usucape ce bien sans juste titre ni bonne foi ; (celui qui achète du peuple s'appelle "praediator" et l'acte de vente ou d'achat "praediatura").

On a supposé (Esmein "Mélanges d'Histoire du Droit") que l'usucapion primitive, dans aucun cas, n'avait exigé aucune des deux conditions, qu'elle s'était opérée toujours sans juste titre et sans bonne foi, par le fait seul de la prise de possession ou de l'accomplissement d'un long temps.

Les notions de juste titre et de bonne foi, d'abord confondues sont ensuite devenues conditions distinctes.

L'usucapion originaire était grossière et brutale. Comment a-t-on passé au régime nouveau ? Les auteurs discutent encore. M. Collinet croit que la notion du juste titre et de la bonne foi a constitué tout d'abord une seule condition complexe (justa possessio) et que, par une analyse plus subtile, on a dégagé deux conceptions précises : d'un côté le juste titre, de l'autre la bonne foi.

Il faut un juste titre pour que le possesseur devienne propriétaire par l'usucapion et il faut, en principe, un titre réel - existant réellement.

Que se passe-t-il lorsque l'acquéreur a cru à l'existence d'un titre et que le titre n'existait pas ou que le titre n'était pas valable ? La règle est : "Error falsae causae usucapionem non parit" : "l'erreur portant sur la cause (le titre) empêche l'usucapion"

---

(1) V.P. Collinet, Mél. Paul Fournier, p. 71 et suiv.

Source : BIU Cujas

(Inst. 2,6,11).

L'usucapion exige un titre réel : il ne suffit pas, en principe, d'un titre putatif.

Ce principe est trop absolu ; il est limité par la théorie du titre putatif, c'est-à-dire la croyance à un titre qui n'existe pas en réalité (cf. le mariage putatif). Le titre putatif suffit parfois en D.R. Il en est ainsi, par exemple, quand la tradition s'est effectuée à la suite d'une stipulation ou d'un legs. Au contraire, les Romains n'ont jamais admis le titre putatif à la suite d'une vente (Celsus Dig. 41,3,27). Justinien admet qu'on se contentera d'un titre putatif si l'erreur est excusable (non grossière) (probabilis error)(interpolations).

4°- Un certain délai qui était d'abord probablement d'un an, mais qui pour les res soli est devenu rapidement de 2 ans.

4ème condition - Il faut un certain délai d'usucapion.

Pour usucaper, il faut posséder pendant un certain temps : d'après les XII Tables, deux ans pour les res soli (les immeubles fonciers, les servitudes, les maisons), un an pour les autres choses romaines (les esclaves, les animaux, les fruits). Le premier jour du délai, et le dernier ne comptent pas. Le délai de deux ans s'explique par le mode d'exploitation de la terre qui constituait à Rome ce qu'on appelle l'assolement triennal. Cet assolement comporte deux ans de culture, un an de jachère. Par conséquent, si un homme est resté deux ans sans cultiver sa terre, et si un autre la cultive à sa place avec toutes les conditions requises, ce dernier deviendra propriétaire à la place du premier; c'est donc la culture de la terre qui fonde la propriété dans ce cas. On touche ici une question extrêmement importante : celle du fondement de la propriété.

Il est probable que le délai d'un an a été général à l'origine, au temps de la fondation de Rome, ou peut-être chez les peuples latins ; on le trouve maintenu par exception dans des cas où il devrait être de 2 ans : a) au cas d'usucapion pro herede d'une succession qui comprend à la fois des choses mobilières et immobilières, l'usucapion s'accomplit par un an, même pour les res soli qui devraient en exiger deux. (Gaius, 2,54)

b) l'usureceptio fiduciae s'accomplit par un an, même si elle porte sur des res soli. (Gaius, 2,59).

Ces deux exceptions sont probablement des vestiges, des "témoins" du temps où les usucapions s'accomplissaient par le délai d'an et jour sans juste titre et sans bonne foi (Cf. la saisine d'an et jour).

L'U. exige que l'on possède pendant toute la durée du délai.

Pour arriver à l'usucapion, il faut posséder la chose pendant tout le délai imparti.

A contrario, si on n'achève pas le délai on n'arrive pas à la propriété. Or, on n'y arrive pas lorsqu'il se produit une interruption de prescription :

Source : BIU Cujas

usurpatio pour la Manus, usurpatio trinoctii. Deux cas :

Interruption de l'usucapion

a) interruption naturelle, lorsqu'on perd la possession.

a) interruption naturelle par perte de la possession.

b) interruption civile : un propriétaire coupait une branche à un arbre de la propriété en voie d'être usucapée et cet acte symbolique signifiait son intention d'empêcher le possesseur de continuer sa possession (surculum defringere).

b) interruption civile par un acte symbolique (surculum defringere).

On dit quelquefois qu'une autre interruption se produirait par la demande en justice ; mais c'est inexact : la demande en justice interrompt la praescriptio (V. infrà) mais non pas l'usucapion ; la preuve, c'est que le possesseur peut usucaper pendant la durée du procès, inter moras litis et que, s'il a perdu le procès, le juge lui ordonnera de retransférer la propriété (Dig. 6,1,18).

La demande en justice n'interrompt pas l'U.

Une question inverse se pose à propos du délai : le possesseur actuel ne pouvait-il pas profiter du délai déjà commencé par son auteur ? existe-t-il ce qu'on appelle "la jonction des possessions" ?

Le possesseur actuel peut dans certains cas joindre à sa possession celle de son auteur.

Voici les solutions qui sont proposées par les auteurs modernes :

a) en cas d'acquisition à titre universel.

1°- Tout acquéreur à titre universel, et en particulier tout héritier profite de la possession de son auteur, le défunt.

b) en cas de vente.

2°- En ce qui concerne les acquéreurs à titre particulier ce n'est pas une règle générale que l'acquéreur profite du délai de son auteur, l'aliénateur: le seul cas où la jonction des possessions est admise, c'est le cas de vente; l'acheteur profite du délai commencé par le vendeur. Si, dans les textes du Digeste, la règle est beaucoup plus étendue, c'est par suite d'interpolations (qu'on justifiera plus bas).

Double inconvénient de l'usucapion.

Conclusion: l'usucapion, avec ses règles anciennes et ses règles classiques, présenta deux inconvénients lorsque l'Empire Romain prit de l'extension:

a) portée trop restreinte.

1er inconvénient: C'était un mode quiritaire, et par conséquent inapplicable aux choses provinciales et inaccessible aux pérégrins. Or les provinces prenaient de plus en plus d'importance à partir de l'Empire.

b) délai trop bref.

2ème inconvénient - Le délai d'usucapion était trop bref: un ou deux ans. Il avait pu suffire lorsqu'il s'était agi de protéger les intérêts des propriétaires de Rome ou même de l'Italie; au contraire, lorsqu'il s'agissait des provinces qui étaient très éloignées les unes des autres, ce délai était insuffisant. C'est Justinien qui accomplit la réforme définitive de l'usucapion; avant d'arriver à lui, considérons les praescriptiones.

Source : BIU Cujas

2°- Les praescriptiones.

2° - Les praescriptiones.

Les praescriptiones n'ont eu longtemps rien de commun avec l'usucapion. Elles sont au nombre de deux:

A- P. Longi temporis. Institution grecque permettant au possesseur d'un fond provincial de le garder à l'encontre de la réclamation du propriétaire.

A - La 1ère, la plus ancienne est la praescriptio longi temporis - la prescription de long temps - ou mieux la longae possessionis praescriptio.

Cette prescription a été imaginée en faveur des provinciaux et sur des fonds provinciaux. C'est ce qu'on sait aujourd'hui d'une façon formelle par deux papyrus qui contiennent une Constitution des Empereurs Sévère et Caracalla de l'année 199 (Girard, Textes, p. 203 et s.). C'est une institution provinciale (non prétorienne) d'origine grecque. Il ne faut pas voir dans la praescriptio, comme on l'a fait trop longtemps, une clause mise en tête de la formule en faveur du défendeur, c'est-à-dire une de ces "praescriptiones pro reo" qui avaient existé chez les Romains - puisque Gaius nous dit (4,133) que les praescriptiones pro reo avaient disparu depuis longtemps. Il faudrait donc imaginer qu'on les aurait ressuscitées et c'est invraisemblable. Si on a professé cette opinion pendant longtemps et si on le fait encore, c'est qu'on ignorait ou qu'on ignore le droit des provinces grecques de l'Empire où existe une prescription qui n'est pas du tout en tête de la formule, puisque pas de formules; il existait en Grèce, sous le nom de paragraphê, une réserve que l'avocat du défendeur faisait valoir en faveur de son client. Cette "paragraphê", est transcrite en latin "praescriptio". Ainsi c'est dans un procès que le défendeur qui a possédé pendant un long temps fera valoir en sa faveur sa longue possession.

Les effets de cette longue possession ne ressemblent pas à ceux de l'usucapion. Ils consistent en ceci: si la réserve est prouvée, le demandeur réclamant le fonds provincial est débouté et le défendeur est absous.

La P.L.T. n'est pas un mode d'acquérir la propriété. Elle ne fait pas perdre sa revendication du propriétaire.

Le possesseur continue donc de posséder: est-ce à dire qu'il va devenir propriétaire du fonds provincial comme l'usucapant ?- est-ce à dire que le demandeur va perdre sa revendication ? - Il n'en est rien: les choses restent en l'état. Le possesseur ne deviendra jamais propriétaire, mais il continuera à posséder. Si le possesseur vient à perdre sa possession, le demandeur pourra réclamer la chose au nouveau possesseur et la reprendre du moment qu'il ne se heurte pas à un possesseur qui a la longue possession, mais seulement à un possesseur qui a la courte possession.

La P.L.T. impose:

Quelles sont les conditions de la P.L.T. ?

Il faut:

1° - Une longa possessio de 10 ans entre présents, 20 ans entre absents. (c'est encore comme cela

Source : BIU Cujas

1°- un délai de 10 à 20 ans (on tient toujours compte de la jonction de possession).

aujourd'hui). On appelle "présents" les personnes habitant la même province; "absents" les habitants de provinces différentes. Ce délai n'est pas forcément de 10 ou de 20 ans, c'est un délai de 10 à 20 ans, parce que les personnes peuvent habiter tantôt la même province et tantôt une province différente. Pour calculer ce délai, on tient compte de la jonction des possessions dans tous les cas, quels que soient les modes d'acquisition, (soit à titre universel, soit à titre particulier). En matière de possession le calcul du délai a été influencé par les règles de l'interdit "utr bi" (Cf. Girard, p. 335-336).

Ce délai peut s'interrompre en particulier, par la litis contestatio, puisque la praescriptio est en corrélation avec le procès.

2°- une chose non furtive.

2ème Condition - La chose ne doit pas être furtive.

3°- Un justum initium possessionis.

3ème Condition - Il faut que la possession ait un "justum initium": un "juste commencement": c'est analogue à la théorie du juste titre et de la bonne foi qui ne s'est pas introduite en province.

B - La 2ème espèce de praescriptio est la praescriptio longissimi temporis (elle existe encore au - jourd'hui).

B.P. longissimi temporis extinctive des Actions. Elle empêche de revendiquer contre celui qui a possédé, mais elle ne lui permet pas de revendiquer.

Elle a été imaginée par les empereurs du Bas-Empire, et c'est une prescription extinctive des actions. Toutes les actions se prescrivent par 30 ans (Honorius et Théodose, 424). Le propriétaire muni de l'action en revendication et qui reste 30 ans sans l'exercer perd son droit. Le possesseur de très long temps ne devient pas pour autant propriétaire - mais c'est absolument comme s'il l'était puisque personne ne pourra revendiquer contre lui. Cependant s'il venait à perdre la possession, il ne pourrait pas la réclamer par la revendication; il ne pourrait faire valoir que les interdits possessoires.

Réforme du système par Justinien.

3° - La prescription au temps de Justinien.

Au Bas-Empire, les choses changèrent et il y eut une véritable révolution à tous égards, et notamment en matière foncière. La longae possessionis praescriptio conféra une revendication utile au possesseur de 10 à 20 ans. On ne le reconnaissait pas comme un vrai propriétaire, parce qu'il n'avait pu usucaper: mais on le reconnaît comme un quasi propriétaire; en pratique, c'était la même chose: revendication directe, ou revendication utile, ce sont des mots au Bas-Empire.

1° - En 528 il donne la revendicatio à celui qui a possédé 30 ans de

Justinien commence en 528 la réforme du système. Il donne la revendication au possesseur de 30 ans à condition qu'il soit de bonne foi, même s'il a acquis sans titre, et une chose volée, mais sans violence.

Justinien procéda ensuite à une refonte définiti-

Source : BIU Cujas

bonne foi.

ve du système.

2°- En 531 Justinien fusionne les 3 institutions: Usucapio; P. longi temporis; P. longissimi tempori.

En 531, Justinien rendit une Constitution célèbre (Code 7,31,1,) où il fondit les trois procédés: L'usucapion,- la longae possessionis praescriptio,- la longissimae possessionis praescriptio.

En effet, à cette époque, il n'y a plus opposition entre le droit de l'Italie et le droit des provinces. La propriété était redevenue unique. L'unité devait exister pour l'acquisition de la propriété par les longs délais. Justinien décida (et c'est un exemple des procédés de la méthode qu'emploient ses Commissaires), que le passé sera respecté - mais nominalement- et en réalité, on conserve la forme, on change le fond. On conserve le terme "usucapion" en décidant qu'il ne s'appliquera plus qu'aux meubles et que le délai sera de 3 ans . (Cet usucapion a passé dans notre ancienne France; mais aujourd'hui il n'y a plus de prescription pour les meubles: art. 2279 "en fait de meubles, possession vaut titre").

a) L'U. pour les meubles par 3 ans.

b) P. longi T. pour les immeubles par 10 à 20 ans.

La longi temporis praescriptio durera de 10 à 20 ans et s'appliquera aux immeubles; La Longissimi temporis praescriptio, qui s'applique également aux immeubles durera 30 ans.

c) P. longissimi t. par 30 ans pour les immeubles.

L'usucapion a emprunté des règles à la prescription et on trouve des textes au Digeste qui les assimilent par interpolations: ainsi pour l'interruption et pour la jonction.

§ 2 - Modes nécessaires du transfert de la propriété par les juges et les magistrats.

L'adjudication est une attribution de propriété faite par le juge à une des parties dans un procès en partage ou en bornage.

1°- Les juges romains ont le pouvoir de conférer la propriété dans le cas qui s'appelle "adjudicatio" (dont la racine est le mot judex).

Qu'est-ce que l'adjudication ? Il faut supposer que deux personnes ou davantage sont en contestation au sujet de choses indivises: action familiae erciscundae; action "communi dividundo"; action "finium regundorum"- Ce sont les 3 actions divisoires.

Les parties sont venues devant le magistrat qui a délivré la formule et le juge est saisi; il va trancher le procès. Après enquête il déclare que Primus, le demandeur a droit à telle part de la succession, et Secundus, le défendeur, à telle part; il déclare que, dans la propriété commune, l'un aura les 2/3; l'autre 1/3, que les bornes doivent être placées à tel endroit et non pas à tel autre. Dans tous ces cas, un transfert de propriété est accompli par le juge au profit de Primus, à l'encontre de Secundus. La source de la propriété de Primus, c'est l'adjudication dont l'étymologie

Source : BIU Cujas

est claire.

L'adjudication est un mode nécessaire de constitution de la propriété.

La propriété ainsi acquise est tantôt quiritaire et tantôt bonitaire.

La propriété transférée à Primus est tantôt propriété quiritaire, tantôt une propriété bonitaire : c'est la propriété quiritaire si l'instance était un judicium legitimum, et c'est une propriété bonitaire si l'instance était un judicium imperio continens.

Sous Justinien, cette distinction n'existe plus et la propriété constituée est toujours une propriété civile.

Propriété bonitaire transmise par le magistrat.

2°- Les magistrats peuvent également transférer la propriété ; c'est toujours une propriété prétorienne ou bonitaire. Tel est le cas du "dammum infectum" "dommage menaçant"; tel est aussi le cas où une personne est autorisée par le préteur à emmener l'esclave ou l'animal coupable d'un délit.

§ 3 - L'acquisition en vertu de la loi.

Cas d'acquisition. Ex Lege

C'est toujours la loi qui fonde le droit de propriété, mais le mot "Loi" pris dans un sens vague : il s'agit ici du terme "lex" employé dans son sens technique. On est propriétaire ex lege (Ulpien Règles I9,I7) dans les cas suivants : "Les Caduca", c'est-à-dire les biens successoraux qui sont enlevés aux héritiers par les lois caducaires; "Ereptoria" les biens héréditaires qui sont enlevés à un indigne , le legs "per vindicationem" : c'est-à-dire celui où l'on a employé la formule "do lego" et qui est sanctionné par la revendication; l'acquisition à la suite d'une vente faite par l'Etat.

Chapitre II

MODES DE CONSTITUTION DES SERVITUDES.

En principe, les droits réels autres que la propriété ne se constituent jamais par des modes originaires.

Les servitude se constituent soit par des modes dérivés, soit par des modes nécessaires, ou encore à la différence de la propriété par la convention.

Source : BIU Cujas

Section I

Les modes volontaires.

On applique aux servitudes les modes qu'on a déjà vus pour la propriété.

§ I - La mancipation.

Double emploi de la mancipation pour constituer une servitude :

Pour comprendre le rôle de la mancipation en tant qu'elle constitue des servitudes, il faut distinguer entre la "translatio servitutis" et la "retentio ou deductio servitutis".

1 - Directement par translatio d'une S. prédiale.

1°- La translatio servitutis suppose que la servitude est constituée directement : c'est le procédé normal ; la différence est dans les paroles solennelles qu'on ne connaît pas.

La mancipation ne peut s'appliquer qu'aux servitudes prédiales rurales , seules res mancipi. (Gaius 2,29)

2 - Indirectement par deductio d'une S. quelconque.

2 - La retentio servitutis ou deductio servitutis est un procédé indirect un peu plus compliqué (Gaius 2,33) qui a l'avantage de pouvoir s'appliquer à toute espèce de servitudes même nec mancipi. Voici le procédé : on suppose que Primus veuille constituer sur son fonds une servitude de passage au profit de Secundus. Primus mancipe le fonds à Secundus en insérant dans la mancipation une Lex, une clause qui mentionne la servitude et l'obligation pour Secundus de remanciper le fonds en gardant la servitude. Primus sera alors propriétaire moins la servitude "deducta via", "deducto usufructu", etc..

La mancipation des servitudes a disparu du Digeste parce qu'elle n'était pas adoptée en Orient.

§ 2 - L'in jure cessio et le legs per vindicationem.

Constitution normale d'une S. par translatio ou deductio au moyen d'une I. J. cessio Legs P.V.

L'in jure cessio est le mode normal de constitution des servitudes entre vifs sur les fonds italiques (Gaius, 2,29,30,32). On peut faire également deductio servitutis par ce procédé.

A cause de mort, il faudra employer le legs per vindicationem (Inst. de Justinien 2,4,1)

"Les Cours de Droit" 3, PLACE DE LA SORBONNE, 3 U Répétitions Écrites et Orales Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

§ 3 - La traditio ou quasi-traditio des servitudes.

Impossibilité de faire, en droit civil, tradition d'une S. chose incorporelle.

Les juristes puristes emploient l'expression "quasi-tradition des servitudes" (Mélanges Girard, art. de M. Collinet). C'est que la servitude n'est pas une chose qu'on peut transférer de la main à la main, c'est une chose incorporelle et la tradition ne s'appliqua pas à la servitude jusqu'au commencement du II° siècle de notre ère. Mais la théorie de la possession s'est modifiée ; elle s'est élargie ; les Romains ont compris qu'elle pouvait s'appliquer aux droits ; il y a eu la possessio juris à côté de la possessio facti ou de la possessio rei.

Application au II° siècle de la théorie de la possession à la S. La quasi-traditio (usus et patientia) procédé prétorien de constitution des S.

Le jurisconsulte Javolenus (Dig. 8,1,20) déclare donc que la tradition se fera par un double acte : il faut, d'un côté que le titulaire de la servitude exerce le droit (usus) et il faut, d'autre part, de la part du propriétaire du fonds servant un acte négatif : la tolérance (patientia), par exemple, qu'il "laisse passer". La servitude ainsi constituée est toujours une servitude prétorienne qui sera sanctionnée par la publicienne et par l'interdit qu'on appelle "interdit quasi-possessoire".

On enseigne communément que sous Justinien la tradition est devenue une mode civil normal et que c'est le procédé ordinaire entre vifs du Droit de Justinien. Ce n'est pas exact : selon M. Collinet, il faut distinguer deux sortes de traditions de servitudes sous Justinien : a) la tradition que l'on vient de voir et qui est toujours un procédé prétorien ; b) la tradition pactum où le mot "tradition" a remplacé "mancipation", procédé civil.

Le mode civil normal sous Justinien, ce sont en réalité les pactes et stipulations.

§ 4 - La convention.

Constitution de S. au moyen de pactes et stipulations. Ce procédé est un procédé de droit provincial et non pas de droit prétorien

"La convention" ne pouvait pas transférer la propriété. Mais au contraire, elle peut servir à constituer les autres droits réels.

La convention ne peut pas créer la servitude en droit civil, mais elle peut le faire en droit honoraire, par l'emploi des "pactes et stipulations".

Une doctrine dit que ce procédé existe par la volonté du droit prétorien : ce n'est pas exact. C'est là du droit provincial, reconnu par le président de province et non par le préteur de Rome. Gaius (2,31) dit en effet : "sur les fonds provinciaux, la mancipa-

Source : BIU Cujas

tio et l'in jure cessio ne sont pas admises. Par conséquent, pour créer une servitude, il faut faire des Pactes et stipulations".

En parlant ainsi, Gaius vise l'Orient où il était professeur.

Analyse de l'opération : un pacte détermine les conditions d'exercice de la S. et il est confirmé par une stipulation de peine à la charge du propriétaire du fonds servant qui empêcherait l'exercice de la servitude.

Que faut-il entendre par "Pactes et stipulations" Le Pacte, c'est la simple convention ; c'est l'échange de volontés sans aucune espèce de formes, c'est un "pacte nu" disent les Romains. Le pacte est parfaitement valable en droit français - mais en Droit romain, le Pacte ne fait naître aucune action ("ex pacto nudo actio non nascitur"); alors, il faut garantir la convention par une stipulation, c'est-à-dire par un contrat formel : "Promets-tu ceci ? - Je le promets" (Voilà une stipulation). Ici, ce qu'on promet, c'est en réalité une peine pour le cas où l'on violerait la convention. C'est une stipulation par laquelle le propriétaire du fonds servant s'oblige à payer une peine de 100.000 sesterces, par exemple, pour le cas où il ne laisserait pas jouir de la servitude le propriétaire du fonds dominant ; moyennant cette stipulation de peine, le pacte vaut ; il crée le droit réel provincial de servitude.

Ces pacte et stipulation engendrent un droit réel provincial et pas seulement un droit personnel.

On a prétendu le contraire, que le pacte et la stipulation ne feraient naître qu'un droit personnel de servitude, un droit de créance pour obtenir la servitude ; mais cette opinion est abandonnée ; et à cause du texte de Gaius qui paraît formel, il semble qu'il faut déclarer que les pactes et stipulations font naître un droit spécial honoraire et non pas un droit civil et que le procédé de droit provincial oriental n'a pas été connu à Rome (cf. Girard, p. 400 note 3 - et Tome Ier de M. Collinet, p. 161 à 173). Certains textes ont paru dire le contraire, mais ils sont interpolés.

Justinien a généralisé ce procédé oriental de constitution des S.

Sous Justinien, ce mode est devenu le mode normal parce que la mancipation n'est jamais appliquée en Orient, que l'in jure cessio est tombée en désuétude, et que la tradition n'est pas un mode courant de création des servitudes. Justinien l'a généralisé, parce qu'il a précisément subi l'influence de l'Orient : il dit deux fois que les pactes et les stipulations sont le mode de création des servitudes (Inst. 2,3,4, à propos des servitudes prédiales et 2,4,1, à propos de l'usufruit).

Aujourd'hui, plus besoin de stipulation (ou clause pénale) et les servitudes peuvent être constituées par des pactes nus, des conventions qui valent contrat (art. 1134 du Code civil).

Source : BIU Cujas

Section II

Les modes nécessaires de constitution des servitudes.

I. Anciennement, la S. se confondant avec son objet a pu être usucapée.

§ I - Dans le très ancien droit Romain, on peut usucaper la servitude comme la propriété ; c'est que la servitude se confondait à cette époque avec son objet, était considérée comme une chose. L'usucapion a été abolie comme mode de constitution des servitudes par la Loi Scribonia, probablement du VIIIème siècle de Rome.

§ 2 - La prescription des servitudes.

2. En droit provincial, la praescriptio longae possessionis permet si l'on a usé de la S. pendant 10 à 20 ans de repousser l'action négatoire du propriétaire.

La prescription de 10 à 20 ans s'applique aux servitudes mais en province seulement, et à condition que le possesseur de la servitude ait exercé son droit "nec vi, nec clam, nec precario" : sans violence, sans clandestinité et sans titre précaire. La Longa possessionis praescriptio fonctionne absolument comme celle de la propriété. Ce n'est pas un moyen d'acquérir la servitude : c'est un moyen de repousser l'action du propriétaire qui prétend qu'il n'y a pas de servitude sur son fonds (l'action dite négatoire) si l'on a joui de la servitude pendant 10 à 20 ans.

3. L'adjudicatio.

§ 3 - L'adjudication peut constituer une servitude, comme une propriété. En droit classique, la servitude sera civile, si le judicium était legitimum ; elle sera prétorienne, si le judicium était imperio continens. Sous Justinien, elle sera toujours civile.

4. La loi.

§ 4 - La Loi peut créer l'usufruit (l'usufruit légal du père de famille sur les Bona adventicia en est le type) et aussi des servitudes réelles, celle de mitoyenneté par exemple.

Source : BIU Cujas

Chapitre III

CONSTITUTION DES AUTRES JURA IN RE ALIENA.

§ 1 - La convention.

Application de la convention aux droits prétoriens.

Le seul mode volontaire, c'est la convention.

Ces jura sont tous des droits prétoriens et la convention peut s'adresser à eux parce que le droit prétorien n'est pas formaliste comme le droit civil.

L'hypothèque (qui est d'origine provinciale - mais qui a été reconnue par le préteur à Rome) naît de la convention ou pacte - c'est le mode normal de constituer une hypothèque (et aujourd'hui, comme autrefois). Elle peut être créée aussi par testament.

La superficie se crée par convention (Gaius 3, 93) ou par legs.

La conductio de l'ager vectigalis, l'emphytéose se créent aussi par la convention.

§ 2 - La loi.

Ce mode nécessaire ne s'applique qu'à l'hypothèque.

Hypothèques légales.

Les hypothèques légales sont assez nombreuses :
- l'hypothèque du bailleur sur les meubles du locataire qui garnissent la maison (auj. un privilège) ;
- l'hypothèque du bailleur d'un bien rural sur tout ce que le fermier a fait entrer ou apporter dans la ferme (invecta et illata) (idem) ;
- l'hypothèque du fisc sur les biens de ses débiteurs ;
- l'hypothèque de la femme sur les biens du mari ;
- l'hypothèque du pupille sur les biens de son tuteur ;
- l'hypothèque du légataire sur les biens de la succession.

Cela s'est maintenu en droit moderne.

§ 3 - La prescription.

C'est un mode nécessaire qui s'applique seulement à l'hypothèque sous la double forme de la praescriptio longae possessionis et de longissimae possessionis praescriptio.

Source : BIU Cujas

Possibilité pour le tiers acquéreur d'un immeuble hypothéqué de repousser au bout de 10 à 20 ans l'action hypothécaire du créancier.

Pour étudier les rapports entre la prescription et l'hypothèque, il faut faire une distinction fondamentale :
Ou bien la chose hypothéquée se trouve encore entre les mains du débiteur (et c'est un des cas qui ne nous intéresse pas pour le moment) ;

Ou bien la chose hypothéquée est sortie du patrimoine du débiteur, et elle est aux mains d'un tiers qu'on appelle "le tiers détenteur", acheteur ou donataire.

C'est à ce propos que la question de la prescription se pose.

Cet acquéreur peut usucaper la chose par deux ans ou par un an, s'il y a eu vice dans sa transmission. Mais en usucapant la chose, il ne se libère pas de l'hypothèque, pas plus que l'usucapion ne libère le fonds de la servitude. En Droit Romain, en effet, on usucapait la chose "cum sua causa" "avec sa cause", c'est-à-dire avec ses accessoires actifs ou passifs. Mais si on suppose qu'au lieu de l'usucapion, il s'agit de prescription (par exemple en province, sur un fonds provincial) alors les conditions ne sont pas les mêmes. Le possesseur de long temps, celui qui a possédé 10 à 20 ans, peut parfaitement repousser l'action hypothécaire du créancier, si le créancier est resté 10 à 20 ans sans agir.

Indépendance de la prescription de l'hypothèque et de la prescription de la propriété.

Cette prescription de l'hypothèque est distincte de la prescription de la chose elle-même, parce que les conditions peuvent être différentes quant à la propriété et quant à l'hypothèque. En effet, on peut être de bonne foi quant à la propriété et non pas quant à l'hypothèque (V. le traité de Jourdan sur l'hypothèque, p. 879).

La longissimi temporis praescriptio de 30 ans s'applique aux conditions ordinaires en faveur du tiers détenteur contre le créancier hypothécaire (Théodose).

On s'est demandé si la praescriptio longissimi temporis ne s'appliquait pas aussi à la superficie (V. Girard, p. 412, n. 4).

Source : BIU Cujas

TITRE III

L'EXTINCTION

DES DROITS REELS.

Chapitre Ier

EXTINCTION DE LA PROPRIETE.

Bien que perpétuelle en principe, la propriété peut disparaître de façon absolue ou relative

I. par la perte matérielle ou juridique de la chose.

2. par transfert de la propriété.

3. Par la perte.

En principe, le droit de propriété est perpétuel ; mais il y a des exceptions. Le droit de propriété peut disparaître des façons suivantes :

1°- Par la perte de la chose - et il disparaît puisqu'il n'a plus d'objet. Cette perte de la chose se produit tantôt d'une façon absolue, tantôt d'une façon relative. Ce peut être une perte matérielle : mort de l'animal ou de l'esclave ; disparition de la maison par suite d'incendie ou du terrain, par suite d'un tremblement de terre, ou bien une perte juridique; expropriation de la chose pour cause d'utilité publique (elle cesse d'appartenir à son propriétaire, d'où le nom d'expropriation).

2°- Le droit de propriété disparaît de façon relative lorsqu'il y a transfert de la propriété. Il en est de même pour les animaux sauvages qui prennent la fuite. La question s'est posée à Rome sur la manière de conserver la propriété de certains animaux plus ou moins domestiques. En principe, la fuite des animaux, et surtout des animaux sauvages que l'on a pris, fait disparaître le droit de propriété pour celui qui les a laissés s'échapper. Il n'en serait pas de même des animaux domestiques.

3°- Il y a aussi perte relative de la chose lorsqu'on abandonne la chose (dereliotio) ou lorsqu'on l'a perdue ou par application d'une règle très importante en Droit romain "Les choses éteintes ne peuvent pas être revendiquées" - res extinctae vindicari non possunt" (spécification - accession).

Ainsi, la disparition de la propriété se produit soit d'une façon absolue, soit d'une façon rela-

Source : BIU Cujas

tive. Mais parce que le droit de propriété est perpétuel en principe, il en résulte qu'il est absolument impossible de transférer la propriété sinon à perpétuité : il faut qu'autrui soit sûr d'être propriétaire : lui, ses descendants ou successeurs. Voyons les applications en considérant les deux modalités courantes : le terme et la condition : le terme est un événement futur et certain. La condition est un événement futur et incertain. Le terme peut être suspensif - dies a quo ou extinctif - dies ad quem.

La propriété ne peut être transférée pour un temps. Elle peut l'être sous une modalité suspensive par traditio, mais elle ne peut l'être sous une modalité extinctive.

La condition peut être suspensive - conditio a qua - ou extinctive - conditio ad quam.

Voilà les quatre catégories de termes et de conditions. Sous quelles modalités le transfert peut-il se faire ?

La tradition, qui n'est pas un actus legitimus comme les modes formalistes, peut être faite sous terme suspensif ou sous condition suspensive. Exemple, on peut livrer une chose à partir de telle date (c'est un terme suspensif). On peut livrer une chose sous condition suspensive : par exemple, rendre autrui propriétaire de la chose "si je suis nommé consul".

D'autre part, le terme extinctif et la condition résolutoire ne sont pas admissibles dans un transfert de propriété. Exemple : "Je vous livre ma propriété jusqu'à l'expiration du terme de 10 ans". (terme extinctif).

"Je vous rendrai propriétaire de l'immeuble jusqu'au moment où je ne serai plus consul" (condition résolutoire).

La nullité apparaît dans un texte très célèbre sous la forme suivante : "Proprietas ad tempus transferri nequit". "La propriété ne peut être transférée à temps" (Fragments du Vatican n° 283) texte très difficile à expliquer et sur lequel règnent des systèmes nombreux. Voici l'espèce : donation d'une propriété jusqu'à la mort d'une personne ; par conséquent sous terme extinctif. Pourquoi ne pas supprimer la limite ? cela paraîtrait naturel. Mais il n'en est pas ainsi : non seulement la clause n'est pas valable, mais la donation même est nulle. La clef a été donnée par M. Ch. Appleton (1) qui justifie la nullité par le fait qu'il s'agit au F.V. 283 du transfert d'un fonds provincial. La donation à temps s'interprètant comme un usufruit, l'usufruit sur le fonds stipendiaire ne peut se concevoir, car la propriété provinciale n'est elle-même qu'une sorte d'usufruit.

---

(1) R.H.D., 1931 p. 322 et suiv.

Source : BIU Cujas

Il est impossible de transférer la propriété sous condition résolutoire, notamment mortis causa ; ce principe a subsisté jusqu'à Justinien qui a admis la condition résolutoire, sinon en matière de vente, du moins de donation et de legs.

Revenons au principe : Proprietas, etc... Les applications en ont été très nombreuses à Rome : donations mortis causa (à cause de mort) ou sub modo (avec charges), vente. Toutes les fois qu'il y a une condition résolutoire ou un terme extinctif, la propriété n'est pas transférée sous la modalité, mais purement et simplement ; on supprime la condition et l'aliénateur n'a qu'une action personnelle contre l'acquéreur (V. IIème Année).

Tel est le droit classique romain.

L'état du Droit a changé. A quel moment ?

Certains auteurs enseignent que le mouvement a commencé dès le IIIème siècle. Ulpien (Digeste 39, 6,29, donation à cause de mort) déclarerait que la propriété n'est pas transmise et que si la condition résolutoire venait à se produire, le donateur pourrait reprendre sa chose non-seulement par une action personnelle, mais aussi par une revendication utile. Dans une Constitution de Valérien (258), au Code (8, 54,1°), il s'agit d'une donation avec charge d'aliments ; la pension alimentaire n'étant pas payée au tiers, leur donateur peut-il révoquer la donation, et pourra-t-il employer la revendication ? Oui répond le texte. Mais les deux textes sont interpolés.

Il résulte de ceci que ce n'est ni Ulpien, ni Valérien qui ont été les promoteurs de la théorie du retour de la propriété sur la tête de l'acquéreur, c'est seulement le Droit Byzantin qui a été l'initiateur de cette mesure. Il est facile de le démontrer d'une façon pertinente. En effet la loi 2 au Code 8,54, pose la règle : Une donation peut être faite parfaitement et valablement à temps soit certain soit incertain. Or, cette Constitution 2 n'est autre chose que le Fragment du Vatican n° 283 interpolé. Nous avons une confirmation du renversement du principe dans une Constitution de Justinien qu'on remarque très rarement et qui joue un rôle considérable dans cette théorie très compliquée. (Code 6,37,26) : Justinien déclare que les legs et les fidéicommis pourront contenir des transferts de propriété à temps, tandis qu'autrefois ce n'était pas possible.

Ainsi, Justinien a changé la règle soit directement, soit par interpolation, et cela cadre bien avec les conceptions byzantines (1).

Le principe a changé en matière de donations et de legs, de fidéicommis : il n'a pas changé en matière de vente. (V. IIème année). C'est la différence qui subsiste entre le droit français et le Droit romain : aujourd'hui, il est possible de faire une

---

(1) V. P. Collinet, t. I, p. 174 et suiv.

Source : BIU Cujas

opération quelconque à terme extinctif ou sous condition résolutoire parce que, bien que la propriété soit perpétuelle en principe, son caractère de perpétuité n'est pas aussi impérieux qu'il l'était en Droit romain.

Chapitre II

L'EXTINCTION DES SERVITUDES.

Il faut distinguer entre les servitudes prédiales et les servitudes personnelles.

La servitude prédiale, à la différence de la servitude personnelle, est perpétuelle.

1°- La servitude prédiale est, en principe, perpétuelle comme la propriété. On a vu, en effet, que la servitude prédiale, par définition, était créée pour l'utilité d'un fonds. Cette utilité est supposée permanente.

La servitude personnelle, (l'usufruit, etc..) n'est pas perpétuelle en principe, car elle est créée dans l'intérêt d'une personne et son maximum de durée est la vie du bénéficiaire de la servitude ; mais son terme peut être plus court.

Les modes d'extinction de servitudes se classent en deux catégories : les modes nécessaires, les modes volontaires.

§ I - Modes nécessaires.

Les servitudes s'éteignent : par mode nécessaire. A. Quand il y a impossibilité matérielle ou juridique d'exercer la S.

Les modes nécessaires se produisent :
A - Lorsqu'il y a impossibilité d'exercer la servitude.

1°- L'impossibilité peut être d'abord matérielle, si le fonds servant est anéanti (il disparaît dans un cataclysme) ; si l'usufruitier meurt ou subit une capitis deminutio (sous Justinien, la capitis deminutio maxima ou media seulement car l'usufruit ne disparaît plus par capitis deminutio minima.)

2°- L'impossibilité peut être juridique et se présente dans deux cas :

a) les deux fonds -fonds dominant et fonds servant- sont réunis aux mains du même propriétaire, c'est ce qu'on apppelle en droit une confusion. La servitude n'a plus de raison d'être parce que personne ne peut avoir de servitude sur sa propre chose : "Nemini res sua servit".

b) La servitude personnelle disparaît (en particulier l'usufruit) lorsque l'usufruitier devient propriétaire du fonds : il n'a plus besoin de l'usu-

Source : BIU Cujas

fruit dans ce cas, puisqu'il jouit de la chose et des fruits à titre de propriétaire : c'est la consolidation.

B. Non-usage.

B - En cas de non usage.

Ce n'est pas un mode complètement nécessaire comme le premier : il est parfois volontaire, mais produisant un résultat nécessaire. Le titulaire de la servitude se dispense de l'exercer ; quelle sera la conséquence de cette carence sur son droit ? Il faut distinguer les servitudes prédiales rurales et les servitudes personnelles, d'une part, les servitudes urbaines, de l'autre.

1°- Pour les S. prédiales rurales par le délai de l'usucapion ou de la prescription.

1°- Les servitudes prédiales rurales et les servitudes personnes (usufruit) s'éteignent par le simple non usage, par le fait que le titulaire de la servitude n'exerce pas son droit. Les délais sont analogues à celui de l'usucapion et des prescriptions, suivant qu'il s'agit de servitudes civiles ou de servitudes protégées par le Droit honoraire : un an, 2 ans, 10 à 20 ans.

2°- pour les S. prédiales urbaines par un an à partir du moment où le propriétaire du fonds servant a agi contrairement à la S.

2°- Les servitudes prédiales urbaines ne s'éteignent pas par le simple non usage, mais le non usage prolongé à partir du moment où un obstacle survient qui empêche son usage ; ou également par le défaut de protestation du titulaire contre l'impossibilité de faire usage de son droit.

Exemple : j'avais une servitude de vue contre mon voisin ; la servitude ne s'éteindra par prescription de 2 ans avant Justinien, de 10 à 20 ans sous Justinien, qu'à partir du jour où un obstacle à cette servitude ayant été élevé par le fonds servant, je n'aurai pas protesté. Ainsi : si le voisin a élevé un mur ou bouché le jour qui constituait ma servitude.

C'est l'usucapion de liberté : usucapio libertatis. Le propriétaire du fonds servant usucape sa liberté, devient libre par usucapion.

§ 2 - Les modes volontaires.

1°- Par un mode volontaire. I. Renonciation par un procédé civil ou prétorien.

La servitude s'éteint d'une façon volontaire.

1°- Par la renonciation du titulaire qui peut être faite par un procédé du Droit Civil (alors l' extinction a lieu ipso jure, civilement, erga omnes) ; ou par un procédé du droit prétorien, un Pacte (dans ce cas, l'effet sera un effet prétorien, c'est-à-dire que l'extinction fera naître au profit du propriétaire du fonds servant seulement une exception).

2°- Par l'arrivée du terme ou de la

2°- Par l'arrivée du terme extinctif ou de la condition résolutoire.

A - Les servitudes pouvaient être constituées

Source : BIU Cujas

condition.
A. Toutes les servitudes peuvent être constituées sous une modalité suspensive.
B. Modalité extinctive.
1°- Modalité affectant la S. elle-même.
a) les modalités extinctives ne peuvent être opposées à une S. prédiale.
b) elles peuvent l'être à une S. personnelle.

2°- Modalité affectant la propriété du constituant : dans le droit de Justinien la résolution du droit du propriétaire entraîne celle de la S. qu'il a constituée.

comme la propriété elle-même sous terme suspensif ou sous condition suspensive.

B - Mais pouvait-on constituer une servitude sous condition résolutoire ?

Il faut faire une distinction :

1°- C'était la servitude qui avait été constituée directement sous l'une ou l'autre de ces modalités extinctives et, par exemple on a constitué une servitude pour 10 ans - terme extinctif.

Une sous-distinction est nécessaire :

a) les deux modalités ne sont pas admises dans les servitudes prédiales absolument comme on a vu qu'elles n'étaient pas admises dans la propriété : on ne peut pas subordonner la constitution d'une servitude prédiale à l'expiration d'un certain délai ou à l'arrivée d'une condition qui les résoudrait.

b) les servitudes personnelles, au contraire, admettent ces modalités (à condition de prendre un procédé qui s'accorde à ces modalités). Ainsi on peut constituer un usufruit pour 10 ans.

2°- C'est la propriété du constituant de la servitude qui a été soumise aux modalités : Quelqu'un avait acquis un fonds sous terme extinctif ou sous condition résolutoire - et il avait constitué une servitude sur ce fonds ; Quel est l'effet de l'arrivée du terme extinctif ou de la condition résolutoire sur la servitude ? il est probable que la servitude a été soumise aux mêmes vicissitudes que la propriété elle-même, c'est-à-dire que, sous Justinien seulement, si la propriété se trouve résolue, la servitude suivra le même sort. Autrement dit : du jour où les Romains ont admis la résolution de la propriété, par là même ils ont admis celle de la servitude.

Source : BIU Cujas

Chapitre III

EXTINCTION DES AUTRES JURA IN RE ALIENA.

1°- La Superficie - s'éteint comme le louage lui-même, à l'arrivée du terme - par la perte de la chose - par le défaut de paiement du solarium, pendant deux ans, dit-on souvent (mais ce terme de deux ans ne parait pas légal).

2°- Pour la conductio agri vectigalis : nous n'avons pas de règles.

3°- L'emphytéose s'éteint par la perte totale de la chose, et faute de paiement du canon pendant trois ans d'abord, puis deux ans, d'après Justinien.

4°- L'hypothèque s'éteint de façons plus compliquées, soit par voie accessoire avec la créance, soit par voie principale (V. IIème Année).

TITRE IV

L E S S A N C T I O N S D E S D R O I T S R E E L S

Sanction des droits réels par des actiones in rem c'est-à-dire par des actions qui ont effet vis-à-vis de tous.

Les droits réels sont sanctionnés par des actiones in rem.

Quel est le sens du mot "actio in rem" ?

Le meilleur sens qu'on puisse en donner est de dire que cette action a effet vis-à-vis de tous, erga omnes, par opposition à l'action "in personam" qui n'a d'effet que vis-à-vis de la personne qui a été partie au procès. C'est le sens étymologique de "in rem", sens qui se rattache à la procédure primitive, le sacramentum in rem, l'une des legis actiones et qui était dirigée, non pas contre la personne "in personam", mais contre la chose "in rem". L'expression "in rem" veut dire "qui a effet à l'égard de tous" parce que, en réalité, le procès est tranché pour ou contre la chose, ou pour ou contre tout le monde (dans les

Forme primitive de l'actio in rem ; le sacramentum

Source : BIU Cujas

in rem.

actions d'état ;(Cf. Précis de liberté).

Apparition au VI ème siècle de la procédure per sponsionem.

Les Romains ont adopté une autre procédure, probablement au VIème siècle de Rome, la procédure per sponsionem ou "par le pari".

La procédure per formulam petitoriam vel arbitrariam.

Au VIIème siècle probablement, une troisième procédure s'est introduite ; elle s'exerce par formule que l'on qualifie de "formula petitoria" - formule pétitoire - parce qu'on y demande quelque chose, ou de "formula arbitraria" - parce que le juge a le pouvoir "d'arbitrer" la condamnation, grâce à la "clausula arbitraria", qui consiste en ceci : La formule donne au juge le pouvoir de condamner le défendeur. Elle ajoute : "nisi ea re arbitratu tuo Aulo Agerio (demandeur) restituetur" ; Juge, tu pourras condamner le défendeur envers A.A., à condition que le demandeur ait prouvé qu'il était propriétaire par le Droit des Quirites et (condition négative) quand sur ton arbitrage la chose n'aura pas été restituée par le défendeur au demandeur". Ainsi, avant de passer à la condamnation, le juge invitera le défendeur à restituer la chose au demandeur ; et s'il le fait de bon gré, il sera absous - sinon, il sera condamné à une somme évaluée par l'arbitrage du juge.

Utilité de la clausula arbitraria dans la procédure formulaire pour amener le défendeur à restituer la chose.

Une quatrième procédure date de la fin du III° siècle de notre ère, c'est la seule au Bas-Empire, c'est la procédure extraordinaire (procédure moderne)

L'action réelle sous la procédure extraordinaire.

Ces quatre espèces de procédures qu'on retrouvera à la fin du Cours, ont eu une influence directe sur les actions et toute variation de l'action entraîne une répercussion sur le fond du droit. Ainsi, toute variation dans la procédure entraîne une répercussion sur le Droit, du moins en Droit Romain.

Chapitre Ier

LES SANCTIONS DU DROIT DE PROPRIETE.

Section I

La revendication.

La revendication (rei vindicatio) est l'action in rem qui est donnée au propriétaire quiritaire pour se faire restituer la chose qu'il a perdue ou qui lui a été enlevée ou volée : il veut reprendre sa chose, il la réclame "rem vindicat".

La revendication sanction de la propriété civile.

Source : BIU Cujas

§ I - Conditions de fond de la revendication

La revendication ne s'applique qu'aux choses romaines, corporelles et individualisées.

1°- Quel peut être l'objet de la revendication ?

A - Une chose romaine (et non pas une chose provinciale).

B - Une chose corporelle ; qu'elle soit individuelle ou individualisée. Si elle était confondue avec une autre chose, il faudrait intenter une action préalable, qu'on appelle l'actio "ad exhibendum" pour l'individualiser. Ex : on s'est servi de ma roue pour la mettre à un chariot, je la réclame, pour le moment elle est incorporée au chariot : pour intenter l'action en revendication, il faut qu'elle soit séparée ; pour cela, j'intente d'abord l'action "ad exhibendum". Cette action a d'ailleurs fini par remplacer à certains égards la revendication.

Rôle de l'actio ad exhibendum pour obtenir l'individualisation de la chose.

2°- Qui peut être demandeur ?

Pour être demandeur à la revendication il faut être propriétaire civil et ne pas posséder.

Seulement le propriétaire quiritaire à une condition : c'est qu'il ne possède pas. On ne peut pas revendiquer quand on possède, sauf dans un cas : (Justinien 4,6,2) "sane uno casu" qu'on trouvera au Digeste, dit l'Empereur. On l'a cherché depuis longtemps (beaucoup de théories) ; il n'a été découvert que par M. Nicolau en 1934 (1), grâce aux scolies des Basiliques : il ne se rapporte pas à la revendication, mais à la vindicatio ex libertate in servitutem où la personne possédant l'ingénuité peut obtenir le rôle de demandeur pour administrer la preuve de sa qualité avant que l'adversaire la réclame comme esclave (Ulpien, Dig. 22,3,14).

Sauf dans un cas : sane uno casu.

3°- Qui peut être défendeur à la revendication ?

L'action en revendication est intentée contre le possesseur et même contre tout individu en état de restituer. Elle peut être également intentée contre un fictus possessor.

Il faut distinguer suivant les procédures ; peut être défendeur à la revendication, dans la procédure du sacramentum, celui qui se prétend propriétaire - chacune des parties jouait en effet le rôle de défendeur et de demandeur ; c'est une procédure double. Dans les autres procédures, le possesseur ou "celui qui a la faculté de restituer" (locataire).

Dans le Digeste, on constate que la revendication est possible aussi contre celui qui a cessé de posséder par dol "Qui dolo desiit possidere" et contre celui qui s'offre au procès "qui liti se obtulit" ; on appelle ces deux personnes "ficti possessores" - possesseurs fictifs. D'après M. Collinet, il en était ainsi dès l'époque classique ; beaucoup d'auteurs, au contraire, tendent à reconnaître que c'est seulement

---

(1) R.H.D., 1934, p. 597 et suiv.

Source : BIU Cujas

sous Justinien qu'il en fut ainsi. (Voir Girard, p. 366, note 3).

§ 2 - Les effets de la revendication.

Transformation des effets de la revendication au cours du Droit Romain.

Une chose a été bien mise en lumière par les auteurs modernes : on peut voir dans la variation des effets de la revendication tout un reflet de l'évolution du Droit Romain.

En principe, on appelle "effets de la revendication" le montant de la condamnation du défendeur qui perd le procès.

Dans le Sacramentum, le demandeur obtient une condamnation à la chose, à ses accessoires et une indemnité.

Le point de départ dans le sacramentum in rem est celui-ci : le demandeur triomphant obtient une condamnation : 1°- à la chose elle-même ou à sa valeur. (Il y a controverse) ;

2°- aux accessoires, "cum sua causa" (autre sens de causa).

3°- à une indemnité pour les pertes et détériorations qui se seraient produites dans la seconde phase du procès.

Plus tard, la revendication tout en restant une action réelle joue le rôle d'action personnelle pour obtenir différentes prestations.

Mais dans la suite, le défendeur peut être condamné sur le terrain des fruits. La revendication est restée une action réelle, mais par beaucoup de côtés elle s'est pénétrée des caractères des actions personnelles : le défendeur, le possesseur va être tenu désormais à faire quelque chose, il devra surveiller la chose, ne rien négliger en ce qui la concerne et posséder conformément aux intérêts du futur revendiquant. Le possesseur de la chose, même de bonne foi est obligé de penser constamment qu'il ne conservera peut-être pas la chose, qu'il sera obligé de la restituer à son propriétaire. Il doit la conserver comme un bon administrateur. Ce sont là des idées qu'on n'a pas eues avant Justinien et c'est cette évolution qui change complètement la nature de la revendication. (V. Girard p. 372-373).

Distinction de deux phases dans la revendication.

Reprenons. L'évolution doit être distinguée suivant deux périodes de la procédure de l'action.

La première période se place avant l'attribution intérimaire de la chose (vindiciae) ou avant le moment décisif de la procédure (litis contestatio).

La deuxième période se place après l'attribution de la possession intérimaire (vindiciae) ou après la litis contestatio.

I. Avant la litis contestatio.

Ière Période - avant l'attribution des vindiciae, ou avant la litis contestatio.

Distinguons encore suivant l'objet de la condamnation.

1°- Les fruits - Pendant le procès, la chose a

Source : BIU Cujas

I. Restitution des fruits.

produit des fruits dits intérimaires : ou bien ces fruits existent encore, et ils ont été mis de côté par le possesseur ; ou bien ils n'existent plus parce que celui-ci les a consommés. Le possesseur condamné va-t-il rendre les fruits existants encore en nature, et doit-il une indemnité pour les fruits qu'il a consommés ? La solution est la suivante :

Dans les deux premières procédures (sacramentum et procédure per sponsionem) aucun texte ne prouve que le possesseur soit responsable de ces fruits-là.

A partir du IIème siècle distinction :

Sous la troisième procédure, il est probable que, d'abord, aucune restitution ne fut ordonnée ; mais au IIème siècle de notre ère, sous l'influence peut-être de Julien, s'introduisit une distinction qui dominera de plus en plus cette matière : distinction entre le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi (Cette distinction avait pris son origine dans l'usucapion).

a. Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens.

Le possesseur de bonne foi n'aura pas à restituer les fruits : "il fait les fruits siens". "Bonae fidei possessor fructus suas facit".

b. Le possesseur de mauvaise foi doit les restituer ou en payer la valeur. Cette restitution obtenue d'abord par une action distincte a été obtenue ensuite par la revendication même.

Le possesseur de mauvaise foi ne fait pas les fruits siens ; il devra les restituer, s'ils existent encore, ou payer une indemnité pour les fruits consommés.

Pendant un certain temps, on les réclame au possesseur de mauvaise foi par une action qui n'est pas la revendication (ce qui prouve bien que celle-ci ne vise que la chose et ne s'étend pas aux fruits) par une condictio, fondée sur l'enrichissement sans cause. Puis la revendication elle-même comprendra la réclamation de la chose et des fruits et une indemnité pour les fruits consommés : voilà donc une action réelle qui permet d'obtenir une indemnité. On voit qu'on a changé la nature de cette action, car une indemnité se réclame d'ordinaire par une action personnelle. Voilà le dernier état du Droit Romain.

Distinction faite par Justinien entre les fruits consommés que gagne le possesseur de bonne foi et les fruits existants qu'il doit rendre.

D'autre part, d'après le Digeste, le possesseur de bonne foi fait siens les fruits consommés et non pas les fruits "existants" (fructus exstantes) ; et c'est une nouvelle distinction : il doit les fruits qu'il n'a pas consommés, comme un accessoire de la chose. Mais les textes du Digeste sont interpolés : par conséquent, c'est seulement de l'époque de Justinien que date cette distinction.

En effet, avant Justinien, a existé un régime transitoire en 369 (Code Théodosien 4,18,1) ; les empereurs ont déclaré que tout possesseur, sans distinction, devait rendre au double les fruits perçus : dans le Droit de Justinien, la même constitution interpolée

"Les Cours de Droit" 3, Place de la Sorbonne, 3 U Répétitions Écrites et Orales Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

(Code 7,5I,2) porte qu'il n'est condamné qu'au simple.

En définitive, le possesseur de mauvaise foi rendra au simple les fruits existants et payera une indemnité pour les fruits consommés ; le possesseur de bonne foi rendra seulement les fruits exstantes. (Inst. 4,17,2,2,1°,35).

Quant aux fructus percipiendi - ou fruits qu'on a négligé de percevoir - la Constitution de 369 portait que les possésseurs sans distinction, devront une indemnité au double. Justinien (Inst. 4,17,2) déclare que le possesseur de mauvaise foi seul serait tenu au simple et il a interpolé en ce sens la Constitution.

2°- La perte de la chose.

2. Le possesseur ne répond de la perte de la chose que si elle a eu lieu par son dol.

La chose peut périr soit par cas fortuit : (mort, incendie, tremblement de terre, inondations) soit par force majeure (guerre) ou bien par la faute de celui qui était tenu de la garder. Les possesseur sont-ils tenus par la revendication ? non, à moins que la chose n'ait péri par le dol du possesseur.

3°- Les détériorations.

3. Il ne répond pas non plus des détériorations.

Il semble qu'aucun des deux possesseurs n'en soit tenu (Girard, p. 370, n.1).

2ème période - Après l'attribution des Vindiciae ; après la litis contestatio.

Il faut distinguer les procédures :

II. Après la litis contestatio.

1°- Sous la procédure du Sacramentum, le possesseur est tenu de restituer les fruits au double, ou de payer une indemnité au double pour les fruits qu'il ne pourrait pas restituer (Loi des XII Tables, 12,3, d'après Festus V° Vindiciae). Festus nous laisse entendre que, si le possesseur ne restitue pas les fruits, il devra une indemnité au double qui sera fixée par l'arbitrage de trois arbitres. Celui qui a reçu la possession intérimaire de la chose doit veiller sur elle et mettre de côté les fruits pour le cas où il serait condamné : s'il ne le fait pas, sa culpabilité sera punie par une restitution au double.

1°- Dans le Sacramentum, le possesseur doit les fruits au double.

2°- Dans la procédure per sponsionem - il n'y avait pas d'attribution intérimaire de la chose. Le défendeur devait promettre avec caution de restituer la chose et les fruits perçus au simple. On pouvait le poursuivre par l'action ex stipulatu.

2°- Dans la procédure per sponsionem le possesseur doit les fruits au simple.

3°- Dans la procédure per formulam et la procédure extraordinaire, une distinction s'est faite entre les possesseurs.

3. Dans la procédure per formulam peti-

a) le possesseur de mauvaise foi étant en demeure est responsable de la perte, même par cas fortuit (Paul, Dig. 5,3,40 pr.) Ce texte parle de la pétition

Source : BIU Cujas

toriam

a. Le possesseur de mauvaise foi étant en demeure répond de la perte de la chose même par cas fortuit et des fruits.

d'hérédité et des speciales petitiones, c'est-à-dire de l'action en revendication. Une controverse s'était élevée entre Proculus, chef des Proculiens, et Cassius, chef des Sabiniens, l'un demandant que le possesseur, quel qu'il soit, soit responsable du cas fortuit ; l'autre qu'aucun possesseur ne soit responsable du cas fortuit. Le texte décide que le possesseur de mauvaise foi sera responsable du cas fortuit et que le possesseur de bonne foi ne le sera pas.

Le possesseur de mauvaise foi est responsable aussi de la perte ou des détériorations qui se produiraient par sa faute, des fruits en nature ou de leur valeur, et des fruits qu'il a négligé de percevoir.

b. Le possesseur de bonne foi ne répond pas de la perte de la chose par cas fortuit, mais doit même les fruits qu'il a négligé de percevoir.

Quant au possesseur de bonne foi, il n'est pas responsable de la perte par cas fortuit (Paul. Dig. 5,3,40 pr.) Il doit les fruits qu'il a perçus, qu'ils soient "exstantes" ou consommés parce que nul n'a le droit de s'enrichir au détriment d'autrui. (Inst. 4,17,2 in fine). Il est responsable aussi des fruits qu'il a négligé de percevoir, ainsi que des pertes qui surviendraient par sa faute.

Le possessor de b.f. a droit aux impenses nécessaires et utiles, au jus tollendi pour les impenses voluptuaires.

A la question de la condamnation dans la revendication se rattache le problème des impenses faites sur la chose par le possesseur. Il faut distinguer le possesseur de bonne foi et le possesseur de mauvaise foi. 1°- le premier a droit au remboursement des impenses nécessaires et utiles ; pour les impenses voluptuaires, il ne peut qu'enlever les choses, objets de ces dépenses à condition de ne pas commettre de dégât (jus tollendi).

Le possesseur de m.f. aux impenses nécessaires aux jus tollendi pour les autres.

2°- Le second a droit au remboursement des impenses nécessaires, au jus tollendi par les autres. Le remboursement des impenses se réclame par voie d'exception de dol à la R.V. ; l'effet de l'opposition de cette exception était l'absolution du défendeur à l'époque classique (effet absolutoire), la diminution de sa condamnation en Droit byzantin (effet minutoire) (Celse, Dig. 6,1,38 est interpolé) (V. Girard, p. 368, n.4)

Effet de l'exception de dol.

Section II

L'action publicienne.

Sanction de l'in bonis par une action in rem prétorienne calquée sur

L'action publicienne, beaucoup plus récente que la revendication, ne date guère que du début de l'Empire. Elle a été créée pour le cas où un acquéreur a reçu tradition d'une res mancipi et n'a pas encore usucapé ; cet acquéreur a l'in bonis; si on lui enlève la chose, il a les interdits possessoires et une action

Source : BIU Cujas

la Revendication : A. Publicienne.

pétitoire qu'on appelle Publicienne, du nom de son inventeur, le préteur Publicius.

Créée pour l'acquisition par simple tradition d'une res mancipi, la Publicienne a été étendue à l'autre cas d'usucapion, celui où une personne a reçu la chose a non domino.

On a discuté s'il existait plusieurs Edits et formules : aujourd'hui on est d'accord pour dire qu'il n'y avait qu'un Edit et qu'une formule, qui nous a été transmise en partie par Gaius (4,36)

La Publicienne est imitée de la revendication. C'est une action utile ou fictice qui repose sur une fiction : "comme si le délai de l'uscapion était déjà accompli".

Fiction d'accomplissement du délai de l'usucapion contenue dans la formule de la publicienne.

Le préteur suppose que le délai de l'usucapion qui est seulement en cours, est achevé ; et ainsi il peut accorder à l'individu dépouillé une revendication. On tire de là cette conséquence : les règles de la publicienne sont les mêmes que celles de revendication sauf sur un point : la preuve de la propriété puisque le demandeur n'est pas propriétaire ; il prouvera son acquisition. Elle pourrait échouer sur l'exceptio justi dominii, qui appartient au véritable propriétaire.

La Publicienne existe encore sous Justinien (Dig. 6,2) à côté de la revendication (Dig. 6,1);on s'est imaginé qu'elle tenait en pratique une place plus considérable que la revendication, car le caractère d'action fictice n'est plus qu'un mot du moment que les formules ont disparu. (Girard, p. 379, n.1).

Section III

Les autres vindicationes utiles.

En nombre assez grand, elles sont énumérées par Girard (P. 373, n. 1 Cf. Collinet, Etudes, I,p.174 et suiv.)

Elles datent de l'époque byzantine.

Pour la propriété provinciale, elle est sanctionnée par une revendication utile (Fr. Vat. 316). La date de la Publicienne utile du Dig. 6,2,12,2, est discutée. (V. Girard, p. 379-380).

Source : BIU Cujas

Section IV

Les actions négatoire et prohibitoire

Le propriétaire quiritaire a les actions négatoire et prohibitoire dans le cas où un tiers prétend avoir sur un fonds un droit de servitude.

§ I - Action négatoire.

Action négatoire permettant au propriétaire d'établir que son fonds n'est pas grevé de servitude.

Primus prétend avoir un droit de servitude sur le fonds de Secundus : il peut intenter l'action confessoire, sanction de la servitude, si Secundus le lui conteste. Mais Secundus peut prendre les devants et intenter un procès contre Primus, dans lequel il prétendra que Primus n'a pas le droit de servitude, que son fonds est libre (uti optimus maximus). C'est l'action négatoire.

Difficulté de preuve.

Cette action offre une difficulté quant à la preuve. Faut-il que le demandeur prouve l'inexistence de la servitude ? Mais comment prouver un fait négatif ? Ou, au contraire, le fait que le demandeur nie suffit-il pour renverser la preuve, et Primus sera-t-il obligé de prouver qu'il a le droit de servitude ? C'est là une preuve positive. La question est controversée. (V. Girard, p. 374, n.4)

§ 2 - Action prohibitoire.

Action prohibitoire pour défendre à quelqu'un l'exercice d'une servitude.

L'action prohibitoire est celle par laquelle le propriétaire défend à quelqu'un d'exercer une servitude sur son fonds. C'est l'application de ce qu'on appelle l'exercice du jus prohibendi.

Cette action a donné lieu à des grandes difficultés, et on a même contesté son existence. (V. Girard, p. 373, n. 3).

Section V

Actions personnelles.

Le propriétaire a également à sa disposition des actions personnelles : en cas de vol, l'actio Furti et la condictio furtiva ; en cas de dommage à sa chose, l'action Legis Aquiliae ; l'action ad exhibendum ; l'action de tigno juncto.

Source : BIU Cujas

Chapitre II

SANCTION DES SERVITUDES.

Sanction des servitudes par l'action dite confessoire.

Les servitudes romaines civiles sont sanctionnées par l'action confessoire, par laquelle le titulaire de la servitude agit contre celui qui se refuse à lui laisser exercer sa servitude. Le nom de l'action confessoire est probablement une imagination byzantine équivalant à vindicatio servitutis ou usufructus.

S'il s'agit de servitudes honoraires, il existe une action confessoire utile, peut-être de création byzantine.

Chapitre III

SANCTIONS DES AUTRES DROITS REELS.

La superficie est sanctionnée par l'interdit de superficie et aussi par une action in factum.

La conductio agri vectigalis est sanctionnée par des interdits possessoires et par une action réelle.

L'emphytéose est sanctionnée par une action personnelle, la condictio ex lege.

L'hypothèque est sanctionnée par une action réelle prétorienne in factum, appelée quasi serviana ou hypothecaria.(V. IIème Année).

TITRE V

L A P O S S E S S I O N (1)

Définition.

Qu'est-ce que la possession ?

La possession est un fait : c'est l'ensemble des

---

(1) Bibliographie en dehors des Manuels :
Vermond : Théorie générale sur la possession en Droit Romain, 1895.
Cornil : La possession dans le Droit Romain, 1905.

Source : BIU Cujas

La possession est un fait : c'est la manifestation extérieure d'un droit.

actes extérieurs qui manifestent l'exercice d'un droit.

La possession (de potis sedere) s'applique en Droit Romain classique soit à la propriété, soit aux servitudes, soit à l'hérédité, soit à l'état des personnes.

Un individu qui fait les actes extérieurs de propriétaire est un "possesseur" ; l'individu qui exerce une servitude possède la servitude : celui qui se comporte comme un héritier sur les choses laissées par le défunt est un possesseur de l'hérédité ; celui qui se comporte comme un citoyen, un homme libre, un affranchi, a "la possession d'état".

Elle peut être jointe au droit ou en être séparée.

La possession peut être jointe au droit lui-même. Exemple : le propriétaire habite sa maison ; il est à la fois propriétaire en droit et possesseur en fait. Il peut se faire aussi que les choses soient séparées : Ex. je suis propriétaire d'une chose, mais elle est possédée par un autre qui est possesseur de bonne ou de mauvaise foi.

Originairement, le fait de la possession ne produisait pas d'effets juridiques. Mais de bonne heure, elle a eu des conséquences juridiques au point de vue de l'usucapion de la transmission de la propriété.

La possession étant un pur fait ne produisait pas à l'origine de conséquences juridiques, le Droit ne se préoccupant pas des faits. En conséquence, si le possesseur venait à perdre la possession de la chose, il n'avait aucun droit à la réclamer.

Cependant, dès les temps les plus antiques, et bien qu'il n'y eût pas de sanction à la possession, elle joua son rôle dans le Droit. Ceci n'est pas extraordinaire, les faits peuvent bien n'être pas reconnus par le droit et cependant jouer un rôle dans le Droit. Ainsi : la possession servait de base à l'occupation, à la tradition et à l'usucapion.

Histoire sommaire de la possession.

M. Albertario, qui a fait une étude spéciale de la question, résume ainsi les grandes lignes de l'évolution de la possession, en trois étapes : 1°- A l'époque ancienne et républicaine (préclassique), la possession est désignée par des termes variés, et de même nature en droit public (ager publicus) et en droit privé ; elle est une souveraineté de fait, illimitée ou limitée dans le temps selon les cas ; 2°- à l'époque classique, la possession de l'ager publicus, s'étant transformée en dominium, la possession limitée ou révocable est réduite à quelques cas (précaire, gage, séquestre) et s'oppose à la vraie possession (civilis) qui conduit à l'usucapion, tout en restant un pur fait ; à la possession s'oppose alors la détention, désignée à son tour par des termes variés ; 3°- à l'époque romano-hellénique, et justinienne, la possession véritable (civilis) est la possessio bonae fidei, possession juridique dont la base est l'animus domini, à laquelle s'oppose la possession de fait dénommée possessio naturalis, corpo-

Source : BIU Cujas

ralis, etc...

Importance du fait de la sanction de la possession par le préteur (interdits).

Dans quelle matière et à quelle occasion les Romains ont-ils commencé à reconnaître la possession pour elle-même ? Dès la fin de la République, le préteur a reconnu une sanction de la possession et dès ce jour, il y a eu un droit de la possession (il n'y a pas de sanction sans droit à la base). La sanction fut donnée sous la forme d'interdits possessoires (qui ne sont pas des actions, mais des voies de droit).

Puis, les Romains se trouvèrent dans la nécessité de faire l'analyse de la possession, probablement au Ier siècle de l'Empire et ils y découvrirent deux éléments : le corpus et l'animus - on emploie encore ces termes aujourd'hui.

Les effets attachés à la possession conduisent les jurisconsultes à en faire l'analyse en deux éléments 1°- le corpus.

2°- L'animus.

1°- Le Corpus, c'est l'élément matériel de la possession, le fait d'avoir la chose à sa disposition : Exemple, quand j'habite ma maison, je puis entrer sortir, etc ; je l'ai à ma disposition.

2°- L'animus sur lequel, on le verra, règnent des difficultés, c'est l'élément intentionnel, la volonté d'avoir la chose à sa disposition. Les jurisconsultes et en particulier Paul, qui semble s'être attaché à l'analyse de la possession, déclarent que l'acquisition ne peut se faire que par la conjonction des deux éléments : le corpus et l'animus ; pour acquérir la possession et aussi pour la conserver, il faut avoir le corpus et l'animus ; et, à l'inverse, si l'on perd un de ces éléments, la possession est perdue.

L'histoire de la possession met en évidence la décadence de l'élément matériel d'abord prépondérant au profit de l'importance croissante attachée à l'élément intentionnel.

A l'origine, l'élément prépondérant a été le corpus, l'élément matériel, et cela se comprend, parce qu'il est le seul visible et que chez les peuples peu avancés, on ne connaît que les éléments visibles et matériels du droit ; Aquilius Gallus, à l'extrême fin de la République, éprouve le besoin de définir la possession en ces termes :"la possession, c'est l'usage du fonds ou de l'édifice ; ce n'est pas le fonds ou le champ lui-même". L'élément corporel était tellement important que certains s'imaginaient que la possession, c'était le fonds lui-même : confusion qui n'est pas sans exemple en Droit Romain puisqu'il y a un mot "possessio" qui veut dire "fonds" (Dans la Loi agraire de 643 - 111 par exemple, le mot désigne les parcelles des fonds de terre).

D'autre part, le Corpus est si important que l'animus n'est pas exigé à l'origine, et pendant un certains temps, pour être possesseur.

Au Ier siècle de notre ère, des jurisconsultes déclarent qu'un pupille qui ne peut faire seul les actes d'acquisition de droit, peut acquérir seul la possession ; mais cette opinion est réfutée par Paul (Dig. 41,2,11,3) parce qu'il déclare que le pupille

Source : BIU Cujas

ne peut pas avoir l'animus.

A l'époque classique, sous l'influence des grands jurisconsultes comme Julien, Paul, c'est l'élément intentionnel qui a pris le dessus ; on verra même que cet animus s'est infiltré dans le corpus ; l'élément corpus a fini lui-même par devenir intentionnel. La définition du Corpus a été successivement celle-ci :

1°- Le fait d'avoir la chose à sa disposition matérielle (de pouvoir habiter sa maison, entrer, sortir, etc...

2°- Le fait d'avoir la chose à sa disposition juridique. Par conséquent, on pourra avoir le corpus même de choses dans lesquelles on ne peut pas entrer, qu'on ne peut pas avoir à sa disposition matérielle, mais qu'on a à sa disposition juridique.

Reprenons les deux éléments à propos de quoi on verra l'acquisition, la conservation et la perte de la possession.

Section I.

Le corpus.

Le corpus a changé de nature au fur et à mesure que la possession se pénètre d'éléments intellectuels. Voyons cette évolution et ses conséquences.

§ I - Sphère d'application de la possession.

Le corpus ne peut originairement s'appliquer qu'aux choses corporelles.

Dans la théorie originaire, la possession ne pouvait s'appliquer qu'aux choses dites corporelles, non aux res incorporales, aux jura, aux droits de créance. Quant aux servitudes, certaines d'entre elles se confondaient avec le sol sur lequel elles portaient, comme le droit de propriété et d'hérédité; et c'est ainsi qu'on pouvait usucaper les servitudes comme la propriété et l'hérédité.

Transformation dans la notion de servitude et de possession appliquée anciennement aux servitudes.

Au VIII° siècle, le corpus, qui commence à ne plus être aussi matériel ne s'applique plus aux servitudes: celles-ci ne sont plus susceptibles de possession, puisque à cette époque la Loi Scribonia abolit l'usucapion des servitudes. Elles sont devenues des jura.

Quasi possession des servitudes

Mais le corpus, par un mouvement nouveau, s'est modifié. Il devient un acte de contact juridique; et les jurisconsultes romains admettent que les servitudes pourraient être susceptibles d'une quasi-possession: ceux qui font sur une chose des actes de servitude, par exemple, de passage, sont protégés par la ju-

"Les Cours de Droit" 3, PLACE DE LA SORBONNE, 3 U Répétitions Écrites et Orales Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

sanctionnée par les interdits quasi possessoires. Conséquence de cette quasi-possession: elle permet la quasi traditio et la praescriptio des servitudes.

risprudence qui leur donne les interdits "quasi-possessoires" (Javolenus, cité, Dig. 8,1,20). La possession des servitudes peut avoir d'autres conséquences. Elle peut se constituer par quasi-tradition qui se compose de l'usus et de la patientia. On a même appliqué aux servitudes l'acquisition par la prescription.

Mais la possession ne s'est jamais étendue aux créances.

§ 2 - Acquisition du corpus.

L'acquisition du corpus, après avoir exigé une appréhension matérielle de la chose, a un caractère de moins en moins matériel, il n'est plus nécessaire de prendre la chose, il suffit qu'elle soit à la disposition de l'acquéreur.

Pour acquérir la possession, il faut avoir le corpus et l'animus.

Pendant longtemps, acquérir le corpus, cela voulait dire "faire sur la chose un acte matériel d'appropriation", saisir la chose avec ses mains, quand il s'agissait d'un meuble. Lorsqu'il y avait tradition de la chose, il fallait changer la chose de place, (loco movere), pour les meubles; s'il s'agissait des immeubles, il fallait que l'acquéreur fût introduit sur le fonds (inducere in fundum). La règle fut toujours maintenue en matière d'occupation. Quant à l'inductio in possessionem, ou inductio in fundum, elle subsista en théorie, pour la tradition, et on la retrouve dans les papyrus latins de mancipation de Ravenne au VI° siècle de notre ère. Mais en pratique s'étaient produit des changements de nature très intéressants, d'où les anciens juristes français ont tiré les diverses variétés de tradition: Le début a été le suivant: tous les meubles n'étaient pas susceptibles d'être mus; le "loco-movere" n'était pas possible, en particulier pour les meubles lourds ou volumineux. Les jurisconsultes et Labéon le premier ont dit que le corpus serait pourtant acquis sans "loco movere" du moment que l'on a placé un gardien à côté du meuble: voilà l'apparition de l'idée de disposition juridique.

Tradition longa manu.

Pour les terres, il suffit que les limites soient indiquées à l'acquéreur par l'aliénateur qui les lui montre. Pour Neratius Priscus (Dig. 41, 2,1,21), la tradition opère, non point corpore et tactu, non pas par une prise de possession de la chose, mais "oculis et affectu", "par les yeux et par la volonté" (tradition longa manu) (Javol. Dig. 46,3,79).

La remise matérielle est devenue de plus en plus rare: on admet que la tradition transfèrera la propriété dans les cas suivants (tradition symbolique).

Tradition symbolique.

1° - Si l'on remet les clefs du grenier où sont les marchandises;

2° - Si l'on autorise l'acquéreur à mettre sa marque sur un objet;

Source : BIU Cujas

3° - Si l'on remet à l'acquéreur le titre de propriété des esclaves, sans transférer les esclaves eux-mêmes;

4° -Si l'on remet à l'acquéreur un écrit qui constate le transfert du fonds. C'est ce qu'on appelle: la traditio instrumentorum, tradition de documents écrits qui constatent l'opération. (Cf. Collinet-Art. "traditio instrumentorum", Dictionnaire des Antiquités).

Tradition feinte.

La théorie s'est encore modifiée au point de vue des actes qui servent de cause à la tradition. Dans la théorie pure, la remise de la possession consistait dans la remise matérielle de la chose, dans la tradition du corpus; mais cette tradition s'est affaiblie et la remise du corpus n'a plus été matérielle, mais seulement juridique, en relation avec les actes qui servent de cause au transfert, vente, donation, mutuum. C'est la tradition feinte.

Transfert de possession sans déplacement matériel de la chose par constitut possessoire. Son application en matière de vente et de gage.

Le cas le plus célèbre de tradition feinte, c'est celui du constitut possessoire qui a conduit à l'art. 1138. Un individu possédait pour lui-même; il consent à posséder pour autrui "constituit se possessorem pro alio": d'où le nom de "constitut possessoire". (Celse Dig. 41,2,18, pr.) Par exemple, Primus, propriétaire vend sa maison à Secundus et s'entend avec lui pour rester dans la maison à titre de locataire; il y a constitut possessoire, où le jeu des volontés économise une double tradition.- Autre exemple: La mancipatio et l'in jure cessio peuvent, a-t-on vu, comporter dans certains cas, l'addition d'un pacte qu'on appelle "le pacte de fiducie" aux termes duquel l'aliénateur de la chose peut en redevenir propriétaire sous certaines conditions. Par ex.: un débiteur voulant donner un gage à un créancier lui faisait mancipation de sa maison à charge par le créancier de retransférer la maison au débiteur lorsque celui-ci aurait payé: c'est un gage de propriété. Par hypothèse, le mancipant n'a pas fait tradition de la chose: il peut en conserver la possession, soit au titre de locataire, soit au titre de précariste (Gaius, II, 60): "constituit se possessorem pro alio"; il garde la possession de la chose non plus comme possesseur pour soi-même, mais pour autrui. Dans ce cas, le constituant possède "corpore suo, animo alieno": par un contact avec la chose, mais en s'appuyant sur l'intention d'autrui. (Le contraire est la tradition brevi manu, qu'on verra avec l'animus).

Possibilité d'acquérir le corpus par l'intermédiaire d'autrui.

Là où le corpus s'est éloigné le plus de sa nature corporelle, c'est lorsque la tradition réalise un mutuum ou prêt de consommation qui rend l'emprunteur

Source : BIU Cujas

propriétaire des deniers ou des denrées empruntés. (C'est un contrat qui se forme re).

Pendant longtemps, la res s'effectuait par une tradition corporelle; les deniers étaient remis à l'emprunteur. Les Romains sont arrivés à considérer que le mutuum pouvait exister valablement sans que les deniers prêtés fussent touchés matériellement, par l'emprunteur; autrement dit: il va intervenir des opérations qui obligeront l'emprunteur, le feront devenir débiteur alors que les deniers ne seront pas transférés. Cela s'est passé par suite de l'influence économique des banquiers. Dans la société moderne, les banquiers ne font plus que des opérations sur l'argent; dans les sociétés antiques ils faisaient aussi des opérations sur les denrées. Par le fait que les banquiers interviennent dans ces opérations, une simplification s'est produite. C'est une tendance de la pratique bancaire de simplifier les opérations en les traitant par des jeux d'écriture (V. Girard, p. 543-546 et II° année).

Simplification des formes du transfert de la possession en matière bancaire pour réaliser un mutuum.

§ 3 - La représentation dans l'acquisition du corpus.

On a déjà dit quelques mots de cette théorie à propos de la tutelle, et l'on connaît la notion de la représentation.

Quelle a été la doctrine romaine en matière d'acquisition du corpus par représentation ?

Il faut distinguer deux cas:

1° - L'acquisition se fait valablement au profit d'un père de famille par ses subordonnés alieni juris, esclaves ou filii, car, d'après M. Collinet, il ne s'agit pas là d'une représentation puisque les subordonnés n'ont pas une personnalité proprement dite; quand ils agissent, c'est par prolongement de la personnalité du père de famille. C'est comme si le pater possédait lui-même;

2° - Au contraire si l'acquisition est faite per extraneam personam (par une personne sui juris: tuteur par rapport au pupille,- mandataire par rapport au mandant), la possession acquise par une extranea persona demeurait sur la tête de celle-ci (non représentation). Mais cela changea, et on arriva à permettre l'acquisition de la possession corpore alieno, le corpus étant acquis par autrui. Neratius, (Dig. 41,1, 13, pr.) l'indique à l'occasion des actes que passaient les mandataires généraux (les procuratores) et les tuteurs. La possession dont ils s'investissent

L'acquisition du corpus peut se réaliser par l'intermédiaire:
1°- d'une personne en puissance au profit du paterfamilias.

2°- d'une extranea persona, car on peut acquérir le corpus alieno corpore.

Source : BIU Cujas

est acquise d'après Neratius, soit aux maîtres, soit aux pupilles. Au contraire, pour les procuratores spéciaux, et en particulier pour les mandataires proprement dits, les choses n'ont pas été aussi vite; vers 155 la possession n'est pas acquise au mandant, d'après Gaius (Inst. 2,95); mais à la fin du 2ème siècle de notre ère, la question était résolue dans le sens de la représentation. (Modestin, Dig. 41,1, 53). - En règle générale, l'acquisition de la possession peut se faire par représentant, corpore alieno, à une condition c'est que l'intéressé, le représenté, ait la volonté d'acquérir: "corpore alieno, sed animo suo". La conséquence, c'est que le représenté devient débiteur des deniers reçus en prêt et qui avaient été versés à son représentant (V. IIe année).

Mais il faut que l'intéressé ait lui-même l'animus. On acquiert "l'animo suo sed corpore alieno".

§ 4 - Conservation et perte du corpus.

En principe pour conserver la possession il faut garder le corpus et l'animus.

La possession se perd lorsqu'on perd le corpus et l'animus ensemble, ou un seul des éléments sans l'autre. Il est très rare que l'on perde le corpus sans l'animus. Le cas normal, c'est celui où l'on perd les deux à la fois par exemple; la mort, la destruction de la chose, l'abandon de la chose, la perte de la chose. De même, en aliénant la chose, je perds tout contact avec elle et toute intention de la posséder.

Pour conserver la possession, il faut conserver les deux éléments.

Pour la conservation du corpus, voici l'évolution qui s'est faite: il faut distinguer les meubles et les immeubles.

En principe la conservation du corpus exige que l'on ait la chose à sa disposition matérielle.

En principe, la possession des meubles ne se conserve que si on les a à sa disposition matérielle. Mais les Romains ne tirent pas des principes des conclusions exagérées; et par exemple, ils admettent que si un esclave voyage pour le compte de son maître, celui-ci en conserve toujours la possession bien qu'il ne puisse le toucher; - au contraire, la possession serait perdue pour le maître si un tiers s'en était emparé. Pour les animaux domestiques, tant qu'ils sont autour de la maison, dans les champs avec esprit de retour, la théorie est la même: mais si quelqu'un s'en empare la propriété est perdue pour le propriétaire. Pour les animaux sauvages, il n'en est pas ainsi: ils n'ont pas l'esprit de retour et la possession est perdue dès que l'animal sauvage est parti.

Certains cas étaient plus difficiles à résoudre et soulevaient de véritables controverses: si on abandonne un meuble sur la voie publique (théorie de

Source : BIU Cujas

la derelictio), à quel moment, perd-on la possession ?- Les uns voulaient que la possession fût perdue à ce moment; d'autres au moment ou quelqu'un s'en emparait. L'intérêt était celui-ci: si l'individu qui avait abandonné sa chose, changeait d'avis et la reprenait, était-ce la possession ancienne qui continuait ou était-ce une possession nouvelle qui commençait ? Etait-ce une nouvelle usucapion qui commençait ?

Pour les immeubles, les textes les plus importants sont celui de Proculus (Paul, Dig. 41,7,2) et Institutes (2,1,47).

Quant aux immeubles, bien qu'on n'en ait pas le corpus on peut en garder la possession par cela seul qu'on conserve l'animus (Saltus aestivi hibernique).

Il pouvait se faire que l'abandon de la possession durât un certain temps; et la question se soulevait dans les pays d'Italie, en particulier à propos des pâturages: l'hiver, on ramène les troupeaux dans la plaine, l'été, on les mène dans la montagne; c'est ce qu'on appelle la transhumance. La possession des pâturages (saltus aestivi et hiberni) était-elle perdue ? Non, attendu que cela résultait de l'usage des lieux et que le propriétaire ne pouvait pas posséder les pâturages de la montagne pendant l'hiver, puisqu'ils étaient sous la neige, et pendant l'été, les pâturages de la plaine, à cause du manque d'herbe.

L'extension du régime des saltus à tous les immeubles quels qu'ils soient fut proposée, au 1er siècle de notre ère, par Proculus, contre Gaius qui était un conservateur, un provincial. Justinien a adopté la thèse de Proculus (Comparer les Institutes de Justinien 4,15,5, avec Gaius, 4,153).

Ainsi on peut posséder par l'intermédiaire d'un détenteur (locataire par ex:) corpore alieno.

Pour conserver la possession, il suffisait que le possesseur ne perdît pas le corpus et l'animus: et on est arrivé à déclarer qu'il pouvait perdre le corpus, pourvu qu'il ne perdît pas l'animus: il peut faire tenir la chose par autrui, par un détenteur, un locataire, un précariste; et toutes les fois qu'il y a détention de la chose "corpore alieno" pourvu que l'intention du possesseur (animo suo) soit toujours la même, la possession est conservée pour le possesseur.

Si le détenteur perd le corpus, celui pour le compte de qui il détenait perd-il la possession ?

La complication se produit lorsque le détenteur perd le corpus volontairement ou non. Exemple: le locataire se trouve dépouillé de la chose: le propriétaire perd-il la possession ?

Il faut distinguer: si le locataire abandonne lui-même le fonds, ou s'il en est chassé par quelqu'un.

Certains jurisconsultes Romains admettaient que la perte de la possession se produisait immédiatement, parce que le corpus n'existait plus;- les autres admettaient que, malgré la perte du corpus, la possession continuait parce que l'animus du propriétaire continuait,- à moins qu'une autre personne ne se fût empa-

Source : BIU Cujas

rée de la chose; alors l'animus du propriétaire se trouvait contrarié par l'animus du tiers et la possession cessait. Justinien a admis cette conception (Code 7,32,12).

Si le détenteur cédait la chose à une autre personne, bien que n'en ayant pas le droit (il ne s'agit pas là de sous-location, ni de cession de bail), le propriétaire perd la possession.

Section II

L'animus.

C'est l'élément intentionnel, la volonté de posséder, d'avoir la chose à sa disposition.

L'animus a pris une importance de plus en plus considérable en Droit Romain, et est devenu l'élément essentiel.

§ I - Acquisition de l'animus.

L'acquisition de l'animus exigeant la volonté n'est pas possible pour ceux qui en manquent.

L'animus est nécessaire pour acquérir la possession.

Ne peuvent acquérir la possession ceux qui ne peuvent avoir de volonté: l'infans, le fou. Cependant, l'infans peut recevoir une traditio à titre de donation: on favorise l'enfant parce que c'est son intérêt de recevoir une chose à titre gratuit. De même, l'animus ne s'acquiert pas pour autrui: il n'y a pas acquisition animo alieno. Cependant la possession est acquise à l'infans par son tuteur; au pupille par le tuteur; au mineur par le curateur; aux Cités par l'administrateur (Inst. 2.9.5.).

En principe, l'acquisition de l'animus exige la volonté personnelle de l'intéressé. On ne peut donc l'acquérir pour un tiers.

En principe, il faut la volonté du représenté; et par exemple, en matière de mandat, il faut que le mandant veuille acquérir la possession; il faut également que le mandataire consente à acquérir le corpus pour le mandant: Si le mandataire a la volonté d'acquérir pour lui-même, il y a controverse entre les jurisconsultes: Julien admet que la possession ne sera pas acquise; Ulpien admet le contraire (Dig. 41,1, 37,6).

§ 2 - La conservation de l'animus.

On peut conserver la possession par le simple animus par le corpus

Il est nécessaire de conserver l'animus pour maintenir la possession. Dans le cas où il y aurait possession pour autrui (précariste, locataire), la possession est conservée par le propriétaire qui possède animo suo, corpore alieno. Si le locataire vou-

Source : BIU Cujas

d'autrui.

Celui qui possède pour le compte d'autrui ne peut transformer, par sa seule volonté, sa détention en possession. Tradition brevi manu.

lait posséder pour lui-même, son acte serait nul et le possesseur continuerait à posséder : c'est une règle du Droit romain; une personne ne peut changer à soi-même son titre de possesseur: "Nemo sibi causam possessionis mutare potest". (On s'est demandé d'où venait la règle).

Au contraire, la règle n'aurait pas d'application si le possesseur et le détenteur étaient d'accord pour que la "causa possessionis" change. Exemple: un locataire achète la maison: il l'habitera à titre de propriétaire: sa causa possessionis est changée valablement (c'est l'hypothèse inverse du constitut possessoire; c'est une tradition brevi manu).

§ 3 - La perte de l'animus.

En cas de constitut possessoire le possesseur perd l'animus tout en gardant le corpus.

La perte de l'animus, sans celle du corpus, est un cas exceptionnel. Il faut supposer que le possesseur perde la volonté de posséder sans perdre le corpus: il n'y a qu'un cas pratique, c'est le constitut possessoire. Le possesseur conserve la chose, mais non plus au même titre; par conséquent, il a changé d'animus; il possède comme détenteur (locataire, précariste).

La question la plus importante qui se pose à propos de l'animus est celle de savoir exactement ce qu'est l'animus . On le verra bientôt.

Section III

De la protection possessoire.

Sanction prétorienne de la possession les interdits possessoires.

La protection possessoire, dans le cas où le possesseur perdrait sa chose, est assurée par des interdits possessoires (aujourd'hui actions possessoires, déférées au juge de paix.)

Les interdits possessoires, au nombre de 5, se divisent de la manière suivante.

1°) Interdits retinendae possessionis causa: uti possidetis (immeubles), uti utrubi (meubles).

1°) Les interdits qui sont destinés à conserver la possession: les interdits retinendae possessionis causa;

a) pour les meubles: l'interdit utrubi.

b) pour les immeubles: l'interdit uti possidetis.

Ces mots sont empruntés à l'édit du préteur: L'édit relatif aux meubles commence par le mot "Utrubi" celui relatif aux immeubles, par "Uti", et un peu plus loin on trouve "possidetis".

Caractère prohibitoire de

Ces deux interdits, destinés à conserver la possession mobilière et immobilière sont des interdits

Source : BIU Cujas

ces interdits.

prohibitoires: le préteur déclare dans ses Edits: "Je défends de faire violence à celui qui possède le meuble....ou à celui qui possède l'immeuble".

Il faut savoir que l'interdit utrubi fait triompher celui des deux plaideurs qui a possédé pendant la plus grande partie de l'année que l'on compte en remontant, à partir de la litis contestatio, jusqu'au commencement de la possession: d'où l'intérêt qu'il y a pour un litigant à joindre la possession de son auteur avec la sienne propre; la théorie de l'accession des possessions pour le calcul de la durée de la possession a passé dans la praescriptio longi possessionis, et de cette théorie dans l'usucapion, sous Justinien.

De l'accession des possessions en matière d'interdit.

Dans l'interdit uti possidetis, le juge devra considérer quel est celui qui possède par rapport à l'autre: au moment de la litis contestatio.

Vices de la possession empêchant le triomphe de l'interdit: il ne faut pas que la possession soit vi, clam, precario.

Ces interdits échoueraient si le possesseur avait commencé sa possession: vi - clam aut precario: par la violence, clandestinement ou avec le titre précaire.

2°) Interdits récuparétoires:

2° - Deux autres interdits sont des interdits "recuperandae possessionis causa", destinés à faire recouvrer la possession à ceux qui l'ont perdue, (tandis que les deux premiers supposent une contestation de possession:)

L'interdit unde vi et l'interdit de precario.

I. unde vi.

c) L'interdit unde vi suppose, comme l'indique l'Edit du préteur, une violence (vi indique que l'expulsion a eu lieu d'une façon violente). Cet interdit a deux aspects suivant qu'il s'agit de "vis cottidiana" "la violence ordinaire" ou de "vis armata", ou violence exercée par une bande de gens armés.

I. de precario.

d) L'interdit "de precario", est un interdit spécial qui se rapporte à la convention de précaire. Ils sont dits restitutoires: le préteur ordonne à celui qui a dépossédé de restituer la chose.

I. de clandestina possessione.

e) Enfin, le 5° interdit est: l'interdit de clandestina possessione de l'existence duquel on n'est même pas bien assuré.

Quels sont ceux qui ont droit à ces interdits, nous allons le voir en distinguant les possesseurs et les détenteurs.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

Section IV

Possesseurs et détenteurs.

Distinction entre le possesseur et le détenteur.

En fait, tous ceux qui font des actes extérieurs d'usage sur la chose, sont des possesseurs. En droit, les Romains, et les modernes distinguent deux grandes catégories de possesseurs: les uns qui sont de vrais possesseurs au sens strict, et les autres qui sont seulement des possesseurs de fait, des "détenteurs".

Les 7 classes de possesseurs.

Les textes du Droit Romain nous disent qu'il y a 7 classes de possesseurs:

1° - Le propriétaire qui a la chose à sa disposition (même quand il l'a louée).

2° - Le possesseur " de bonne foi", celui qui se croit devenu propriétaire à la suite d'une acquisition inopérante.

3° - Le possesseur de "mauvaise foi" (par ex. le voleur) qui est possesseur, bien qu'il ait su que la chose appartenait à autrui.

4° - Le créancier-gagiste, à qui son débiteur a remis un gage pour garantir la dette.

5° - Le précariste, celui qui a reçu un immeuble à précaire.

6° - Le dépositaire sequestre qui garde une chose litigieuse en attendant que le procès soit tranché.

7° - Le conducteur de l'ager vectigalis, locataire à long terme de l'état, auquel est assimilé l'emphytéote.

Les détenteurs.

Les détenteurs sont au nombre de quatre:

1° - Le locataire ou le fermier à court terme.

2° - Le dépositaire ordinaire.

3° - Le commodataire (ou emprunteur à usage).

4° - L'usufruitier.

Quel est le criterium qui distingue le possesseur du détenteur ?

La possibilité d'établir un criterium général de distinction entre possesseurs et détenteurs.

Généralement, on se demande pourquoi il y a des possesseurs et des détenteurs. Autrement dit, on prend le mot "possesseur" dans toute son étendue. C'est une méthode déplorable qui n'a servi qu'à embrouiller la question, méthode contre laquelle on n'a pas assez réagi. Cependant, M. Cuq, dans son Manuel, a su parfaitement montrer qu'il y avait lieu de distinguer les intérêts divers de la possession et qu'il fallait maintenir la distinction qu'on vient de faire sur le terrain étroit de la sanction.

Systèmes théoriques sur la

Il faut se garder des systèmes. Rien de plus dangereux qu'eux: Il y en a eu de nombreux sur la posses

Source : BIU Cujas

distinction de la possession et de la détention.

sion. Deux se sont heurtés avec vigueur: d'une part, le système de Savigny; d'autre part, le système de Ihering, la théorie subjective et la théorie objective (1).

1°) Théorie subjective de Savigny.

1° - Le possesseur, pour Savigny, c'est celui qui a à la fois le corpus et l'animus. Le détenteur c'est celui qui a le corpus sans l'animus. Mais qu'est-ce que l'animus ? - c'est la volonté de posséder pour soi-même "volonté de se comporter en maître sur la chose" (animus domini). Par conséquent, le système est mathématique et très simple quand on examine la théorie superficiellement.

Exemple: le possesseur de bonne foi a bien la volonté de se comporter en maître puisqu'il a la volonté d'acquérir la chose; de même le voleur.

Mais ce système n'explique pas pourquoi le gagiste, le séquestre ont les interdits bien que n'ayant pas l'animus domini.

Le locataire détient la chose: il exerce certains droits du propriétaire, il habite la maison, mais il n'a pas la volonté d'être propriétaire; par conséquent, sa situation n'est pas la même que celle du possesseur. Mais quid quand il s'agit du créancier gagiste ? Le créancier gagiste a la possession: a-t-il la volonté de se comporter en maître ? A-t-il la volonté de conserver le gage pour lui-même ?

Le séquestre, a-t-il la volonté de se comporter comme propriétaire ? - non, il sait très bien que le jour où le jugement sera rendu, il devra rendre les choses. Le précariste devra rendre la chose.

Pourquoi ces personnes ont-elles la possession ? Savigny répond à cela: ils ont un animus délégué: c'est celui du propriétaire, et c'est pourquoi ils sont possesseurs. - Comme la théorie de la possession du D.R. est très embrouillée, il a trouvé des textes (surtout de Paul) pour étayer sa thèse (2).

2°- Théorie objective de Ihering.

2° - Ihering a déclaré ceci: Un locataire a un animus, absolument comme un propriétaire ou comme un possesseur. Il a le corpus et un animus, mais ce n'est pas le même que celui du propriétaire; et le système subjectif de Savigny est tombé devant les objections très sérieuses de Ihering.

Ihering a trouvé des textes pour soutenir sa thèse et pour montrer qu'il y avait un animus chez le locataire, chez le fils de famille, etc,... (3). Mais sa théorie est également trop absolue et des auteurs ont essayé de substituer un autre système à celui-ci. (Cornil, Saleilles, Vermond). Pour sortir de ces dif-

---

(1) V. Girard, p. 291-293; J. Duquesne, Thèse, Paris, 1898.
(2) Ce système a été accepté par le C. Civ. et les Codes qui l'imitent.
(3) Son système est passé dans le C. Civ. allemand et surtout Suisse.

Source : BIU Cujas

Impossibilité de déterminer un criterium général de distinction entre possession et détention. Nécessité d'étudier la question aux différents points de vue auxquels se rattache la possession: 1°) Au point de vue de la sanction: les interdits ont été créés pour protéger à travers la possession car généralement le possesseur est le propriétaire. Avantage de la voie possessoire sur la voie pétitoire. Extension de l'interdit du propriétaire au possesseur sans distinguer s'il est de bonne ou de mauvaise foi. Les I. ont été également donnés au gagiste, au séquestre et au précariste pour

ficultés, le moyen, c'est de ne pas considérer la possession comme un bloc, comme une théorie unitaire c'est de considérer que les Romains ont envisagé la possession toujours d'une façon relative, suivant les intérêts différents.

Le point de vue le plus important, c'est celui de la sanction, et c'est à propos de la sanction qu'on a distingué 7 catégories de possesseurs: qui ont les interdits et 4 catégories de détenteurs qui ne les ont pas. Ihering s'est bien aperçu de cela, et il est arrivé à nous donner des idées assez claires sur ces questions. Quand on connaît l'ancien Droit, il est assez facile d'imaginer que le préteur a créé les interdits avant tout dans l'intérêt de la propriété (on le verra beaucoup mieux en étudiant la procédure). Ihering a eu raison de définir la possession (et c'est un mot qui a fait fortune). "L'ouvrage avancé de la propriété". Si le préteur protège la possession, c'est dans l'espoir, à travers la possession, de protéger la propriété, parce que, en fait, la majorité des possesseurs, ce sont des propriétaires. Or, il y a un intérêt pratique considérable à protéger la possession, et à travers elle, la propriété, parce que le pétitoire - c'est-à-dire les questions propriété - nécessite des procédures complexes et de questions de preuves délicates: le "possessoire" est beaucoup plus simple au point de vue de la procédure et surtout de la question de preuve: il suffit de prouver qu'on était possesseur à tel moment: il n'y a pas besoin de prouver qu'on était propriétaire.

Si l'on part de cette idée, on s'aperçoit que les interdits accordés au propriétaire ont été facilement étendus au possesseur de bonne foi, même au possesseur de mauvaise foi, par un raisonnement (qui n'est pas de Ihering), mais que M. Collinet croit juste: c'est qu'à l'époque où les interdits ont été créés, on ne faisait pas de distinction entre les possesseurs de bonne foi et les possesseurs de mauvaise foi.

Il est plus difficile d'expliquer pourquoi les 4 dernières espèces de possesseurs ont les interdits (1).

Le "sequestre" a une possession concédée, et il a des interdits pour défendre cette possession, parce que s'il ne les avait pas, il ne pourrait pas remplir son rôle. En effet, on suppose qu'une des parties prenne la chose,- le sequestre, s'il n'avait pas les interdits ne pourrait pas la reprendre. Il faut qu'il ait la possession dans l'intérêt même des contestants.

(1) V. Cuq, N.R.H., 1894, p. 5 et suiv.

Source : BIU Cujas

une raison d'utilité pratique.

Ils ont été donnés enfin au locataire agri vectigalis et à l'emphytéote parce que le propriétaire ne pourrait pas utilement les défendre.

Le "gagiste", le "précariste" doivent aussi avoir les interdits comme moyen d'attaque contre les tiers qui voudraient les dépouiller de la possession.

Le locataire à long terme de l'ager vectigalis et l'emphytéote ont besoin des interdits, parce que le propriétaire qui a donné la terre à long terme se désintéresse de cette terre et qu'il serait véritablement extraordinaire qu'on eût à s'adresser à lui s'il y avait une contestation sur la possession de la chose.

Voilà les raisons particulières au séquestre, au créancier-gagiste, au précariste, au conductor agri vectigalis, à l'emphytéote qui ont été déterminées par M. Cuq, et qui paraissent très satisfaisantes.

Pourquoi les détenteurs n'ont pas les interdits.

Quant aux 4 catégories de détenteurs, ils n'ont pas les interdits, (ils ont seulement l'action personnelle d'injures), non pas, dit Ihering, parce qu'ils n'ont pas l'animus de posséder, mais parce qu'il intervient un facteur qui les empêche d'avoir les interdits (facteur conventionnel, s'il s'agit de ces détenteurs, facteur légal, s'il s'agit du fils de famille;) ce facteur, c'est le pouvoir dominant du propriétaire qui reste possesseur et qui a intérêt à garder les interdits (1).

2°- Opposition faite par les textes entre celui qui possède avec celui qui a une situation de pur fait "qui in possessione est". Qualification de justa donnée par certains textes à la possession ad interdicta, sans toutefois que cette possession soit justa au point de vue de l'usucapion.

Pour finir, voyons par quels termes les textes désignent, d'une part, la possession, de l'autre, la non-possession, dans les différentes applications de la possession. En ce qui concerne la possession "ad interdicta", ils opposent les possesseurs (ceux qui possèdent), aux autres, que nous appelons "détenteurs" (qui ne possèdent pas "non possident" ou qui "in possessione sunt").

D'autre part, certains textes disent que les possesseurs "ad interdicta", ont une possession justa, légale, fondée sur le droit. Mais il est impossible d'arriver à une théorie absolue: si l'on se place en face de la possession "ad usucapionem", le possesseur de mauvaise foi, le voleur, le créancier-gagiste, le précariste ont les interdits, mais n'arriveront jamais à l'usucapion; seuls les possesseurs de bonne foi peuvent arriver à l'usucapion. Donc, il faut considérer aussi une possession "justa ad usucapionem", celle qui est fondée sur une causa possessionis.

Enfin, on trouve une autre expression en matière d'usucapion; les textes disent que celui qui usucape a la possession "civilis", la possession de droit,

(1) La formule de la distinction entre possession et détention serait, suivant Savigny: P = C + A; D = C; suivant Ihering: P = C + A; D = (C + A) - F.

Source : BIU Cujas

Opposition entre la possessio civilis et la possessio naturalis.

c'est la même chose que la possession "justa". Ceux qui ne peuvent pas usucaper, ont une possession dite "naturalis", ou "corporalis". C'est le cas de l'esclave dont la condition est reconnue seulement par le droit naturel. (De même le fils de famille, le colonus, le dépositaire).- Mais, comme on l'a vu au début, "possessio civilis" avait changé de sens et désignait sous Justinien la "possession de bonne foi". "Civilis" et "naturalis" correspondent aux mots grecs "ennomos" et "physicos".

4ème PARTIE

LE DROIT DES SUCCESSIONS.

LEGS - FIDEICOMMIS.

Définition de la succession.

La matière de la succession nous place en face d'idées tout à fait nouvelles. On a considéré dans la précédente partie les droits réels, qui sont des droits à titre particulier; on va étudier ici d'abord et longuement, les successions, c'est-à-dire des modes d'acquisition du patrimoine à titre universel et à cause de mort; les legs et les fideicommis sont des modes d'acquisition à titre particulier et à cause de mort (Cf. la donation mortis causa).

La succession n'est pas à Rome, le seul mode d'acquisition à titre universel.

Aujourd'hui, la succession est le seul procédé de transmission du patrimoine à titre universel, dans son ensemble, avec ses droits actifs et ses charges.

Au contraire, chez les Romains, l'acquisition du patrimoine à titre universel se produit non seulement à cause de mort en matière de succession, mais encore entre vifs, le "Précis de Droit romain" d'Accarias (tome 1 p. 830) énumère 11 cas. Les plus importants sont: La succession civile (hereditas), la succession prétorienne (bonorum possessio), la faillite (bonorum venditio).

Différences des modes d'acquisition universels avec les modes à titre particulier.

Plusieurs différences séparent les caractères, les conditions, les effets de l'acquisition à titre universel, de ceux de l'acquisition à titre particulier.

1°) L'acquisition à titre particulier entre vifs ne peut se réaliser que par des procédés juridiques: mancipatio, in jure cessio, tradition. L'acqui-

Source : BIU Cujas

1°) Elle a lieu ipso facto sans qu'il soit besoin de recourir à un procédé déterminé.

sition à titre universel s'opère d'elle-même, ipso facto, spécialement dans le cas de succession, par le fait de la mort. C'est ce qu'on exprimait dans le Droit Coutumier français dans une formule très frappante "le mort saisit le vif, son hoir le plus proche, habile à lui succéder", c'est la théorie de la saisine, dont les sources sont assez difficiles à dégager, mais ne sont pas romaines.

Pourquoi l'acquisition à cause de mort s'opère-t-elle ipso facto ? Cela tient à la nature de l'hérédité primitive que nous préciserons.

2°) L'acquéreur universel est tenu des dettes, à la différence de l'acquéreur à titre particulier.

2° - L'acquéreur à titre particulier, l'acheteur, par exemple, n'est en aucune manière tenu des dettes de l'aliénateur, du vendeur, ni même de la part de dette - si l'on peut dire - que représente le bien vendu.

L'acquéreur à titre universel, au contraire, acquiert par définition, le patrimoine tout entier, donc les charges passives comme les droits actifs. En ce qui touche l'hérédité, on exprime cette idée en disant: l'héritier est un successeur à la personne juridique du défunt dans son ensemble, à l'universum jus defuncti: Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuerit", dit Julien (Dig. 50,17,62) suivi par Gaius (Dig. 50,16,24). (L'héritier est même tenu des dettes ultra vires).

Définition de l'hereditas.

Pourtant, hereditas et successio, termes aujourd'hui confondus, ne sont pas synonymes.

En attendant de montrer plus tard comment l'idée de successio est née en droit romain, il faut insister sur la question capitale de la notion distincte de l'hereditas.

Succession ab intestat et succession testamentaire.

Les Romains, à la différence des modernes, ont connu deux sortes de successions: 1° - la succession ab intestat, fondée sur la parenté, soit civile (hérédité ab intestat, ou légitime, c'est-à-dire venant de la loi des XII Tables), soit prétorienne (bon. possessiones ab intestat); 2° - la succession testamentaire, fondée sur la volonté du défunt, soit en droit civil (hérédité), soit en droit prétorien (bon. poss.).- Celle-ci n'existe plus en droit moderne: elle est remplacée par le legs universel.

Nature de l'hereditas.

Il n'est pas douteux que l'hérédité ab int. soit antérieure à l'hérédité testamentaire, c'est la leçon du bon sens et du Droit antique comparé. Il faut donc tout de suite rejeter la théorie de P. Bonfante (1), qui a eu beaucoup de succès et qui prétend que la notion de l'hereditas est née dans le testament,

(1) V. spécialement son Corso, Vol. VI.

Source : BIU Cujas

parce que, dit-il, elle n'est pas autre chose que la souveraineté politique attribuée par la volonté du p.f. à l'héritier. Cette hypothèse a été combattue déjà (1). M. Collinet pense que l'hereditas n'a rien de commun avec la souveraineté politique: étymologiquement, heres a la même racine que herus, "maître" au sens de propriétaire. L'heres primitif est l'enfant du défunt qui recueille, après lui, les biens de la domus (v. plus loin, les sui heredes). L'hereditas est née de la succession ab intestat; son fondement est naturel. Elle peut se définir "le titre d'héritier". La base de l'hereditas n'est donc pas politique; elle est patrimoniale; elle n'est même pas dans les sacra, le culte des Mânes. Une preuve décisive contre Bonfante est que la dévolution des droits extra-patrimoniaux (operae liberti, jus sepulchri, etc,...) ne correspond pas à la dévolution du patrimoine (2).

Différences entre le patrimoine et l'hereditas: celle-ci est une universalité et une res incorporalis.

Trois différences considérables séparent le patrimoine et l'hereditas. 1°) Le premier ne constitue pas, en droit moderne encore, une universalité (V. Supra); la seconde constitue une universalité. Peu importe que cette notion n'apparaisse qu'au III° siècle, chez Vopiscus, et ne se soit affirmée qu'au Bas-Empire par opposition à la succession à titre particulier, (d'où des interpolations, qu'on retrouvera plus loin); l'idée est bien classique: l'universitas est caractérisée, on l'a vu, par le lien intime entre l'actif et le passif; ce caractère est indiqué, pour l'hereditas, par Gaius (II,I,84), à propos des effets de la capitis deminutio (V. Supra).

2° - La conséquence est qu'aujourd'hui encore, elle est sanctionnée par une action universelle: la pétition d'hérédité (hereditatis petitio) alors que le patrimoine ne l'est pas.

3° - L'hereditas est aussi, à la différence du patrimoine, une res et une res incorporalis, distincte des choses corporelles qui la composent (Gaius, II, 14).

Les legs et fideicommis sont des modes à titre particulier.

Voilà les idées générales sur l'hereditas; on ne les retrouvera pas à propos du legs et du fideicommis. Ces deux derniers modes sont des modes d'acquisition à titre particulier. L'idée moderne d'un legs universel, qui comporte obligation aux dettes ultra vires et qui répond à la succession testamentaire romaine, n'est pas une conception romaine; elle est purement française.

---

(1) V. P. Collinet, Cours de Droit rom. approf. 1930-1931, utilisé par R. Monier, t.I, p. 534 et s.
(2) Les élèves de M. Collinet se sont attachés à cette question; V. la thèse (citée) de J. Lambert et un article(en préparation) de Melle Budelot.

Source : BIU Cujas

TITRE Ier

LA SUCCESSION AB INTESTAT OU LEGITIME.

Cette succession est légitime, c'est-à-dire fondée sur la Loi ou plutôt sur la parenté déterminée par la Loi.

La succession ab intestat ou légitime est fondée sur la Loi "ab intestat", mot latino-français - vient de "ab intestato" : hérédité laissée par une personne sans testament. Le défunt s'appelle fréquemment - et encore aujourd'hui - le "de cujus". C'est le "de cujus hereditate agitur". L'homme de la succession duquel il s'agit. On l'appelle aussi "l'auteur", le bénéficiaire; c'est l'héritier, le successeur, l'ayant-cause, l'ayant-droit.

La succession ab intestat repose sur la Loi ; c'est-à-dire en réalité sur la parenté.

Aujourd'hui, on ne peut être successeur ab intestat de quelqu'un que si l'on est son parent : en Droit Romain, il en était déjà ainsi, mais, en plus, on pouvait devenir successeur ab intestat de quelqu'un sans être son parent (et ceci est particulier au Droit Romain).

Les trois cas de succession ab intestat à Rome.

En Droit Romain, on était successeur ab intestat dans trois cas :

1°- Lorsqu'on venait à la succession comme parent.

2°- Lorsqu'on devenait héritier par usucapion (théorie de l'usucapio pro herede).

3°- Lorsqu'on était cessionnaire de l'hérédité, cession qui se faisait par voie d'in jure cessio hereditatis. (Ce sont des choses dont on n'a plus idée aujourd'hui).

Source : BIU Cujas

Chapitre Ier

LA SUCCESSION FONDEE SUR LA PARENTE.

Antériorité sur la succession testamentaire, de la succession fondée sur la parenté.

C'est la plus ancienne, attendu qu'elle est fondée sur la parenté , c'est-à-dire sur la famille et que celle-ci est une institution tout à fait primitive.

La succession légitime est la plus ancienne, car le testament n'a pas existé toujours et dans toutes les législations. Le testament suppose des formes, un acte de volonté qui montrent déjà une évolution du Droit. Les Germains du temps de César et de Tacite ne connaissent pas le testament ; les Romains, au contraire, le connaissent depuis les XII Tables ; la légende prétend même depuis Romulus.

Evolution du droit héréditaire romain par suite de la transformation de la famille et de la parenté.

On est héritier, en principe, parce qu'on fait partie de la famille et qu'on est uni au de cujus par la parenté.

Etudier l'évolution du droit de succession, c'est donc étudier à nouveau l'évolution de la famille. Le cercle des héritiers légitimes se déplace suivant que la conception de la parenté change. Il est intéressant de rappeler que la délation de la tutelle et de la curatelle est fondée sur les mêmes principes: constitution de la famille, hérédité, tutelle, curatelle vont toujours ensemble. Dans des législations plus primitives que la législation romaine, ou dans celles qui ont conservé des caractères primitifs, comme le droit grec,, il y a aussi l'obligation de la vengeance : lorsqu'un membre de la famille est tué ou blessé, la famille aura le droit de venger la victime. C'est un droit et un devoir (c'est encore ce qu'on trouve aujourd'hui en Corse). Il n'en reste que peu de traces à Rome. (1)

La succession ab intestat existe en droit civil ancien et en Droit prétorien, en droit civil impérial.

---

(1) Voir : la Solidarité familiale en Grèce, de M. Glotz ; P. Collinet, les Vestiges de la Solidarité familiale dans le D.R. Mél. Glotz, t. I, p. 249 et s. 1932.

Source : BIU Cujas

Section I

Les héritiers légitimes dans l'ancien droit.

Les 3 ordres d'héritiers ab intestat des XII Tables : héritiers siens agnatus proximus, gentiles.

Le système successoral du Droit civil ancien était formé dès les XII Tables : (Table V, par. 4 et 5). C'est la première attestation qu'on en trouve : "Si intestato moritur cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto". "Si quelqu'un meurt sans avoir fait un testament, une personne à laquelle n'existait pas d'héritier sien, que l'agnat le plus proche prenne sa succession. S'il n'y a pas d'agnats, que les gentiles prennent sa succession".

En se fondant sur ce texte, on voit dans les XII Tables, trois ordres d'héritiers : les sui heredes, les agnats, les gentiles.

Peut-être, avant les XII Tables, n'existait-il que deux groupes d'héritiers : les sui heredes et les gentiles entre lesquels s'intercale, d'après la Loi, une classe privilégiée, les agnats (1).

§ I - Les sui heredes ou héritiers siens.

Les sui heredes, ce sont ceux qui sont sous la puissance immédiate du défunt et deviennent sui juris à sa mort.

L'explication de ce terme est facile à comprendre, si l'on se dégage des idées modernes: la succession primitive, n'est pas une transmission, comme aujourd'hui ou comme elle est devenue à Rome, du patrimoine, à titre universel, du mort au vivant: c'est la confirmation des droits qui existent déjà virtuellement chez l'héritier. Pour comprendre ce que sont ces héritiers, il faut d'abord les déterminer:

Les sui heredes, ce sont les personnes qui au jour du décès du Paterfamilias se trouvent sous sa puissance immédiate; ce sont ceux que sa mort fait devenir sui juris: les enfants de famille qui ne sont pas émancipés ou les petits enfants dont le père est mort ou a été émancipé, d'où 3 caractères: 1° - ce sont des héritiers siens "héritiers d'eux-mêmes", parce que du vivant du pater ils avaient déjà des droits virtuels sur le patrimoine: la mort ne fait que confirmer leurs droits ou plutôt les rendre effectifs: ces droits étaient virtuels:ils étaient en puissance, ils ne produisaient pas encore d'effets par eux-mêmes; quand le paterfamilias meurt ces droits deviennent effectifs.

1°) Le titre d'héritiers-siens vient de ce que du vivant même du paterfamilias, ils ont déjà

(1) Michon "La succession ab intestat et le très ancien Droit romain", Nouv. Rev. hist. de droit, 1921 p. 119 à 164.

Source : BIU Cujas

un droit de co-propriété sur le patrimoine de sorte qu'ils se succèdent à eux-mêmes.

Les héritiers-siens vivent dans la Domus, avec le Paterfamilias, et tous les actes que fait celui-ci, il les fait non seulement pour lui, mais aussi pour eux: c'est la communauté de famille.

Dans le droit primitif, il n'y a pas de droits individuels, mais seulement des droits collectifs. Gaius (2, 157) s'en est rendu compte; il définit ainsi les sui heredes: "sui quidem heredes ideo appellantur quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur". On les appelle ainsi parce qu'ils sont les héritiers de la domus (des héritiers domestiques) et même lorsque leur père vivait encore, on les réputait en quelque manière déjà co-propriétaires du patrimoine. Paul confirme la même idée (Dig. 28,2,11).

2°) Ce sont en même temps des héritiers nécessaires qui n'ont pas besoin d'accepter la succession et n'ont pas le droit de la refuser.

2°) Le fait que ces individus héritent d'eux-mêmes leur imprime un second caractère, ils sont des héritiers qu'on appelle nécessaires "heredes necessarii" (notion complètement disparue aujourd'hui), c'est-à-dire des personnes qui, d'une part, n'ont pas besoin d'accepter la succession, n'ont pas besoin de faire "adition" mais également ne peuvent pas refuser la succession.

Pourquoi ces individus sont-ils héritiers nécessaires ? Parce que la succession n'est pas pour eux une acquisition de droits nouveaux; elle est l'affirmation d'un droit préexistant. Ils héritent, parce qu'ils faisaient partie de la domus et ils font partie de la domus d'une façon nécessaire. Ils sont, après le p.f., les maîtres du patrimoine familial. (On verra plus tard qu'il y a un autre héritier nécessaire: c'est l'esclave institué, mais il n'est pas héritier-sien).

3°) Ils restent en communauté; l'anticum consortium.

3° - En plus, depuis la découverte du PSI. 1182, complétant Gaius (III,154), on sait qu'à la mort du p.f., les sui heredes étaient entre eux en état de communauté, qu'on appelle "societas ercto non cito" ou "consortium domesticum" ; legitima et naturalis societas. La communauté de famille se prolonge donc entre les enfants. M. Collinet en reparlera. (1)

§ 2 - Les agnats.

2°- A défaut d'héritiers siens, l'adgnatus proximus. Toutefois,

M. Michon a soutenu dans son article que les agnats ne sont devenus héritiers que par la vertu des XII Tables et qu'avant elles ils ne l'étaient pas. Cela paraît bizarre à première vue quand on se rappelle qui sont les agnats : les agnats, ce sont les collatéraux les plus proches du défunt : frères, soeurs, ne-

(1) V. son article, R.H.D., 1934, p. 96 et s.

Source : BIU Cujas

une théorie nouvelle prétend que les agnats n'ont pas succédé d'abord en cette qualité mais en tant que gentiles.

veux et nièces, les oncles et tantes du défunt, les cousins germains, et ainsi de suite, de tous les parents collatéraux par les mâles.

Avant les 12 Tables, les agnats auraient été compris parmi les gentiles. Après elles, un certain nombre de gentiles, les plus proches du défunt auraient été détachés du groupe de la gens et auraient reçu un rang privilégié.

Les agnats sont des heredes volontaires pour avoir la succession, ils doivent faire aditio.

Les agnats ne sont pas des héritiers naturels, comme les sui. Pour qu'ils recueillent la succession, il faut qu'ils fassent adition, et s'ils ne veulent pas de la succession parce qu'elle est mauvaise, ils doivent y renoncer. Ils sont ce qu'on appelle des héritiers volontaires ou "extranei" - héritiers externes - ce qui veut dire "externes à la domus", qui vivent en dehors de la domus. Il a pu se faire que les membres de la domus étant trop nombreux, le frère du défunt se soit séparé de la domus, ait réalisé son droit, et soit allé habiter une maison particulière avec ses enfants et ses petits enfants. Le fait explique le droit. Comment recueillent les agnats ?

Parmi les agnats on appelle le proximus adgnatus.

Les heredes sui recueillent en bloc : les gentiles recueillent en bloc ; mais les agnats ne recueillent pas en bloc : la Loi dit : "que le plus proche agnat prenne la succession" - Par conséquent, on tient compte de la proximité du degré (frères et soeurs d'abord) ; s'il y a plusieurs agnats au même degré, ils partagent par tête. L'adgnatus proximus est peut-être primitivement, non le plus proche en degré, mais le plus voisin de la domus du défunt. (1)

Exclusion des femmes de la succession agnatique (Loi Voconia, 585).

Postérieurement à la Loi des XII Tables, on exclut les femmes agnates de la succession. Bien des peuples primitifs n'acceptent pas la succession des femmes. Ainsi, la Loi Salique empêche les femmes de recueillir les biens héréditaires : c'est parce que c'est le rôle des femmes de se marier, de passer dans une autre famille, et le danger, c'est qu'elles emportent dans leur famille nouvelle les biens de leur famille d'origine (d'ailleurs en Droit Romain, les femmes passeront dans la famille de leur mari : système de la manus).

C'est par interprétation de la Loi Voconia de 585 de Rome ou 169 av. J.C., que les femmes agnates ont été exclues. (Voconiana ratione dit Paul, Sentences, 4,8,20). Cependant, ne sont pas exclues les soeurs consanguines du défunt. On appelle ainsi les soeurs de père du défunt ; les frères et soeurs germains sont les frères et soeurs de père et mère ; les frères et soeurs utérins sont les frères et soeurs de mère seule-

---

(1) V. Giffard t. I, p. 457.

Source : BIU Cujas

ment.

A défaut de l'agnat le plus proche, la succession ne vaut ni à l'agnat suivant, ni aux gentiles : elle est vacante.

Si aucun adgnatus proximus ne prend la succession, celle-ci n'est dévolue ni à l'agnat du degré le plus éloigné, ni aux gentiles, elle est vacante ; et on dit à ce propos qu'il n'existe dans la Loi des XII Tables ni de dévolution de degré à degré, ni de dévolution d'ordre à ordre : cela résulte du texte même des XII Tables, qui ne prévoit que l'arrivée de l'adgnatus proximus.

Mais on a dit aussi que c'était pour remédier à cette vacance de l'hérédité, qui devait se produire assez souvent, que les Romains avaient inventé, d'une part, l'usucapio pro herede, et d'autre part l'in jure cessio hereditatis - Il est bien difficile de le dire (V. Infra).

§ 3 - Les gentiles.

6. Droit de retour au profit des gentiles.

Sur les gentiles, en tant que successeurs, nous sommes mal renseignés. On suppose que les gentiles recueillaient en bloc, par une sorte de droit de retour à la gens des biens du défunt.

La succession des gentiles avait disparu avant Gaius (3,17).

Jusqu'à Justinien, il n'est plus question que des sui et des agnats.

Section II

Les successeurs ab intestat en droit prétorien.

Le préteur n'a pas le pouvoir de faire du Droit Civil et il n'a pas le droit de faire des héritiers ; il appelle cependant à la succession certaines personnes, en leur conférant la bonorum possessio, pendant de l'hérédité. Ces personnes sont des bonorum possessores. Les bonorum possessiones sont de trois catégories: ab intestat, testamentaires, contre le testament.

Bonorum possessiones.

On ne verra pour l'instant que les B.P. ab intestat.

Attribution de la possession des biens du défunt faite par le préteur en tenant compte de la parenté cogna-

Les successions prétoriennes se rapportent à la constitution de la famille telle que le préteur l'a conçue. La famille cognatique, la parenté prétorienne repose sur l'idée moderne du lien du sang, de l'affection présumée du défunt ; et on ne distingue pas entre les parents par les mâles et par les femmes, ni entre les hommes et les femmes.

Source : BIU Cujas

tique.

Les préteurs successifs ont conçu plusieurs ordres de succession.

A - B.P. unde liberi donnée aux enfants aussi bien aux sui qu'aux émancipés.

1°- Au premier rang vient la B.P. unde liberi ; c'est "la succession en vertu de laquelle viennent les enfants" . Mais le terme "liberi" est très large. Il comprend :

a) Les sui : enfants qui sont restés dans la Domus ;

b) Les enfants ou petits-enfants qui seraient sui s'ils n'avaient pas subi la capitis deminutio, s'ils n'étaient pas sortis de la famille ; par exemple, l'enfant émancipé qui ne fait plus partie de la famille civile et ne vient pas à la succession civile, mais vient au contraire à la succession prétorienne à cause du lien du sang, de la parenté naturelle.

Cependant, le préteur ne donnera pas la B.P. à un enfant adoptif émancipé, précisément parce qu'il n'était uni au pater que par le lien légal d'agnation, et que, lorsqu'il est émancipé, il n'est plus parent de l'adoptant.

De même, le préteur ne donnera pas la B.P. aux enfants qui auraient acquis des droits dans une autre famille (par l'adoption) parce qu'ils auraient alors des droits de succession dans deux familles, ce qui est impossible.

Succession des liberi par tête ou par souche suivant qu'ils sont ou non au même degré.

Ces liberi succèdent par tête, s'ils sont au même degré ; ils succèdent par souches (stirpes), s'ils sont à des degrés différents : c'est-à-dire que les petits enfants représentent leur père prédécédé et ne comptent que pour un.

La B.P. unde liberi n'est pas la plus ancienne des B.P. ; elle apparaît à la fin de la République entre Cicéron et Labéon.

2°- La B.P. unde legitimi.

B.- B.P. unde legitimi donnée aux héritiers déjà appelés jure civili.

C'est la succession qui est offerte à des parents civils dont le droit est fondé sur la Loi (Loi des XII Tables). Le préteur appelle donc au 2ème ordre les agnats.

Cicéron déclare que cette bonorum possessio était un "Edit ancien et traditionnel".

3°- La B.P. unde cognati.

C.- B.P. unde cognati parents par le sang omis par le droit Civil.

Le préteur appelle les parents du sang qui n'auraient pas été appelés par le Droit Civil.

Ces cognats ou cognates n'étaient pas appelés par le Droit Civil parce qu'ils étaient des descendants par les femmes.

Le préteur appelle tous les cognats jusqu'au 6ème degré et même au 7ème degré - les enfants des cousins germains.

Source : BIU Cujas

Rentrent encore dans les cognats, les collatéraux émancipés : les frères émancipés du défunt, par exemple, les descendants de l'émancipé qui n'ont jamais fait partie de la famille civile, les enfants nés après l'émancipation.

En pratique, les cognats ne viendront pas à la succession, parce que le cognat le plus proche est exclu par l'agnat le plus éloigné. (Ils font partie du 2ème ordre).

Cette B.P. paraît avoir commencé du temps de Cicéron.

D.- B.P. unde vir et uxor au profit du conjoint survivant.

4°- La B.P. unde vir et uxor apparaît entre Cicéron et Labéon. A défaut de cognats, le mari a la succession de la femme ; la femme, la succession du mari. Mais ce cas se produira très peu souvent.

La dévolution d'ordre à ordre.

Le préteur a introduit la dévolution d'ordre à ordre et la dévolution de degré à degré.

Sous le régime des XII Tables, on a vu que ces dévolutions n'existaient pas.

En droit prétorien, si les parents du Ier ordre refusent la succession, les parents du second ordre sont appelés ; et si ceux-ci ne la prennent pas, ceux du 3ème ordre viennent, etc...

Il y a plus, les parents qui n'avaient pas demandé la B.P. dans le Ier ordre et qui se repentent de leur décision, peuvent la demander avec ceux du deuxième ordre, mais en concurrence avec eux. Et tous ces parents peuvent aussi la demander ensemble, mais en concurrence avec ceux du 3ème ordre.

La dévolution de degré à degré dans l'ordre des cognats.

La dévolution de degré à degré n'existe qu'entre cognats : si le premier appelé ne la demande pas, le second peut la demander, etc.. etc.. (ce régime existe encore aujourd'hui dans notre Droit).

Section III

Les Héritiers légitimes du Droit Impérial.

Développement de la succession cognatique dans le Droit Impérial.

Ici encore, ce sont des rappels d'idées connue Les empereurs ont élargi la famille : comme ils ont le pouvoir législatif, les successeurs qu'ils appellent sont de véritables héritiers du droit civil, et ils n'ont rien de comparable aux bonorum possessores.

1°- S.C. Tertullien, appelant la mère à la succession des enfants.

La première réforme a été faite par le senatus consulte Tertullien, rendu sous le règne d'Hadrien. Elle avait été précédée d'une réforme de Claude du même genre (Inst. 3,3,1). L'empereur Hadrien appelle la mère à la succession de ses enfants, à défaut de liberi laissés par ces enfants, c'est-à-dire à défaut de petits-enfants ; mais il faut qu'elle ait le jus libe

Source : BIU Cujas

rorum (3 enfants si elle est ingénue, 4 enfants, si elle est affranchie). Elle prime les autres cognats et les agnats. Elle concourt avec la soeur consanguine, de l'enfant décédé, fille de son mari (qui peut ne pas être sa fille à elle).

2°- S.C. Orfitien appelant les enfants à la succession de la mère.

La deuxième réforme, faite par le sénatus-consulte Orfitien (178) appelle les enfants à la succession de leur mère, en les faisant passer avant les agnats de cette femme, par exemple avant les frères de leur mère.

Voilà les deux seules réformes qui ont été faites sous le Haut-Empire.

Extension progressive de la cognatio donnée comme fondement à la succession au Bas-Empire.

Au Bas-Empire, les idées familiales s'élargissent, et on a supposé, avec beaucoup de vraisemblance, sous l'influence du christianisme ; la vieille famille romaine, fondée sur une parenté artificielle, purement civile, purement politique, est mise de plus en plus de côté : des idées morales, l'affection présumée, qui avaient été introduites par le préteur, et continuées par les empereurs se développent beaucoup et on verra, dans des dispositions assez compliquées, refondus tous les droits de succession et par ce moyen toute la famille dans le sens moderne.

Constantin accorde à la mère qui n'a pas le jus liberorum, un tiers des biens de son fils mort ; si cette femme avait le jus liberorum, Constantin lui accorde deux tiers et un tiers à l'oncle paternel ou à ses descendants. L'empereur fait donc une place à un agnat et à cet égard, il revient en arrière puisque sous le système du sénatus-consulte Tertullien, cet oncle n'aurait rien eu.

Valentinien, Théodose et Arcadius, en 389, font succéder les enfants à leurs ascendants maternels ; grand père et grand mère, ou aïeul et aïeule.

Anastase appelle les frères et soeurs émancipés du défunt à concourir avec les frères agnats du défunt. Exemple : le de cujus laisse d'une part, des frères agnats et d'autre part, des frères et soeurs émancipés avec lesquels il n'est plus parent par le sang ; les uns et les autres ont les mêmes droits.

Le régime successoral dans le droit de Justinien Novelles 118 et 127.

Justinien a refondu complètement le système :

1°- Il a fait quelques réformes de détail, dans le code. Il a supprimé le jus liberorum, tombé en désuétude.

2°- Il a supprimé la Voconiana ratio, qui excluait les femmes agnates ; mais il laissa subsister tous les autres systèmes : système des XII Tables, système prétorien, système impérial.

Puis il entreprit la réforme complète des successions, dans deux Novelles : la Novelle 118, de

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Source : BIU Cujas
Répétitions Ecrites
Reproduction Interdite
U

l'année 543 ; la Novelle 127, de l'an 548. Elles ont adopté le régime suivant :

Il y a quatre classes d'héritiers, tous héritiers civils :

1°- descendants.

Ière classe - les descendants, sans distinction de sexe, et sans se préoccuper s'ils sont in patria potestate ou non. Ils comprennent : au Ier degré, les enfants ; au 2ème degré, les petits-enfants ; au 3ème degré, les arrières-petits enfants, etc...

2°- Ascendants suivant la proximité du degré.

2ème Classe - les ascendants : Ier degré, le père et la mère ; 2ème degré, le grand-père et la grand-mère, paternels ou maternels, etc...

Parmi ces ascendants, le plus proche exclut le plus éloigné. Autrement dit : les père et mère excluent les grand-pères et grand'mères, etc...

Concours de certains collatéraux "très privilégiés" avec les ascendants.

D'autre part, dans la seconde classe, Justinien a introduit certains collatéraux : les ascendants subissent le concours des frères et soeurs germains du défunt (Novelle 118) et même de leurs enfants (Novelle 127). On appelle ces collatéraux "les collatéraux très privilégiés".

a) Partage de la succession entre les ascendants, le partage par lignes.

Comment va s'effectuer le partage de la succession ?

S'il n'y avait que des ascendants, on partagerait par lignes : ici s'introduit donc une nouvelle notion : la notion des lignes. Il y a deux lignes : la ligne paternelle et la ligne maternelle. On fait deux parts de la succession, l'une pour la ligne paternelle, l'autre pour la ligne maternelle et on cherche quel est l'ascendant le plus proche dans chaque ligne ; il prend la moitié qui revient à sa ligne.

Dans chaque ligne, s'il y a plusieurs ascendants au même degré, on effectuera un partage par tête.

b) partage de la succession entre collatéraux très privilégiés et ascendants.

Au cas où il existerait à la fois des ascendants et des collatéraux "très privilégiés", le partage s'effectuerait par tête. Exemple : un enfant meurt en laissant son père et deux frères. On divise par trois : le père a un tiers, les frères chacun un tiers. C'est ce qu'on appelle le partage par tête ou par "part virile".

3. Collatéraux privilégiés.

3ème classe - Les collatéraux que l'on appelle "privilégiés". Ce sont les frères et soeurs consanguins les frères et soeurs utérins et leurs enfants.

4. Collatéraux ordinaires jusqu'au 6ème degré.

4ème Classe - Les collatéraux ordinaires : petits-neveux, petites nièces et cousins jusqu'au 6ème degré.

Ce système a été adopté par toutes les législations modernes. Justinien a généralisé dans ses Novelles le système de la dévolution d'ordre à ordre et de degré à degré, qui avait commencé à se faire jour dans le droit impérial.

Source : BIU Cujas

Chapitre II

LES AUTRES SUCCESSIONS AB INTESTAT.

§ I - L'usucapion pro herede. (1)

Acquisition de la succession vacante par un individu quelconque, par usucapio d'un an sans juste titre ni bonne foi.

Tout individu qui s'est emparé d'une hérédité jacente (vacante), s'il a possédé pendant un an, devient héritier ; et il n'est pas nécessaire qu'il soit de bonne foi, attendu qu'au moment où cette institution a été créée - après les XII Tables par les Veteres, selon Gaius - le juste titre et la bonne foi n'existaient pas. Pourquoi les Romains ont-ils créé cette u.c. pro herede ?

Origine et utilité de cette institution.

On suppose, dit Gaius (2,54) que l'on a voulu forcer les héritiers externes à faire adition rapidement, sous la menace que d'autres pourraient prendre la succession. D'autre part, dit Gaius, on n'a pas voulu que les Sacra, les sacrifices domestiques, restassent en suspens pendant trop longtemps et que les créanciers restassent trop longtemps sans être payés. Au cas où les héritiers externes ne prendraient pas la succession, n'importe qui pourra s'emparer de la succession. M. Collinet pense que ce n'est pas le premier venu, mais un agnat plus éloigné. C'est une institution familiale.

Gaius dit encore (2,58 et 3,201) que l'usucapio pro herede ne peut pas fonctionner si le défunt a laissé un héritier sien ou un héritier nécessaire. Par conséquent, quand il y a un enfant ou un petit-enfant, ou un esclave institué, on ne peut pas usucaper pro herede.

Réforme de l'U. pro herede : Hadrien exige que le possesseur de l'hérédité ait juste titre et bonne foi.

Un Sénatus-consulte d'Hadrien déclare que l'usucapant ne deviendra plus héritier, autrement dit que l'héritier pourrait reprendre contre lui l'hérédité, à moins que cet usucapant n'ait le juste titre et la bonne foi. (Gaius 2,57).

Marc-Aurèle a fait plus : il fait de l'usucapion des biens héréditaires, un acte qui donne lieu à une accusation publique (le crimen expilatae hereditatis).

---

(1) V.P. Collinet, Studi Riccobono, IV, (1934), pages 133 et suiv.

Source : BIU Cujas

Marc-Aurèle fait de l'U. pro herede un délit.

§ 2 - L'in jure cessio hereditatis.

C'est la cession de l'hérédité par l'ayant-droit devant le magistrat à un tiers qui l'achète (ne pas confondre avec la vente de l'hérédité par contrat). Gaius (II, 34-37; III, 85-87) distingue entre la cession de l'hérédité par l'héritier testamentaire ou par l'héritier ab intestat; règles et effets sont différents. L'institution reste obscure, malgré l'étude de M. Garaud (1), qui, d'ailleurs, combat M. Michon. Elle avait disparu avant Justinien.

CONCLUSION.- S'il n'y avait aucun héritier qui prenait la succession, l'hérédité était jacente.

Les Romains ont déclaré qu'elle serait attribuée à l'aerarium (trésor du peuple), puis, sous l'Empire, au trésor du prince, fiscus.

Au Bas-Empire, on fait passer avant le fisc les corporations dont le défunt faisait partie (A cette époque tous les corps de métiers étaient en corporations).

Ces successeurs ultimes sont des héritiers volontaires; on leur offre la succession; s'ils ne la prennent pas, elle est abandonnée.

TITRE II

LES TESTAMENTS.

LES CODICILLES.

La succession romaine était habituellement dévolue par testament.

Importance du testament à Rome.

La succession testamentaire était la première dans l'ordre des préoccupations des juristes.

Définition.

C'est un acte solennel de dernière volonté qui, en Droit Romain, doit contenir essentiellement une institution d'héritier, et qui doit produire effet seulement après la mort du testateur.

Pratique très ancienne du testament à Rome.

Les Romains semblent avoir connu le testament dès les origines de Rome, cela prouve qu'ils avaient déjà une certaine civilisation car les peuples barba-

---

(1) R.H.D., 1922, p. 141 et s.

Source : BIU Cujas

res ne connaissent pas le testament, tels les Germains au temps de César et Tacite.

Le mot semble italiote et vient de "testari" (attester) de "testis" (témoin).

Les Romains attachent une grande importance au testament, et c'est une préoccupation pour eux de ne pas vivre un jour sans testament valable: cela tient probablement à des préoccupations religieuses, au culte de la famille, aux sacra, à leur propre culte quand ils seront morts.

Dans ces Sociétés primitives où existe le culte du foyer, la question de la dévolution des sacrifices domestiques intéresse le pater au plus haut point; et c'est pourquoi il fait son testament pour désigner ceux qui viendront à sa succession - idée qui a été contestée sur certains points, mais qui paraît incontestable;(l'idée d'ailleurs, est différente de la base de l'hérédité). Il envisage aussi le côté matériel: la dévolution même du patrimoine. Il veut que son patrimoine tombe aux mains de personnes en qui il a confiance; il veut que l'on paie ses dettes et pour en être sûr, s'il a beaucoup de dettes, il institue un esclave, héritier nécessaire.

La succession ab intestat ne s'ouvre qu'à défaut de testament et ne peut concourir avec lui.

Dans les XII Tables, on voit que la succession testamentaire est considérée comme la plus importante, car la succession légitime ne s'ouvrira que si le défunt est mort ab intestat."Si intestato moritur". On ne peut pas cumuler les deux successions, il faut ou être un successeur testamentaire, ou être un successeur ab intestat: "Nemo partim testatus partim intestatus decedere potest". "Personne ne peut décéder en laissant un testament partiel et en laissant partiellement une succession ab intestat". Le pourquoi de cette règle reste obscur, on l'explique généralement par l'indivisibilité des sacra (1).

Voilà une règle dont nous n'avons plus idée aujourd'hui - puisqu'il n'y a plus d'institution d'héritier.

L'Empereur Auguste a consacré une autre institution: le Codicille. C'est un procédé de disposition à cause de mort qui se caractérise par l'absence de formes.

---

(1) V. Ch. Appleton, Recueil Gény, t. 1, p. 11 et s.

Source : BIU Cujas

Chapitre 1er

FORMES DU TESTAMENT; REGLES EXTERNES DU CODICILLE.

Section I

Les origines du testament.

Deux formes primitives de testament.

Les Romains semblent avoir connu déjà avant les XII Tables deux formes de testament. La 1ère et la plus importante s'appelle: le testament "Calatis comitiis": c'est le testament du temps de paix; le 2ème est le testament in procinctu: c'est le testament fait sur le front des armées (Gaius, 2,30).

§ I - Le testament Calatis Comitiis.

1°- Tt Calatis comitiis en présence du peuple réuni en comices curiates.

C'est un testament qui se fait dans les Comices Curiates (calare veut dire: convoquer) devant le Collège des Pontifes, deux fois par an; Mommsen fixe la date au 24 Mars et 24 Mai (Gaius 2,101).

Il est possible que les pontifes se soient livrés à une enquête comme dans l'adrogation; on dit, toujours avec Mommsen, le peuple est appelé à voter sur les dispositions du testateur, que c'est une loi véritable, parce que le testament a pour effet, du moins dans l'opinion la plus répandue, d'attribuer à quelqu'un le patrimoine en bloc du testateur avec les sacra, ce testament contenant déjà une institution d'héritier, comme à la fin de la République.

Incertitudes sur le caractère et le rôle du testament primitif: contenait-il déjà une institution d'héritier; le peuple faisait une loi ou jouait-il le rôle de témoin ?

Mais il y a d'autres opinions: M. Ch. Appleton (1) croit que lex ne signifie pas que le peuple aurait voté, aurait par conséquent été le maître d'accepter ou de repousser le testament du citoyen romain. Lex (distinct de rogatio) signifierait la clause (Cf. Lex privata) exprimée devant le peuple, réduit au rôle de témoins, (testis, testamentum).

Cette théorie s'appuie sur la Table 5, § 3 de la Loi des XII Tables: "Uti paterfamilias legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto". "De la façon dont le père de famille a pris ses dispositions au sujet de sa fortune et de la garde de son bien, que

---

(1) Loc. cit.

Source : BIU Cujas

cela fasse le droit". Tout est discuté à propos du texte ou de ses termes. Selon Mommsen-Girard, la liberté de tester est une réforme des XII T., pour d'autres, legare voudrait dire "faire des legs" et désigner des tuteurs, parce que la succession ne pourrait être enlevée aux heredes légitimes (Cuq). Cette doctrine se heurte à Pomponius (Dig. 50,16,120) qui déclare que la formule de la Loi des XII Tables donne au testateur le plus large pouvoir de tester. Pecunia, a-t-on dit, doit être pris au sens restreint (bétail, argent, res nec manc.) non au sens large (fortune). En plus, on a vu déjà l'opinion de Bonfante, qui croit que le testament primitif romain aurait pour but unique de désigner le chef futur de la communauté familiale souverain politique de l'hereditas.

Enfin, M. Lévy-Bruhl pense que le Paterfamilias sera toujours obligé dans son testament de désigner pour héritier l'un de ses enfants, l'un des sui heredes par préférence aux autres; rien ne le prouve.

Dans l'opinion la plus générale, il faut supposer que le citoyen faisait son testament seulement quand il ne laissait pas de sui heredes ni même d'agnat (cas très rare), ou quand il voulait exhéréder un suus indigne, ou, mieux encore, suivant M. Collinet, quand il voulait (n'ayant pas de suus heres) faire échec aux agnats et à la gens. Cela explique la rareté des testaments; on ne doit déranger le peuple que pour une raison grave.

2°) Testament in procinctu devant l'armée rangée en bataille.

§ 2 - Le testament in procinctu (testament sur le front des armées).

En ce temps-là, les batailles revêtaient plus de solennité que de nos jours, en attendant le moment propice où la bataille allait se déclencher, au moment où le général romain allait prendre les auspices pour ranger son armée en bataille, les pères de famille, qui n'avaient pas fait leur testament auparavant, avaient le droit de tester.

Le soldat énonce à haute voix "nuncupat" les dispositions qu'il veut prendre, en présence de ses compagnons. C'est là ce que dit le texte de Festus. Ici encore, revient l'idée de "témoins".

Inconvénients des deux formes primitives de testament.

Les caractères de ces deux testaments ne se sont plus accordés avec les institutions romaines du VI° s. (II° siècle av. J.C.). En effet:

1° - Ces testaments ne pouvaient être faits que par les seuls citoyens.

2° - Ils étaient des actes oraux et publics; par

Source : BIU Cujas

conséquent ils avaient l'inconvénient de faire connaître leur vocation aux gratifiés.

3° - Le testament est, par nature, dans nos conceptions essentiellement révocable. Or, avec ces procédés, il était difficile d'en changer les dispositions: il fallait une autre lex.

4° - Enfin, le testament Calatis Comitiis ne pouvait se faire que deux fois par an (Gaius 2,102) et il ne pouvait se faire qu'à Rome; le testament in procinctu ne pouvait se faire qu'avant la bataille.

Le testament Calatis Comitiis disparut avant l'année 605 de Rome (149 av. J.C.) et le testament in procinctu avant la fin de la République: deux autres formes plus parfaites furent imaginées.

Section II

Le testament per aes et libram.

Le testament per aes et libram - par l'airain et par la balance - c'est l'application de la mancipation aux dispositions de dernière volonté que représente le testament. C'est une singulière conception et pour cette raison, il est probable que ce procédé fut créé par la pratique, peut-être pour les plébéiens, qui n'avaient pas accès aux Comices Curiates (1). Ce testament a passé par deux phases:

1ère phase - C'est la mancipatio familiae, application pure et simple de la mancipation (Gaius, 2, 102, et 103). Devant les personnages ordinaires de la mancipation (le libripens, les 5 témoins citoyens romains et pubères, comprenant l'Antestatus) le testateur mancipe ses biens "nummo uno" (pour un sesterce, prix fictif, parce que le testament est un acte à titre gratuit).

Chose curieuse, la familia est mancipée ainsi, non pas au bénéficiaire, mais à un tiers, à un ami ou parent, le "familiae emptor" l'acheteur du patrimoine. Ce personnage est un intermédiaire (dans les coutumes primitives, les cessions se font par intermédiaires, les mariages aussi); sa mission est de remettre les biens aux héritiers (Gaius II, 102 et 103): le familiae emptor est donc investi d'une charge morale, car à cette époque, le mandat n'est pas sanctionné comme contrat; le familiae emptor a un "officium" (2), ce qui prouve que le citoyen a confiance en lui.

Ière phase: la familia est mancipée à une tierce personne moyennant un prix fictif, avec mission de distribuer les biens aux gratifiés.

(1) M. Ch. Appleton (loc. cit.) rapporte à ce testament la règle citée des XII Tables: legare, pour lui, c'est "donner mandat".

(2) Les manuels les plus répandus ne tiennent pas assez compte de ces offices moraux, de ces devoirs que l'on voit apparaître si souvent en Droit Romain.

Source : BIU Cujas

Le testament per aes et libram ne contient pas d'institution d'héritier. C'est un acte entre vifs de conception différente du testament, mais qui aboutit au même résultat.

Dans le testament per aes et libram, il n'y a pas d'institution d'héritier; c'est un acte entre vifs, un acte à titre particulier, un acte irrévocable, un acte qui oblige le testateur à se dessaisir immédiatement (le testament véritable n'a effet qu'à la mort).

Tous ces caractères sont opposés à la conception que nous nous faisons du testament et même à celle du testament primitif, mais pour arriver au même résultat: laisser ses biens à des héritiers.

2ème phase: La mancipatio familiae se rapproche du testament. La mancipatio n'est plus qu'une formalité. L'acte important est la nuncupatio qui l'accompagne.

2ème phase - On se rapproche alors de l'idée que nous nous faisons du testament. On entrevoit la conception nouvelle et décisive du testament. La mancipation ne joue plus qu'un rôle de forme. Déjà le testateur parlait dans la 1ère phase (G. II.103), mais c'était l'acquéreur qui prononçait la formule décisive (inconnue): "que telle chose me soit acquise en vertu du droit des Quirites..."

Ici, le familiae emptor prononce des paroles évidemment imitées des anciennes, mais de pure forme (Gaius 2,104): "Je déclare que ta fortune est par bon mandat en ma garde, et parce que tu peux faire valablement ton testament, de par la loi du peuple, que tout cela me soit acquis par cet airain et cette balance." Il frappe la balance; il remet la pièce au testateur en guise de prix et le rôle décisif du testateur commence; il prononce la formule dite nuncupatio, qui, on va le voir, présuppose le testament écrit. Tenant à la main les tablettes de cire, le testateur dit: "Ainsi que cela est écrit dans ces tablettes de cire, ainsi je donne, lègue et teste, et c'est pourquoi apportez-moi, O Quirites ! votre témoignage" (Gaius 2,104). Les personnes qui sont là représentent le peuple, les véritables Quirites. Le mot "testimonium" de la formule est capital; il se relie à testament . Les tablettes sont confiées au fam. emptor qui les ouvrira à la mort du testateur (1).

La mancipatio prend une forme écrite et est contenue dans des tablettes scellées.

Caractère secret de ce testament.

Le testament est donc écrit, secret et révocable, car les tablettes, mises entre les mains du comparse, peuvent être reprises et le testament peut être refait. C'était là un vrai testament. Il s'est maintenu jusqu'au Bas-Empire.

Les actes juridiques romains que nous possédons sont infimiment rares.

Nous possédons quelques testaments. Le plus célèbre est celui de Dasumius de l'année 108 de notre ère; et plus intéressant est le papyrus contenant le testament du soldat Longinus Castor, de 189 de notre ère, (Textes de Girard, p. 798 et 801).

(1) Les tablettes de cire étaient reliées par un fil et ce fil était recouvert du sceau des témoins: on verra plus tard l'importance de l'intégrité de ce fil et

Source : BIU Cujas « Les Cours de Droit » 3, Place de la Sorbonne, 3 Répétitions Ecrites Reproduction Interdite U

Section III

Le testament prétorien.

Le préteur considère comme valable le testament écrit, scellé par 7 témoins, même s'il n'y a pas eu de mancipatio. La Bonorum possessio secundum tabulas.

Le rôle du préteur s'est manifesté en matière de testament. Il arrivait que des personnes faisaient des testaments sans se soumettre aux formes légales et, d'après le Droit Civil, ils étaient nuls, par exemple, si la mancipatio ou la nuncupatio n'avaient pas été faites. Le préteur admet un testament scellé du sceau de 7 témoins (qui répondent aux 7 personnages qui auraient dû figurer dans la mancipation). Il donnera à l'institué la "B.P. secundum tabulas" "succession conforme aux tablettes", connue du temps de Cicéron.

Section IV

Les testaments du droit impérial.

Apparition de nouvelles formes de testament au Bas-Empire.

Le Droit impérial s'est beaucoup occupé du testament: 1° - Il est possible de faire son testament oralement devant 7 témoins, d'après une Constitution de 242. Ce testament confère une "B.P. secundum nuncupationem" (ne pas confondre avec le testament nuncupatif).

2° - Le testament nuncupatif est un testament oral qui se fait devant 5 témoins au Bas-Empire.

3° - Le testament public, est un testament enregistré au Greffe ou dans un écrit remis au prince, au Bas-Empire.

4°- Le testament "tripartitum" date de 439. Il est écrit scellé par 7 témoins muni de la superscriptio et de la subscriptio des témoins (Les Romains ignorent la signatu (1) et il est l'origine du testament mystique actuel. Il est appelé "tripertitum", parce qu'il a trois origines: le droit civil, les Constitutions impériales, le Droit prétorien (Inst. 2,10,3).

Importance du testament olographe.

5° - Le testament olographe est écrit tout entier de la main du testateur. Il n'y a pas besoin de témoins. Il a existé sous le règne de Valentinien III. C'est celui qui prévaut à l'heure actuelle dans toutes les législations.

Formes anormales de testament.

En Droit Romain, existent des formes anormales de testament: entre parents et enfants, pas besoin de témoins pour les partages d'ascendants; de même pour

---

des cachets des témoins: le testament ne serait pas valable si les cachets avaient été rompus.

(1) Lire Girard, p. 863, n. 6.

Source : BIU Cujas

les militaires, afin de favoriser le recrutement de l'armée. Par contre, les Romains ont connu des formes compliquées quand il s'agissait de personnes qui n'étaient pas normales: pendant longtemps, les sourds-muets n'ont pas pu faire de testament; Justinien les y a autorisés (Inst. 2,12,8), mais avec des formes particulières afin qu'ils ne fussent pas fraudés.

Section V

Les conditions extérieures de validité du Codicille.

Formes du Codicille.

Le codicille, comme l'indique son nom, est un petit Codex. Le Codex est un cahier de papier (papyrus ou parchemin) qui s'oppose au "volumen", rouleau de papyrus (V. Dict. des Antiquités, pour connaître la façon dont étaient faits les livres).

Reconnaissance de la validité du codicille par Auguste. Ce que peut contenir un codicille: 1°) Legs. 2°) fideicommis.

Sur une ou plusieurs feuilles de parchemin ou de papyrus, on inscrit donc des dispositions de dernière volonté. Les dispositions codicillaires originairement n'étaient pas valables, puisqu'elles n'étaient pas faites dans les formes prescrites par la LOI. Auguste reconnut les codicilles à condition qu'ils ne contiennent pas d'institution d'héritier, mais seulement des legs ou des fidéicommis.

Pour que les legs soient valables, il faut qu'ils soient confirmés par testament (Gaius, 2, 270 A). Pour les fidéicommis, dispositions sans forme, il n'est pas besoin de testament confirmatif. Certains des codicilles sont valables ab intestat; mais ils ne peuvent contenir que des fidéicommis.

Codicille ab intestat. Règlementation des formes du codicille au Bas-Empire.

Le codicille a commencé par la liberté, et il est allé vers la discipline, tandis que les autres institutions, le testament, par exemple, ont commencé par être soumis à des formes très compliquées pour devenir plus libres. En effet, Constantin, en 326, prescrivit que les Codicilles ab intestat se fassent devant 5 ou 7 témoins. Cette mesure fut généralisée en 424 pour tous les Codicilles et dans le Droit définitif de Justinien, tous les Codicilles doivent être faits devant 5 témoins (Code, 6,36,8,3).

Source : BIU Cujas

Chapitre II.

LES CONDITIONS DE FOND DU TESTAMENT.

Pour être valable, le testament dans la forme, doit présenter des conditions de fond:

Le testament qui a été fait suivant les formes requises n'est pas pour autant valable s'il lui manque les conditions de fond qui se rangent sous deux chefs :

I°- Conditions initiales.

2°- Conditions postérieures à la confection du testament.

Autrement le testament sera nul injustum (illégal).

Section I.

Les conditions initiales.

I°) Des conditions initiales
a) capacité
b) institution d'héritier.

Elles sont de deux sortes : I°- Celles qui tiennent à la capacité des parties et des témoins; 2°- la nécessité d'une institution d'héritier, que M. Collinet reprend au Chapitre III.

Quant à la capacité, une question préalable se pose : A quel moment est-elle requise ? Au moment de la confection du testament et non pas au jour de la mort. On a expliqué cette exigence de différentes manières. Elle vient sans doute de la forme primitive du testament; il fallait avoir la capacité au moment où on paraissait aux comices.

§ Ier - La factio testamenti activa :

capacité de faire son testament.

I° Capacité du testateur (factio testamenti activa).

En principe, toute personne est capable de faire son testament, mais de nombreuses incapacités existent.

N'ont pas la factio testamenti activa.

A- Une première catégorie s'explique, dit-on, par des raisons externes.

A- Pour raisons externes:

I°- Les femmes pendant longtemps ne purent tester, parce qu'elles n'entraient ni aux comices ni dans l'Armée. Lorsque le testament per aes et libram fut créé, elles purent l'employer avec l'auctoritas de leur

Source : BIU Cujas

a) la femme (sauf atténuation postérieure).
b)Les sourds, les muets, les aveugles (sauf atténuation ultérieure.)
B- Pour des raisons internes.
a)Prodigues
b) pérégrins.
c) Le Romain mort captif (sauf atténuation de la loi Cornélia).
d) alieni juris qui ne sont pas libres.
e) les alieni juris libres.
6°- Les impubères sui juris et les furiosi.
7°- Les intestabiles.
8°- Latins Juniens.
9° Apostats et hérétiques.

tuteur. Sinon le préteur néanmoins reconnaissait la validité de ce testament en accordant à l'institué la "B.P. secundum tabulas".

Au Bas-Empire la femme put tester librement.

2°- Les sourds, les muets, les aveugles sont devenus capables de tester au Bas-Empire dans certaines formes spéciales (Inst. 2,I2,8).

B- La 2ème catégorie d'incapacités s'explique par des raisons internes.

Ne sont pas capables de tester les individus qui ne sont pas capables d'avoir un patrimoine aux yeux de la loi romaine.

I°- Les prodigues interdits.

2°- Les pérégrins qui n'ont pas le commercium.

3°- Le Romain qui meurt captif : c'était une situation assez fréquente que celle de la captivité, tout au moins au début et on sait que la loi s'était occupée d'eux (théorie du postliminium). Pour le testament une théorie spéciale a été conçue: le testament d'avant sa captivité revit si le captif revient à Rome en vertu d'une fiction rétroactive de non captivité, la loi Cornélia (de Sylla) en a décidé ainsi. Si le captif mourait avant de revenir, son testament restait valable en vertu de cette fiction.

4°- Les alieni juris qui ne sont pas libres (les personnes in mancipio, ou esclaves). Les Romains reconnaissent cependant un testament de fait pour l'esclave : c'est une tolérance du maître.

5°- Les alieni juris libres ne peuvent pas tester puisqu'ils n'ont pas de patrimoine, de même les femmes in manu; néanmoins, les fils qui ont un pécule castrens peuvent tester pour ce pécule à partir de Justinien.

6°- Certaines incapacités se rattachent à un autre ordre d'idées : certaines personnes ne peuvent tester parce qu'elles manquent de volonté. Ainsi : les impubères sui juris (On peut admettre aussi que c'est une raison externe qui les en empêche : ils n'avaient pas entrée aux Comices) - les furiosi, enfin celui qui ignore sa capacité.

7°- D'autres incapacités se rattachent à un ordre de la loi : par exemple, ceux qui ne peuvent être témoins dans les actes, les "intestabiles" (Girard, p. 2I4 - 2I5).

8°- Les Latins Juniens car ils vivent libres, mais meurent esclaves.

9°-Enfin, sous Justinien, les apostats et les hérétiques.

Source : BIU Cujas

§ 2 - La factio testamenti passiva.

2°- Capacité de l'héritier (factio testamenti passiva).

A- Personnes pouvant être instituées mais ne pouvant acquérir pour elles-mêmes.

a) Fils de famille.

b) l'esclave.

Situation de l'esclave institué par son maître héritier nécessaire.

On désigne ainsi l'aptitude à être gratifié dans un testament, soit à titre d'héritier, soit à titre de légataire.

Tout individu en principe,(même les personnes morales, Etat. cité des dieux etc....) est susceptible d'être gratifié valablement dans un testament.

Certains peuvent être institués, mais ne recueillent pas toujours pour eux-mêmes : c'est le cas de l'enfant de famille non émancipé et celui de l'esclave non affranchi.

L'esclave peut être institué aussi bien par son maître que par un tiers (I); et il est très souvent institué par son maître, mais ce n'est pas toujours par esprit de bienveillance : la plupart du temps le maître inscrit son esclave en dernière ligne après les institués et les substitués libres, il le fait dans son intérêt à lui, pour le cas où venant à mourir insolvable, sa succession serait répudiée par les personnes libres, et le maître se trouverait, sans successeur, ce qui est, pour les Romains, un déshonneur (cela se rattache aux traditions religieuses, du fait que le de cujus n'aura personne qui veillera sur ses sacra). Pour éviter celà, le maître instituera un esclave, car celui-ci ne peut refuser. Il prendra les dettes et les sacra, et s'il acquiert des biens plus tard, il sera obligé de payer sur ses propres biens les dettes de son maître.

On trouve des particularités assez curieuses sur l'institution de l'esclave par son maître. En principe, le maître devait affranchir l'esclave avant de l'instituer (Justinien a sous-entendu cette condition). Si l'esclave était resté sous la puissance du maître jusqu'à sa mort, il devenait libre à la mort du maître, mais il était héritier nécessaire. Si l'esclave avait été affranchi du vivant du maître, il était libre et "héritier volontaire"; il pouvait alors refuser la succession. Enfin, si l'esclave avait passé à un autre maître il recueillait comme esclave pour son nouveau maître, mais comme héritier ou volontaire, parce qu'il ne faisait plus partie de la Domus du maître testateur (Gaius ,II,I8C,Inst.II,I4,I).

(I) V.F. Desserteaux, R.H.D., I93I, p. 60I et s; I932 p. 35 (Contrà : Monier, t. I,p. 554, n.2).

Source : BIU Cujas

B- Personnes n'ayant pas la f.t. passive. a) pérégrins sine commercio. b) femmes (Loi Voconia).

D'autres personnes n'ont pas la factio testamenti passiva :

I°- Les pérégrins, qui n'ont pas le commercium

2°- Les femmes, à partir de la Loi Voconia, plébiscite de l'année 585 de Rome (I69 av. J.C.) voté sur les instances du vieux Caton, ennemi du luxe des femmes. Elle a été provoquée par le luxe excessif des femmes de l'époque de décadence de la République. La loi Voconia déclare que les femmes ne pourront être instituées par les testateurs riches ceux qui auront déclaré au cens une fortune de plus de I00.000 as (22.000 francs or).

La loi Voconia est tombée en désuétude avec le cens lui-même. Cependant Gaius en parle encore (2.274).

C- Personnes incertaines. Situation des Postumes.

3°- Ne peuvent être instituées les personnes incertaines, c'est-à-dire dont l'existence n'est pas certaine, ce sont les personnes qui ne sont pas encore nées ou Postumes (sans H) (postumus "le dernier)".

Les postumi, en principe, ce sont les enfants qui sont nés après la mort de leur pater, mais aussi ceux qui sont nés après la confection du testament, même avant la mort du testateur.

La naissance d'un postume rompt le testament. Inconvénients de cette règle.

Dans l'ancien droit, lorsqu'un enfant vient au monde après la confection du testament, le testament est ruptum, "rompu" par la naissance de cet enfant. Cette idée est extrêmement juste et conforme aux conceptions romaines primitives : le testateur n'a pas pu songer à cet enfant : il n'a pas pu vouloir le léser, il ne faut pas qu'il le soit par le testatement, et c'est pourquoi la loi déclare que le testament sera rompu par cette naissance; et la succession ab intestat s'ouvrira pour tous les enfants.

Cette situation était pénible pour le testateur, car il pouvait arriver qu'il n'ait plus le temps de refaire son testament après la naissance de cet enfant, surtout à l'époque où on ne faisait le testament que deux fois par an. Pour y remédier le testateur pouvait comprendre dans son testament le postumesien, c'est-à-dire l'enfant qui lui surviendrait plus tard.

Validité prétorienne de l'institution du postume.

Le préteur a déclaré aussi que si le testament n'était plus valable en Droit civil, il l'était en droit prétorien et que les institués jouiraient de la "B.P. secundum tabulas".

d) Intestabiles et apostats.

4°- Ne peuvent recevoir par testament : les intestabiles - les apostats - les hérétiques.

Source : BIU Cujas

§ 3 - L'incapacité d'être témoin,

ou d'être familiae emptor.

Il faut que les témoins aussi et le fam. emptor soient capables. L'incapacité est tantôt absolue et tantôt relati Aussi, ne peut être temoin l'enfant qui est sous la puissance du testateur, l'enfant qui est en puissance du familiae emptor, les membres de la famille, l'institué lui-même.

2°- Conditions de validité postérieures au testament.

Section II.

Les conditions postérieures à la confection du testament.

Deux catégories :

§ I - Les conditions qui rendent le testament irritum, c'est-à-dire non ratifié inefficace.

A- Cas où le testament est irritum.

La nullité, en Droit Romain n'est pas simple, comme en droit français.

Si le testament était valable, s'il avait été fai conformément au droit, si les conditions de forme exis taient , si les conditions de fond étaient réunies, il était Justum.

Le testament justum tombe par la capitis deminutio du testateur. Si celui-ci recouvre sa capacité son testament revit jure praetorio.

Il aurait donc dû produire ses effets. Mais une condition pouvait survenir après sa confection et l'e pêcher de valoir, le rendre inefficace, l'annihiler: c'est lorsque le testateur subissait la Capitis deminutio minima.(Ce qui prouve que la Capitis deminutio n'équivaut pas à la mort).

Une question se pose : si l'individu recouvre sa capacité, si par exemple, le Romain qui avait été adr gé, est émancipé par son nouveau père, redevient sui juris à nouveau et capable par conséquent de tester, son testament revivra-t-il ? Non, en droit civil; oui en droit prétorien.

Le préteur base sa décision sur l'équité;l'adrogé émancipé n'a pas eu le temps de refaire son testament, et il meurt : le préteur fait revivre son ancie testament parce qu'il désire que la volonté de cet homme s'exécute. Mais il a exigé que le testateur ait manifesté son intention, par exemple, au moyen de co-

Source : BIU Cujas

dicille.

B- Cas où le testament est ruptum.

§ 2 - Les conditions qui entraînent la rupture du testament.

Le testament va être rompu (ruptum)

a) survenance d'un postume sien.

I°- S'il survient un postume sien au testateur(déjà vu);

b) révocation. En droit civil la révocation résulte d'un nouveau testament même non valable.

2°- Par la révocation.

Le droit civil, logique et rigoureux, fait résulter la révocation nécessairement de la confection d'un nouveau testament : si l'on veut révoquer la moindre décision du premier, il faut refaire le testament dans son entier, et retourner, par exemple, devant les Comices, du temps où il fallait faire son testament devant les Comices, ou refaire un testament per aes et libram.

Autres cas de révocation introduits par le préteur en se fondant sur l'interprétation de volonté du testateur.

Au contraire, le préteur se fonde sur l'interprétation de la volonté du testateur. C'est ainsi qu'il déclarera que le testament est rompu, si le fil du testament avait été coupé; ou bien si le testament avait été brûlé, ou encore si on y a fait des barres diagonales, si on l'a biffé (cancillé) : le préteur dira dans ces cas : "heres institutus non habet voluntatem" "l'héritier institué n'a pas de volonté". Ce qui veut dire "l'héritier institué n'a pas pour le soutenir la volonté du défunt". Autrement dit : le défunt n'a plus la volonté de l'instituer. En pareil cas, le préteur considère le testament comme n'existant pas, et il appelle les successeurs ab intestat à la B.P. ab intastat.

De même, le préteur déclare que si le testateur a fait un nouveau testament régulier et cacheté, celui-ci annule le premier.

Facilités plus grandes de révocation en Droit impérial.

Dans le droit impérial, on se montre de plus en plus favorable au testateur ; ce droit a subi l'influence des idées du préteur. On décide que le testateur peut révoquer directement son testament, même sans en faire un second. En 4I8, Théodose et Honorius ont décidé que la validité du testament se prescrivait par IO ans.

Ces questions de révocation se posent fréquemment en pratique dans notre droit.

Source : BIU Cujas

Chapitre III.

LE CONTENU DU TESTAMENT ET DU CODICILLE.

A l'époque de Justinien, le testament peut contenir beaucoup de choses :

I°- Institution d'héritier. 2°-Clauses accessoires.

I°- L'institution d'héritier "Caput et fundamentum testamenti".

2°- Des affranchissements, des désignations de tuteurs; des légitimations, des exhérédations (c'est la formule par laquelle on déshérite quelqu'un"); des legs, des fidéicommis. Le codicille ne peut contenir que des legs et des fidéicommis (pour les modalités de ces dispositions voir plus loin).

Section I.

L'institution d'héritier et les substitutions.

§ Ier - L'institution d'héritier.

Désignation de l'héritier en termes impératifs et nominativement. Atténuation de cette rigueur.

Elle est impérative et nominative :

"Titius heres meus esto" - "Que Titius soit mon héritier"; "Titius et Seius heredes sunto". "Que Titius et Seius soient mes héritiers".

On admet d'autres formules au temps de Gaius, (G. 2,II6,II7), et d'Ulpien, (Règles 2I,I).

En 339 les fils de Constantin suppriment les formules; en 439 Théodose II permet d'employer le Grec.

Nécessité d'une institution totale.

Les héritiers doivent être nécessairement institués pour le tout, c'est-à-dire qu'à eux tous ils doivent prendre la succession entière, sauf les legs qui leur sont imposés pour les transmettre. On ne pourrait pas instituer seulement pour une certaine partie de la succession ou pour certaines choses (ex certa re) (I). La vocation au tout s'appelle "ex asse" - parce qu'on considère l'hérédité comme un as et les parts d'hérédité sont des douzièmes, des onces (la livre est divisée en I2 onces). On institue, par exemple, pour trois onces, ce qui veut dire un quart de la succession, etc

(I) bibliographie : Monier, t .I. p. 558 n. I.

Source : BIU Cujas

C'est une façon romaine de calculer.

Si l'institution d'héritier était nulle pour une raison de fond ou de forme, tout le testament tombait.

§ 2 - Les substitutions.

La substitution, institution en sous ordre.

La substitution est, d'une façon générale, l'institution d'une personne à la suite d'une autre. C'est l'institution en sous-ordre. Il existe une substitution dans le code civil mais ce n'est pas celle dont on parle ici : c'est la substitution fidéicommissaire dont on parlera plus tard en Droit Romain.)

La substitution du droit romain est de trois sortes :

I°- La substitution vulgaire ,
2°- la substitution pupillaire.
3°- La substitution quasi-pupillaire.

I°- La substitution vulgaire.

La substitution vulgaire.

On l'appelle ainsi parce qu'elle est la plus fréquente. Le testateur institue son fils Titius, et pour le cas ou celui-ci ne viendrait pas à la succession (cas de pré-décès, de refus de la succession ou d'incapacité), il institue Maevius qui serait ainsi un substitué. "Titius heres esto;- Si Titius heres non erit, Maevius heres esto" -

Les Romains avaient l'habitude de mettre d'autres substitués et de finir par un esclave, héritier nécessaire comme on l'a vu.

Caractère conditionnel de l'institution contenue dans la substitution.

Si on analyse la substitution, on y trouve aisément une institution conditionnelle : la condition, en effet, est un evènement futur et incertain ainsi qu'il résulte de l'expression : "Si Titius ne vient pas, ce sera Maevius qui viendra".

Interprétation large des substitutions.

Les Romains ont interprété cette condition d'une façon très large : c'est en effet, un principe de la jurisprudence romaine que toutes les clauses du testament s'interprètent d'une façon très large, (tandis que la stipulation - contrat très pratique - très fréquent, s'interprète, au contraire, d'une façon très étroite). La raison est que le testament est vu d'un oeil très favorable par les Romains, il faut que le testament tienne, coûte que coûte; le juge a pour cela les pouvoirs les plus larges. On tire de cette idée deux conséquences .

De la règle : substitutus substituto ; substitutus instituto.

I°- Une règle aux Institutes de Justinien (2,I5, 3) dit "Substitutus substituto, substitutus instituto videtur", "le substitué à un substitué est censé substitué à l'institué".

Source : BIU Cujas

Supposons trois institués : Primus, Secundus, Tertius. Secundus a été en outre substitué à Primus ; Puis on a substitué à Secundus lui-même un nouveau personnage qui n'est pas institué, Quartus.

Par hypothèse : Primus et Secundus ne viennent pas à la succession. Si la règle n'existait pas, si l'interprétation du testatement était stricte, les règles de l'accroissement joueraient (V. plus loin) et Tertius étant institué concurremment avec Primus et Secundus profiterait de la part des défaillants : Tertius aurait la totalité de la succession. Mais la règle "substitutus..." intervient : Quartus prendra la part de Secundus, c'est-à-dire un tiers puisque celui-ci n'est pas venu : il prendra en plus la part de Primus, qui n'est pas venu, puisque Secundus, s'il était venu, aurait pris la part de Primus. Quartus aura donc les 2/3 de la succession, à la fois la part de Primus et celle de Secundus. Il n'était cependant substitué qu'à un substitué ; mais il est réputé également substitué à l'institué.

En définitive, Tertius n'aura que son tiers car il ne profitera pas des parts des autres.

2° Règle de faveur pour le cas où le testament a institué un individu qu'il croyait libre.

2ème Application (Inst. 2,15,4) : le testateur avait institué un individu qu'il croyait libre, et il lui avait donné un substitué. Or, l'institué était esclave. La question était de savoir si l'institution devait être maintenue ou si, au contraire, la condition de la substitution s'étant réalisée, le substitué devait prendre le tout.

La question avait été posée devant l'empereur Tibère parce que c'était un esclave de Tibère, Parthenius, qui avait été institué : l'empereur rendit un "jugement de Salomon" : il déclara que l'institué et le substitué partageraient. C'est une solution d'expédient, et qui n'est pas habituelle en Droit Romain ; elle s'explique parce qu'il s'agissait d'un esclave impérial.

II- La substitution pupillaire.

II- La substitution pupillaire ; son utilité pour le père de famille qui meurt laissant un fils qui pourrait mourir avant que

Elle est des plus caractéristiques. On n'en a plus l'idée aujourd'hui. Elle suppose qu'un père de famille fait son testament et, dans ce testament, donne un héritier à son fils pour le cas où il mourrait impubère. Il pouvait arriver que le fils était mort impubère, après avoir recueilli la succession de son père; sa succession allait donc directement aux agnats du de cujus. Le fils n'avait pas pu en disposer puisqu'il n'était pas à l'âge où l'on puisse faire son testament. Or les Romains n'aiment pas mourir ab intestat.

Source : BIU Cujas

d'être devenu pubère.

La Coutume très ancienne remédia à cela de la façon suivante : le père fera son testament pour lui-même et en même temps il fera celui de son enfant. Il instituera son fils héritier et, pour le cas où son fils mourrait avant lui ou mourrait avant la puberté, il lui donne un héritier.

Cet héritier était un substitué à un pupille, d'où le nom de "substitution pupillaire".

La formule a été conservée par Gaius (2,179) : "Titius filius meus heres esto". "Que Titius mon fils soit mon héritier" "Si filius meus mihi heres non erit sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto". "Si mon fils n'était pas mon héritier, ou bien s'il était mon héritier, mais qu'il meure avant d'être venu dans sa propre tutelle (pubère) que Seius soit mon héritier". Seius est un substitué pupillaire.

Ainsi, le testament, dans ce cas est l'oeuvre d'un autre que l'intéressé. C'est sa singularité. Les Romains la limitent au temps où l'enfant ne peut pas tester, car dès la puberté, la substitution ne pourrait plus opérer ; le fils reprendrait sa liberté et il en serait de même si cet enfant sortait de la puissance du testateur. Tandis que le substitué vulgaire est l'héritier direct du testateur, le substitué pupillaire devient l'héritier du fils, c'est-à-dire l'héritier d'un autre que le testateur.

Formation historique de la théorie de la substitution pupillaire.

Pour l'étudier, distinguons la période la plus ancienne et la période postérieure.

I. La substitution pupillaire ne fut d'abord qu'une application de la substitution vulgaire : il y a unité de testament et dualité de transmission.

A - Dans la période la plus ancienne, le père faisait un testament, y instituait son fils, lui donnait un substitué pupillaire, et on considérait cela comme une application particulière de la substitution vulgaire : d'où

1°- Il y a une institution d'héritier ;

2°- Il n'y a qu'un testament ;

3°- Il n'y a qu'une hérédité : l'hérédité du père.

4°- Il y a deux transmissions : transmission du père au fils ; transmission du fils au substitué pupillaire.

On est parti de ces deux transmissions pour changer la notion de la substitution pupillaire.

En pratique une difficulté a montré que le principe ancien n'était pas suffisant. Cicéron rapporte dans son "De Inventione" (2,21) que la question s'est posée de savoir à qui appartiendraient les biens recueillis en dehors de la succession par le fils pendant la période intermédiaire où il avait possédé l'hérédité.

Qui est propriétaire des biens acquis par le fils entre le dé-

Source : BIU Cujas

cès du père et le sien ? On a admis que ce serait le substitué.

Ces acquêts devaient-ils aller au substitué ou devaient-ils revenir aux agnats, héritiers légitimes ? auquel cas la règle : Nemo partim testatus... aurait été violée. Telle était l'énigme.

Les Romains ont déclaré que les acquêts iraient au substitué. Le substitué n'est donc pas seulement l'héritier du père, il est également l'héritier du fils "comme si le fils avait testé sur l'ensemble des biens qu'il laissait". C'est le germe d'une idée nouvelle dont on va voir le développement.

Conséquence de cette solution : on arrive à admettre que bien qu'il y ait un seul testament il y a dualité d'hérédités.

B - Javolenus (fin du Ier siècle), dit encore qu'il n'y a qu'une seule hérédité : "Hereditas et patris et filii una est" (Dig. 42,5,26). Au contraire, aux 2ème et 3ème siècles, les jurisconsultes déclarent qu'il y a deux hérédités.

Y a-t-il deux testaments ?

Gaius donne une formule hésitante. Il dit (2, 180) "Duo quodam modo sunt testamenta".

Il n'ose pas dire qu'il y a deux testaments, il dit "en quelque manière" (puisqu'il y a deux hérédités, il y a deux testaments, pourrait-on penser) ou plutôt ajoute-t-il "Certe unum testamentum, duarum hereditatum". "Il y a un seul testament, mais deux hérédités" "Il n'y a qu'un testament" en droit ; il peut y en avoir deux en fait. En effet, Gaius (2,181) dit qu'en pratique, les pères de famille, au lieu de faire un seul testament avec substitution pupillaire en font deux. Ils font un testament ordinaire et ils en font un autre qui est secret, cacheté, clos d'un fil spécial et qui ne devra être ouvert que si l'enfant meurt impubère. C'est le testament fictif de l'enfant.

Par suite de l'unité de testament, le père ne peut faire le testament de son fils s'il ne fait pas son propre testament.

a) Il y a un seul testament, conséquence : Nul ne peut tester pour son enfant s'il ne teste pour lui-même ; c'est la suite du testament paternel (Inst. 2,16,5) : "Si patris testamentum non valeat, ne filii quidem valebit". "Si le testament du père tombe, celui du fils tombe aussi" et on peut rattacher à la même idée une autre conséquence : la personne qui a été instituée par le père et qui a été substituée pupillaire au fils doit, dit le Digeste, prendre le même parti sur l'hérédité du fils que celui qu'elle a pris sur l'hérédité du père : elle doit répudier ou accepter les deux.

Mais il y a dualité de successions; conséquences de cette idée.

b) Il y a deux hérédités : en conséquence :

I°) Le substitué a droit aux acquêts faits par le fils;

2°) Le père peut exhéréder son fils et lui donner un substitué pupillaire (Gaius 2, 182); celui-ci ne prendra que l'hérédité du fils.

Source : BIU Cujas

3°) Le substitué peut refuser de payer les dettes du père, si le fils avait usé du bénéfice d'abstention, c'est-à-dire si le fils ne prend que l'actif et ne prend pas le passif, tout au moins ce qui dépasse l'actif de la succession.

4°) Si le substitué était esclave au jour de la mort du père, c'était un héritier nécessaire. Cet esclave étant affranchi le jour de la mort du fils impubère, en quelle qualité recueille-t-il ? Telle était la question que se posaient les jurisconsultes.

S'il n'y avait eu qu'une hérédité, l'esclave aurait été considéré comme un héritier nécessaire par rapport au fils, comme par rapport au père et il n'aurait pu refuser. Les jurisconsultes du IIIème siècle déclarent qu'il pourra refuser la succession du fils c'est un héritier externe du fils. Puisqu'il y a deux hérédités, l'esclave était un héritier nécessaire vis à-vis du père; vis-à-vis du fils, il est un héritier externe.

III° - La substitution quasi-pupillaire.

III - Substitution exemplaire dans le cas où le paterfamilias qui teste a un fils fou.

On l'appelle encore "substitution exemplaire", ad exemplum" faite à l'exemple de la précédente.

Elle se présente dans le cas de folie de l'enfant pubère. Cet enfant ne pourra pas faire son testament. Comme le patrimoine irait aux héritiers légitimes et que, parmi eux, certains peuvent-être indignes, le père prend le parti de faire le testament pour son fils.

A l'époque classique, il fallait une permission du prince. Sous Justinien, cela n'est plus nécessaire.

Condition de validité.

D'ailleurs n'importe qui ne peut faire une substitution quasi-pupillaire. Il faut que ce soit :

1° un ascendant - à l'époque où nous nous plaçons, les enfants héritent de leurs ascendants.

2° A défaut d'ascendant, les frères et soeurs de l'enfant et à défaut encore une tierce personne peuvent la faire.

Toutefois, le furiosus doit recevoir par le testament de son ascendant la quarte légitime.

Source : BIU Cujas

Section II

L'exhérédation.

L'exhérédation; peine contre l'enfant qui a démérité et que son père exclut de sa succession.

Un père de famille trouve que son enfant est indigne. Il veut le frapper; il ne veut pas qu'il participe aux sacra d'abord, au patrimoine, ensuite; il l'exclut de sa succession, il l'exhérède (auj. le déshérite).

L'exhérédation est, en général, une peine; mais elle peut être faite aussi dans un bon esprit, "dans une bonne intention" (bona mente). Elle est faite, dans ce cas, pour éviter à l'héritier présomptif la liquidation de la succession; on lui laisse alors un legs important. L'exhérédation ressemble donc à l'émancipation qui a été tout d'abord le renvoi de l'enfant de la famille et qui est devenue favorable à l'enfant.

Caractère formaliste de l'exhérédation.

Les Romains, très formalistes, veulent que le testateur qui a des héritiers légitimes, ou bien les institue, ou bien les exhérède. Ils n'admettent pas qu'on les omette. Avant d'instituer un tiers, il faut exhéréder les héritiers légitimes. Jusqu'à quel degré ? cela dépend des époques.

§ 1 - Le Droit Civil ancien.

Obligation pour le père d'instituer ou d'exhéréder ses heredes sui. Justification du droit de les exhéréder.

Il faut instituer ou exhéréder les personnes qui sont placées directement sous la potestas du pater: fils ou filles, petits-fils ou petites-filles. Le jurisconsulte Paul explique cela par la co-propriété de famille : ces personnes sont des sui heredes (Dig. 28, 2, 11).

Quant au droit d'exhéréder ses enfants, le père peut l'exercer sans donner aucun motif, sans raisons, parce que dit Paul, "le père pourrait les tuer" (moeurs rudes du droit primitif).

L'exhérédation doit être contenue dans un testament et non dans un Codicille. Elle est formaliste, comme l'institution, mais en sens inverse. Autrement dit : le mot technique c'est "exheres" au lieu de "heres". Titius filius meus exheres esto" : "Que Titius, mon fils, soit exhérédé".

Formes de l'exhérédation; différence pour les fils et les filles.

Il faut exclure chaque fils nominalement : Gaius (2,127). Pour les filles et les petits-enfants de l'un ou de l'autre sexe, il suffit de les déshériter en bloc : "inter ceteros" "Que tous les autres soient exhérédés". Cela tient peut-être au peu de cas que les

Source : BIU Cujas

Romains faisaient des filles.

Le formalisme s'adoucit et on admit plus tard des atténuations.

Etendue de l'exhérédation.

L'exhérédation doit porter sur toute l'hérédité : pas d'exhérédation "ex certa parte"; pas d'exhérédation "ex certa re".

Sanction différente du défaut d'exhérédation suivant que c'est un fils ou une fille ou un petit-fils.

Au cas où le suus aurait été omis, il faut distinguer :

Si un fils a été omis, le testament est radicalement nul, "injustum".

S'il s'agit de l'omission des autres "sui", le testament ne tombe pas; les "sui" omis concourront avec les tiers institués. Exemple : un tiers institué et une fille omise : celle-ci prendra la moitié. C'est ce qu'on appelle le jus adcrescendi " le droit d'accroissement", mais ce mot est pris ici dans son sens le plus rare et le plus exceptionnel : (le sens ordinaire est celui de droit de prendre la part d'un cohéritier défaillant) (Gaius 2, 124)

Reconnaissance progressive du droit d'éxhéréder les postumes.

Parmi les sui, on n'a prévu que ceux qui étaient déjà nés ; mais il peut venir des sui après la confection du testament, ceux qu'on appelle des postumes siens dont la survenance entraîne la rupture du testament. Pour éviter cette rupture, la Coutume s'était introduite d'instituer les sui qui naitraient après la confection du testament. Pour l'exhérédation, le même processus s'était naturellement établi. On pouvait également exhéréder les postumes, à condition qu'ils entrent dans la famille après le testament par la naissance ou par le prédécès de leur père et non pas par l'adoption ou la manus.

§ 2 - Le droit prétorien.

La première classe de successeurs prétoriens ab intestat est celle des liberi qui comprennent deux catégories : les "sui" et les émancipés.

Extension prétorienne de l'obligation d'exhéréder, à tous les liberi, même aux émancipés.

D'après le droit civil, les émancipés n'ont pas à être exhérédés parce qu'ils sont sortis de la famille civile ; on peut les omettre.

En droit prétorien, tous les liberi comptent dans la famille : par conséquent, il faut ou instituer ou exhéréder tous les liberi quels qu'ils soient, même les émancipés, sauf les enfants adoptifs qui font partie d'une nouvelle famille et qui ne peuvent pas cumuler leurs avantages.

Formes prétoriennes de l'exhérédation.

Le préteur exige qu'on exhérède nominativement les liberi du sexe masculin et "inter ceteros" (en bloc) les liberi du sexe féminin.

Si les formes n'ont pas été respectées, ou s'il

Sanction : la B.P. contra tabulas. Elle ne produit que l'effet d'une nullité relative.

y a eu omission d'un des liberi, le testament peut être attaqué par une voie prétorienne : la B.P. contra tabulas, qui s'attaque au testament même pour le faire tomber, non directement aux institués. Voici les effets :

En Droit civil, quand on attaque un testament, il est déclaré "injustum" et il tombe en entier.

En Droit prétorien, les effets sont relatifs, le testament ne sera rescindé que dans la mesure où l'omis viendra prendre sa place. Autrement dit, le préteur veut réparer l'injustice commise. Aussi les dispositions qui auraient pu lui nuire tombent-elles : les legs tombent, mais non les tutelles, les affranchissements.

§ 3 - Le Droit de Justinien.

Transformation de la matière par Justinien pour mieux protéger les droits des héritiers.

Justinien a remanié complètement la matière et plusieurs constitutions ont été rendues par lui à cet effet. Elles sont toutes résumées dans un paragraphe des Institutes (2,13,5) :

1°- L'enfant adoptif doit être exhérédé par son père naturel ;

2°- Toute personne doit être exhérédée nominativement ;

3°- Plus de distinction entre les successeurs ; plus de jus adcrescendi. Les descendants sui omis peuvent attaquer le testament et le faire tomber en demandant la nullité civile ; les descendants non sui, par exemple, les émancipés, peuvent demander la B.P. contra tabulas. C'est un sacrifice que fait l'empereur à la distinction du droit civil et du droit prétorien; il devait disparaître plus tard avec les Novelles 118 et 127 sur la réforme des successions.

La quarte légitime.

La Novelle 115 (au Chap. 3) a visé notre matière. Elle déclare qu'on ne peut exhéréder un héritier que si on lui laisse la quarte légitime; (c'est comme cela aujourd'hui: on ne peut déshériter que partiellement, car il existe aujourd'hui ce qu'on appelle la "réserve" (V. Infra).

Les enfants, en principe, ne peuvent pas omettre leurs parents, sauf pour certaines raisons qui sont limitativement énumérées: cas où les parents auraient commis quelque acte perfide vis-à-vis du testateur.

Section III

Les legs.

Le legs, li-

Le legs - en latin legatum - est une libéralité

Source : BIU Cujas

béralité à cause de mort contenue dans un testament ou un codicille confirmé.

à cause de mort (par opposition à la donation qui peut être faite soit entre vivants, soit à cause de mort en Droit Romain), qui est laissée à quelqu'un par testament et qui est mise à la charge de l'institué. On ne peut pas faire des legs à quelqu'un sans faire son testament.

Aujourd'hui, on fait des legs par testament, mais il n'y a plus nécessairement d'institués: "En France, institution d'héritier n'a lieu "disait Loysel dans ses Institutes Coutumières.

Le légataire universel du Droit français, c'est donc un héritier et les legs particuliers seront mis à sa charge.

Cependant on a admis, en Droit Romain, que les Codicilles confirmés par testament pouvaient contenir des legs. On les confirme ordinairement par avance en disant: "Si je fais plus tard des Codicilles, qu'ils soient confirmés. "

§ I - Formes des legs.

4 formes de legs.

Il existe 4 formes de legs jusqu'à Justinien.
1°) Le legs per vindicationem;
2°) Le legs per damnationem;
3°) Le legs sinendi modo;
4°) Le legs per praeceptionem.

1°) Le legs per vindicationem.

1°)Legs per vindicationem par lequel le testateur transfère la propriété ou un droit réel. Sanction: action en revendication, ou action réelle.

Comme l'indique son nom, ce legs ouvre la revendication (vindicatio rei) de la propriété, aussi bien que la vindicatio servitutis ou la vindicatio usus fructus, (l'action confessoire). Ces legs confèrent donc au légataire des actions réelles et par conséquent des droits réels.

Lorsqu'il s'agit du legs de propriété, la formule est celle-ci: "Titio hominem Stichum do,lego". "Je donne et lègue à Titius l'esclave Stichus" (Gaius, II, 193).

Constitution d'usufruit par legs per vindicationem. Double forme d'application: translatio, deductio.

S'il s'agit de l'usufruit (dont la constitution par legs est extrêmement fréquente, aussi bien en droit romain qu'en droit moderne), les formules sont de deux sortes suivant qu'il s'agit d'une Constitution de l'usufruit par transfert d'usufruit (translatio usus fructus), ou d'une constitution par rétention ou par déduction: (retentio aut deductio usus fructus).

1° - Dans le 1er cas, la formule se rapproche de la formule de la revendication: "Titio usum fructum fundi Corneliani do,lego": "Je donne et lègue à Titius l'usufruit du fonds Cornélien".

Avec cette formule, Titius a la vindicatio usus

Source : BIU Cujas

fructus contre l'héritier, c'est-à-dire l'action confessoire, pour forcer l'héritier à le laisser exercer son usufruit.

2°) S'il s'agit d'une rétention, la formule est: "Titio fundum Cornelianum deducto usufructu do lego". "Je donne et lègue à Titius le fonds Cornélien, déduction faite de l'usufruit". Dans cette hypothèse, Titius sera propriétaire et l'héritier sera usufruitier. C'est une constitution de l'usufruit au profit de l'héritier.

L'objet du legs per vindicationem ne peut être que la propriété ou des droits réels sur des choses quiritaires possédées par le testateur au jour du testament et au jour de son décès cumulativement. Pour les choses provinciales, les actions réelles sont données utiliter.

2° - Le legs per damnationem.

2°- Legs per damnationem faisant naître à la charge de l'héritier un droit de créance au profit du légataire. Sens et origine de la damnatio.

C'est le plus intéressant.

Voici la formule du legs per damnationem (Gaius, II,201). "Heres meus Titio Stichum servum meum dare damnas esto!". On traduit souvent: "Que mon héritier soit condamné!" - non, ce n'est pas une condamnation; il n'y a que les autorités pour prononcer des condamnations: il y a là un mot que nous ne pouvons pas traduire parce que l'idée n'existe plus aujourd'hui: "Que mon héritier, soit "obligé" (mais ce n'est pas encore cela) de donner (c'est-à-dire de transférer la propriété) à Titius, mon esclave Stichus". On peut simplifier en disant: "Que mon héritier donne à Titius mon esclave Stichus".

Cette expression: "damnas esto" nous reporte aux origines mêmes du Droit et plus exactement encore à la coutume, ce qui existait avant le Droit.

Le Droit n'a pas toujours existé comme nous le connaissons; avant lui, existaient des institutions, des Coutumes, des pratiques qui ne répondent pas du tout aux notions juridiques, qui répondent à d'autres notions que nous ne connaissons plus que par l'histoire ou par des populations peu civilisées. Dans ces temps reculés, la façon de concevoir ces institutions pré-juridiques était une conception "magique"; et l'héritier, au lieu d'être obligé de livrer la chose au légataire avait une charge qui pesait sur lui et qui était de nature pré-juridique "magique", c'est-à-dire que si l'individu du grevé de cette charge ne livrait pas, comme cela lui était imposé, l'esclave à Titius, cet héritier était menacé de peines non juridiques de peines magiques. La "damnatio" est une sorte d'exsécration".

Source : BIU Cujas

Le testateur veut dire: "Si tu n'exécutes pas ma volonté, tu seras l'objet de phénomènes extraordinaires et qui rentrent dans un ordre d'idées extra-naturel". Il est menacé de se voir torturé par les esprits. La peur des esprits, ou la peur que ses mânes ne trouvent pas la place où ils doivent aller, font que l'héritier n'hésitera pas longtemps à s'exécuter (1).

Sanction du legs per damnationem au moyen d'une manus injectio remplacée par l'actio ex testamento.

Ensuite, la damnatio a reçu une sanction juridique que nous connaissons par des textes et en particulier par celui de Gaius. L'héritier qui ne veut pas s'exécuter peut être attaqué par le légataire, par l'action de la loi: per manus injectionem, très brutale (v. Procédure). La civilisation s'étant adoucie, on a reconnu que cette procédure était trop brutale et depuis la procédure formulaire, l'action qui est donnée contre l'héritier est une action personnelle ordinaire comme toutes celles qui naissent des obligations. L'héritier étant obligé, il est débiteur, et par conséquent passible d'une action personnelle: l'actio ex testamento.

Caractère de l'actio ex testamento: elle croît au double en cas de dénégation du défendeur.

C'est une action, action personnelle, mais avec un caractère propre, précisément parce qu'elle est une transposition de la manus injectio: elle croît au double contre celui qui nie: lis infitiando crescit in duplum (tandis que, ordinairement, l'action a la même condamnation, soit qu'on avoue, ou qu'on nie) (2). Du moins, si l'objet légué est une res certa.

Domaine d'application du legs per damnationem: d'abord limité à l'argent, il s'est étendu à toutes choses pouvant faire l'objet d'un droit de créance.

Le legs per damnationem ne s'est appliqué d'abord qu'à de l'argent. C'est du moins une opinion soutenue par Aristo. En effet, il fallait que l'objet du legs correspondit à celui de la manus injectio, que ce soit toujours de l'argent;- ou, tout au moins, s'il portait sur des choses certaines, comme un esclave, il fallait estimation de la valeur de l'objet légué pour pouvoir permettre l'application de la manus injectio.

Sous la procédure formulaire et jusqu'au Droit de Justinien lui-même, le legs per damnationem porte sur tout ce qui peut faire l'objet d'un droit de créance.

On peut dire que tout peut faire l'objet d'un droit de créance (on reviendra sur cette idée). On peut léguer per dammationem: soit une chose corporelle, une maison, un esclave, etc,..., soit une chose incorporelle, par exemple, une créance, une dette, la libération d'un débiteur.

---

(1) V. Jobbé-Duval, Les morts malfaisants, Paris, 1924.
(2) V. J. Paoli, thèse; Paris, 1933.

Source : BIU Cujas

On peut léguer soit la chose du testateur, soit la chose de l'héritier, soit même la chose d'un tiers.

Legs de la chose d'autrui.

Léguer la chose du testateur, c'est l'hypothèse normale ; la chose de l'héritier, cela se conçoit encore, puisque le legs per damnationem est à la charge de l'héritier, léguer la chose d'autrui ("que mon héritier soit contraint de donner à Titius la chose de Seius") cela parait absurde et d'une façon générale, les actes qui sont faits sur la chose d'autrui nous surprennent. En droit français, la plupart de ces actes sont nuls : ainsi, la vente de la chose d'autrui n'est pas possible. En Droit Romain, ces actes sont valables. Que signifient-ils ? Cela veut dire que l'héritier ne peut pas forcer Seius à donner sa chose, mais il peut essayer de l'obtenir par exemple, en offrant un bon prix.

Si l'héritier ne peut pas obtenir de Seius son esclave, il sera obligé de donner une somme équivalente au légataire.

On peut léguer per damnationem une chose présente ou une chose future - une chose singulière ou une universalité.

Le legs per damnationem est "optimum jus legati".

Les Romains ont dit à juste titre que le "legs per damnationem", c'était "l'optimum jus legati" c'est le meilleur de tous les legs" (Gaius 2,202,203).

Ce legs, cependant, n'est pas sanctionné par une action réelle, mais seulement par une action personnelle ; celle-ci est inférieure à l'action réelle, puisque le droit personnel manque du droit de préférence et du droit de suite ; ce n'est donc pas le meilleur de tous les legs au point de vue de la sanction, mais le plus large.

Importance acquise par cette forme de legs par suite du S.C. Néronien.

Le legs per damnationem avait encore un avantage depuis le sénatus-consulte Néronien, aux termes duquel tout legs qui était nul en raison de sa forme valait comme legs per damnationem . (Gaius 2, 197). Par conséquent, s'il y a une faute dans la formule d'un autre legs, le légataire aura cependant une action personnelle, mais semble-t-il, seulement utilis (1).

3°- Le legs sinendi modo.

3. Comparaison legs sinendi modo.

"Que mon héritier soit dammas à permettre à Lucius Titius de prendre l'esclave Stichus et de l'avoir pour soi" (Gaius 2,209) "Heres meus dammas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere". La sanction est l'action ex testamento,

---

(1) Sur une autre interprétation due à M. Ciapessoni V. Monier, t. I. p. 623-624 et Arangio Ruiz, Istituz. 3ème éd. 1934 p. 545, n. 1.

Source : BIU Cujas

di modo avec le legs per damnationem.

comme pour le legs précédent. Mais on ne peut léguer par ce legs que la chose du testateur.

4°- Legs per praeceptionem.

4°- Legs par préciput.

"Lucius Titius Stichum hominem praecipito". " Que Lucius Titius prenne par préciput (par préférence) avant partage l'esclave Stichus" (Gaius, II, 216).

A qui pouvait-il être adressé? Discussion sur ce point entre Proculiens et Sabiniens.

C'est un legs par préciput - qui existe encore aujourd'hui. Il a soulevé une controverse entre Sabiniens et Proculiens.

Les Sabiniens (qui sont dans le vrai) pensaient que le legs ne pouvait être adressé qu'à un héritier puisqu'il s'agit d'un legs de préciput qui veut dire "prendre avant le partage de l'hérédité". Cela s'adresse donc à un héritier qui obtiendra la délivrance du préciput par l'action en partage : "actio familiae erciscundae", si les autres héritiers lui contestent son droit.

Les Proculiens déclaraient que ce legs pouvaient être fait à n'importe qui, que c'était un legs comme les autres, soit un legs per vindicationem, soit même un legs per damnationem. (Gaius II, 221,222).

Atténuation au formalisme des legs : S.C. néronien, suppression des formules de legs par les fils de Constantin; Justinien.

Leur doctrine a été confirmée par une Constitution d'Hadrien,

Pour terminer disons que le sénatus -consulte Néronien indiquait déjà la volonté des Romains de simplifier. L'unité a été rendue facile par la suppression des formules réalisée par les fils de Constantin (339).

La sanction du legs ne dépendra plus de la forme.

Justinien declare dans les Institutes (Inst. 2,20, 2) qu'on peut employer pour les legs toutes les expressions possibles. La sanction ne dépendra plus de la forme, mais de l'objet du legs: tantôt le légataire aura une action réelle si l'objet légué appartenait au testateur, tantôt il aura une action personnelle, si l'objet n'appartenait pas au testateur. Justinien l'a fortifiée par une action hypothécaire.

§ 2 - Détails sur quelques objets des legs.

L'objet du legs doit être licite et in commercio.

Il faut que la chose léguée puisse être l'objet d'un droit de propriété, d'un droit de créance ou d'un autre droit réel. On ne peut pas léguer les choses qui sont hors du commerce, les choses "extra patrimonium", celles qui n'ont pas d'existence possible ou qui ont cessé d'exister, les faits immoraux ou illicites.

En dehors de cela, on peut léguer des choses corporelles ou des choses incorporelles.

Le legs peut avoir pour ob-

I°- Des choses corporelles. On peut léguer des choses existantes ou futures.

2°- On peut léguer un genre (genus) ou une espèce (species), un corps certain, ou un objet à choisir dans la succession (legs d'option).

Source : BIU Cujas

jet un genus ou une species, la chose du testateur, de l'héritier ou d'autrui, mais non du légataire.
Condition de validité du legs de la chose d'autrui.
Legs des choses incorporelles.

3°-On peut léguer la chose du testateur de l'héritier, ou d'autrui (v. plus haut) mais non au légataire sa propre chose (on le verra plus loin). Quant au legs de la chose d'autrui il faut distinguer si le testateur a su qu'elle appartenait à autrui ou non. Chose curieuse, si le testateur a su que la chose était à autrui, le legs est valable, si le testateur a cru que la chose lui appartenait à lui-même, le legs est nul, parce qu'alors, dit-on , on ne sait pas ce qu'il aurait fait si la chose avait été à lui. La preuve dela bonne ou de la mauvaise foi du testateur incombe à l'institué (Just. 2,20,4).

2°- Des choses incorporelles.

On peut léguer des servitudes (on a vu que celles-ci se constituaient très fréquemment par legs); des créances, une option ou la libération du débiteur.

a) Legs de créance - sa réalisation au moyen d'un legs per damnationem faisant naître à la charge de l'héritier l'obligation de céder au légataire l'action qui la sanctionne.

a) On peut léguer une créance per damnationem. Il faut naturellement qu'elle ne soit pas éteinte au moment de la mort du testateur.

Quel est l'effet de ce legs ? L'héritier sera obligé, par l'actio ex testamento de céder au légataire la créance , c'est-à-dire en droit romain l'action (l'action commande le droit). C'était un détour et il nous semblerait plus naturel que le légataire s'adressât tout simplement au débiteur. Les Romains sont arrivés à ce stade, mais ce sera par une action utile - et non par une action directe qu'il agira.

Il est possible, d'ailleurs que la cession tacite de créance ne se soit produite que sous Justinien.

b) le legs d'option donnant droit de choisir parmi certains objets de la succession -différences d'effets selon qu'il se réalise per vindicationem ou per damnationem.

b) Le legs d'option.

On lègue par exemple la faculté de choisir un esclave parmi ceux qui sont dans la maison. Ce legs peut être fait soit per vindicationem soit per damnationem. S'il est fait per vindicationem, c'est le légataire qui a le choix, s'il est fait per damnationem, c'est l'héritier qui a le choix. S'il y avait dissentiment entre plusieurs légataires d'option si, par exemple, ils choisissent tous l'esclave Stichus, en droit classique le legs tombait, sous Justinien, on tirait au sort (Inst. 2,20,23; Règles d'Ulpien 24,14).

c) Le legs de libération: fait par le créancier au débiteur, il donne à celui-ci une exception de dol pour repous-

c) Le legs de libération.

Un individu est débiteur et le testateur lui lègue sa libération.

Ce legs est faitd 'habitude par le créancier : Ex : Secundus devait 100 à Primus : Primus, en mourant lui lègue sa libération. Dans ce cas, le débiteur n'est pas libéré de plein droit. Il le serait aujourd'hui. Il faut que l'héritier le libère par les modes d'extinction civils des obligations. Mais le débiteur peut attendre la poursuite de l'héritier, et il le repous-

Source : BIU Cujas

ser l'action du créancier, fait par un tiers, il oblige l'héritier de celui-ci à payer le créancier.

sera par l'exception de dol, en disant "vous me poursuivez à tort, attendu que je suis libéré par le testament; vous savez que vous n'êtes plus créancier"; sa libération aura lieu "jure praetorio" et non pas "jure civili".

Sous Justinien, le débiteur libéré pourrait exiger sa libération de l'héritier par l'actio ex testamento. (Inst. 2,20,I3).

Le legs de libération peut même être fait à un débiteur par un individu qui n'était pas son créancier. Ex : Secundus était débiteur de Primus, Tertius, qui connaît Secundus, peut très bien inscrire la libération de Secundus dans son testament pour lui faire un avantage. Alors l'héritier de Tertius devra payer la dette de Secundus : Tertius mettra la dette sur la tête de l'héritier.

d)Legs d'une universalité.

d) Legs d'une universalité:

I°- On peut léguer à quelqu'un l'hérédité déjà recueillie par le testateur, mais pas l'hérédité future.

2°- On peut léguer le pécule d'un alieni juris.

3°- On peut léguer une quote-part de son hérédité, (d'habitude, le legs ne porte que sur des choses individuelles), une moitié, I/4, 3/4 c'est le legs partiaire, que l'on étudiera plus tard.

§ 3 - La règle Catonienne.

Pour être valable le legs doit pouvoir s'exécuter au moment même où il est fait.

Cette règle est très obscure dans son origine et dans sa signification (I). On ne sait pas de quel Caton elle émane. Voici comment elle se formule :

Un legs qui n'aurait pas été valable si le testateur était mort au moment de la confection de son testament, ne pourra être valable au moment du décès, même si l'obstacle de droit ou de fait qui s'y opposait avait disparu. (Dig. 34,7," De Regula Catoniana "I,pr.

"Catoniana regula sic définit, quod , si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret; id legatum quandocumque decesserit, non valere".

I° Exemple d'un obstacle de fait : "Le legs de sa propre chose au légataire."Evidemment c'est absurde de léguer sa propre chose au légataire et on comprend très bien que la chose soit inacceptable. Mais entre le moment où le testateur a fait son testament et le moment de sa mort, le légataire aliène Stichus: le legs de la chose d'autrui est parfaitement valable. Nonobstant cette possibilité postérieure , le legs reste nul. C'est la règle catonienne qui l'emporte. (Inst. 2,20,I0).

2°- Exemple d'un obstacle de droit : Le legs fait à un esclave de l'institué est inefficace. En effet,

(I) Bibliographie Monier, t. I, p. 622, n. 2.

Source : BIU Cujas « Les Cours de Droit » Place de la Sorbonne, 3 Répétitions Ecrites Reproduction Interdite

l'institué est propriétaire de ce legs fait à son esclave, mais en même temps, il en est débiteur à titre d'institué. Cela contrarie son droit. Mais cet obstacle pourra disparaître : l'esclave, bénéficiaire du legs est aliéné, il devient la propriété d'un tiers, le legs pourrait parfaitement exister, puisque l'institué ne serait plus à la fois débiteur et créancier, il serait débiteur du nouveau maître de l'esclave. Ou encore l'esclave est affranchi, il acquiert alors pour lui-même, et le legs pourrait encore s'exécuter. Mais la règle Catonienne intervient, et le legs est nul. (Inst. 2,20,32).

Non application de la règle catonienne aux legs conditionnels et aux institutions d'héritier.

La règle Catonienne ne s'applique pas aux legs conditionnels parce que la condition est un évènement futur et incertain et on n'est jamais sûr que la condition se réalisera, tandis qu'on est sûr que le terme arrivera - il y a eu cependant des controverses :(Gaius, 2,244).

Enfin, la règle ne s'applique pas non plus aux institutions d'héritier.

On a essayé de savoir à quoi répondait cette règle en étudiant les exceptions. Mais elle reste obscure dans son origine. Peut-être vient-elle de la mancipatio familiae.

Section IV.

Les fidéicommis (fideicommissa).

Le fidéicommis qui existe encore rarement en France y a existé davantage avant la Révolution et existe beaucoup chez les Anglais qui ont gardé un droit archaïque, est une disposition de dernière volonté par laquelle une personne confie à quelqu'un le soin de remettre quelque chose à un tiers.

La personne, à qui l'on confie cette sorte de mandat s'appelle le "fiduciaire " (trustee) parce qu'on lui fait confiance).

Le tiers bénéficiaire s'appelle le "fidéicommissaire". Ce détour est surprenant.

Pourquoi ne pas laisser directement au bénéficiaire la chose que l'on veut lui laisser ? Il y a diverses raisons : des raisons de droit et des raisons de morale.

Origine des fideicommis imaginés pour laisser une libéralité à une personne qu'on n'aurait pas

C'est parce qu'on ne peut pas laisser directement à une personne quelconque ce qu'on veut lui laisser : s'il s'agit d'un citoyen romain capable, il n'y a aucune raison, en principe, de ne pas faire directement une disposition en sa faveur, mais pour ceux qui n'ont pas la factio testamenti, tout au moins vis-à-vis du

Source : BIU Cujas

put gratifier directement.

testateur, on prend ce moyen détourné (Gaius , 2,285).

Gaius dit que le fidéicommis a été inventé en faveur des pérégrins, il le savait bien puisqu'il enseignait en Asie-Mineure. Pour avantager un pérégrin, on instituait un citoyen romain avec la charge pour celui-ci de donner au pérégrin ce qu'on voulait lui donner.

De même, on s'est servi du fideicommis en faveur des citoyens romains qui n'avaient pas la capacitas, (le jus capiendi) (ne pas confondre avec la factio testamenti) les individus qui n'ont pas la capacitas, c'est-à-dire le pouvoir de recueillir la succession, sont ceux qui sont frappés des déchéances édictées par les Lois Caducaires : les caelibes (célibataires), les orbi (personnes sans enfants). Enfin il faut en rapprocher les personnes incertaines ou les postumi (Gaius 2,286, et 287).

Sanction donnée aux fideicommis par Auguste par voie de procédure extraordinaire.

Le fidéicommis est un acte de pur fait, qui viole la Loi. Aussi pendant longtemps, le fidéicommis ne produisit-il aucune conséquence de droit. Mais l'empereur Auguste donna au fidéicommis un commencement d'existence juridique : s'il surgit un procès en ce qui concerne l'exécution d'un fidéicommis, il pourra être porté non pas devant les autorités judiciaires, comme le préteur urbain, mais devant des autorités qu'on appelle "administratives" : les consuls, les préteurs fidéicommissaires, qui furent réduits à un sous le règne de Titus.

Ainsi, le fidéicommis n'a pas une existence régulière. Il a une existence extraordinaire, puisque les autorités dont on vient de donner le nom sont, en effet, des magistrats extraordinaires, qui connaissent des affaires en dehors de l'ordo.

Le fidéicommis a gardé longtemps de ses origines, des caractères particuliers. Les institutions sont comme les personnes, elles gardent longtemps la trace de leurs origines.

Différences entre les legs et les fidéicommis.

Gaius énumère toutes les différences entre les legs et les fidéicommis qui subsistent de son temps (G. 2,268 à 283) : Voici les principales :

1°- Le fidéicommis peut être sans formes, oral, même tacite.

2°- Il peut être fait dans un testament ou dans un codicille (rapprocher cela des contre-lettres du droit moderne).

3°- Il peut être mis à la charge de n'importe qui, institué légataire ou héritier ab intestat.

4°- Il n'exige pas la capacitas.

5°- Il est sanctionné d'une façon extraordinem.

6°- Il peut être fait dans une langue autre que le latin (On sait, en effet, qu'il s'adresse à des

Source : BIU Cujas

provinciaux).

Par contre, certaines différences qui existaient primitivement n'existaient déjà plus du temps de Gaius (Gaius écrit entre I38 et I54).

Les différences qui ont disparu font qu'il s'est rapproché du legs, qu'il a perdu de son indépendance.

Tendance à l'époque classique à rapprocher les legs des fidéicommis pour leur appliquer les mêmes règles.

Ainsi: I°- Un sénatus consulte d'Hadrien a déclaré que les pérégrins ne pourraient plus recevoir par fidéicommis.

2°- Le Sénatus-consulte Pégasien a déclaré qu'on ne pourrait plus laisser de fidéicommis aux coelibes et aux orbi.

3°- Un autre sénatus-consulte d'Hadrien a décidé qu'on ne pourrait plus laisser de fidéicommis aux personnes incertaines et aux postumi alieni (Gaius, II, 284 288).

Il ne reste plus qu'une catégorie de personnes qui peuvent recevoir des fidéicommis: ce sont les Latins Juniens. (Ils ont été ramenés plus tard dans la norme à l'égard de la Loi Falcidie, et aussi à propos des dispositions pénales qui sont impossibles, aussi bien dans le legs que dans le fidéicommis. On ne peut pas faire de dispositions à titre de peine envers un autre : "Je vous laisse I00.000 as pour punir telle personne ".)

Fusion entre les deux institutions à l'époque de Justinien.

Le rapprochement des legs et des fidéicommis devait s'accentuer. Sous le règne de Justinien, la fusion s'est faite à la fois dans les deux sens, car le legs pourra être mis à la charge de n'importe quel gratifié, même de l'héritier ab intestat.

Il ne subsiste que deux différences :

I°- Le fidéicommis peut se faire aussi bien par codicille que par testament. Le legs ne peut se faire que par testament ou par codicille confirmé.

2°- Le fidéicommis est susceptible de recevoir toutes sortes de modalités, le legs ne le peut pas. Ce sont les derniers restes de l'indépendance du fidéicommis.

Section V.

Les modalités recevables dans les diverses clauses du testament.

M. Collinet donnera seulement un tableau résumé (V. les Manuels) des modalités recevables ou non dans les institutions d'héritiers et les legs.

I°- Le terme suspensif certain est supprimé à cause de la règle : Semel heres, semper heres;

Source : BIU Cujas

2°- Le terme incertain est valable, parce qu'il équivaut à la condition suspensive.

3°- Le terme extinctif et la condition résolutoire sont réputés non écrit;

4°- La condition suspensive est admise, si elle est casuelle ou potestative de la part de l'héritier; si celle-ci est négative, le bénéficiaire donnera la caution Mucienne;

5°- Le legs de rente viagère (à terme incertain) engendre une créance multiple, certaine, temporaire contrairement à la stipulation de rente viagère (Pomponius, Dig. 45,I,I6,I) (V.II° Année).

6°- Le legs et le fidéicommis temporaires sont admis par Justinien (Code 6,37,26).

7°- Le legs poenae nomine est valable depuis Justinien (Inst. 2,20,36).

Source : BIU Cujas

Titre III

LES CONDITIONS D'EFFICACITE DES DROITS DES HERITIERS, DES SUCCESSEURS, DES LEGATAIRES ET DES FIDEICOMMISSAIRES.

On suppose qu'une personne est morte et laisse des successeurs: à quelles conditions les effets de la mort de cette personne se produiront-ils ?

Chapitre 1er

CONDITIONS GENERALES.

Deux conditions pour bénéficier d'une succession ab intestat ou testamentaire: 1°) Etre vivant, 2°) être capable. Epoques auxquelles sont exigées ces conditions.

Pour qu'une personne quelconque puisse profiter d'un bénifice soit testamentaire, soit ab intestat, il faut qu'elle soit: 1°) vivante, ou tout au moins conçue; 2°) capable (factio testamenti passiva). Si le testament ne pouvait pas s'exécuter par suite de l'incapacité de l'institué, il serait "destitutum".

A quel moment sont exigées ces deux conditions? S'il s'agit d'un héritier ab intestat, c'est au moment où l'on est sûr que la succession testamentaire ne s'ouvrira pas; s'il s'agit d'une succession testamentaire ou d'un legs, en principe, le moment décisif, c'est celui de la mort du testateur.

Cependant, en vertu des Lois Caducaires, le moment décisif a été reculé jusqu'à l'ouverture du testament qui se faisait dans le Bureau où l'on recueillait l'impôt du vingtième.

Distinction pour le légataire entre le dies cedens et le dies veniens.

Pour les legs, le légataire doit être vivant et capable au moment de la mort du de cujus.

Cela paraît illogique, parce que le légataire devrait remplir les conditions au moment de l'ouverture du testament, puisque son droit ne pourra s'exercer que si l'appelé dans le testament a accepté. Mais c'était très dangereux, car le droit du légataire aurait dépendu du droit de l'héritier institué; le Droit Romain a voulu que ce droit fût indépendant, et a placé l'ouverture de ce droit au moment de la mort du de

Source : BIU Cujas

cujus.

"L'ouverture de son droit" ou la possibilité de recueillir, s'appelle: la "diei cessio" "dies legati cedit": "l'échéance du legs approche". A partir de là, le légataire peut transmettre son droit à son héritier.

Mais cela ne veut pas dire qu'il acquerra ni que ses héritiers acquerront parce que l'efficacité de son droit dépend du parti que prendra l'institué.

Si l'institué accepte le testament, le droit du légataire deviendra effectif "dies venit" disent les romains; "le jour est venu"; autrement dit, le droit peut-être poursuivi en justice.

Pour le legs d'usufruit, le droit se fixe au jour de l'adition d'hérédité (v. les Manuels).

Chapitre II.

CONDITION SPECIALE AUX INSTITUES.

Nécessité pour l'institué capable et vivant d'avoir le jus capiendi.

Pendant longtemps, il n'y a pas en d'autres conditions que celles qu'on vient de dire. Plus tard, les Romains ajoutèrent une condition spéciale: la capacitas, ou le jus capiendi (il ne s'agit pas ici de conditions générales de capacité): c'est le droit de prendre, le droit d'acquérir (car il ne suffit pas d'être appelé pour acquérir) dans deux cas:

Restrictions au jus capiendi: 1°-le Latin Junien doit dans les 100 jours devenir citoyen.

1° - L'affranchi Latin Junien ne peut acquérir l'hérédité que s'il obtient le titre de citoyen dans les 100 jours. (Ce délai de 100 jours est un délai important).

2°- Restrictions résultant des lois caducaires.

2° - Les "Lois Caducaires" ont été rendues sous le règne d'Auguste. La première est la "Lex Julia de maritandis ordinibus" (736, 18).

La 2e est la loi Papia Poppaea (9 ap. J.C.). Ces lois ont été portées par Auguste pour aider au repeuplement de l'Italie. La méthode suivie par ces Lois a consisté à punir ceux qui n'avaient pas d'enfants et à récompenser ceux qui en avaient.

Les Lois Caducaires avaient eu des précédents à Rome, les censeurs étaient déjà intervenus, mais n'avaient pas réussi.

Personnes frappées par les lois caducaires:

Les Lois Caducaires distinguent:

1° - Les caelibes - hommes non mariés de 25 à 60 ans; les femmes non mariées de 20 à 50 ans; ils ne peuvent absolument rien recueillir par testament.

2° - Les orbi, patres solitarii, orbae, prennent seulement la moitié de l'hérédité ou du legs.

Source : BIU Cujas

L'orbus, c'est l'homme marié qui n'a pas au moins un enfant légitime conçu; l'orba (on discute à ce propos): c'est sans doute la femme mariée qui n'a pas le jus liberorum; le pater solitarius, c'est l'homme qui est veuf ou divorcé qui a des enfants mais qui ne s'est pas remarié.

Déchéances entre époux.

Les époux ne peuvent recueillir l'un de l'autre la totalité des libéralités qu'ils se sont faites que s'ils ont au moins un enfant vivant; sinon, ils peuvent recueillir seulement un dixième en capital, par enfant vivant et 1/3 en usufruit (1).

Concession du jus liberorum.

On a même supposé que le sénatus-consulte sur l'usufruit avait été fait à propos de l'usufruit entre époux.

Les époux seront relevés de cette déchéance s'ils ont obtenu de l'empereur le jus liberorum (Ulpien, Règles, 16,I,A.).

Exception aux lois caducaires: personnes bénéficiant de la solidi capacitas.

La solidi capacitas, le tout:c'est le droit de recueillir tout ce pour quoi on a été institué, c'est la faculté de ne pas subir de perte.

Voici les personnes qui en bénéficient:

1°) Les cognats.

2°) La femme qui a le jus liberorum.

3°) La veuve pendant deux ans, la femme divorcée pendant 18 mois.

4°) Les époux qui ont perdu des enfants dans des circonstances particulièrement douloureuses.

Impopularité des lois caducaires. Moyen imparfait de les tourner par fidéicommis.

Les Lois Caducaires n'ont pas eu beaucoup de succès "Quid leges sine moribus ? "Mais que peuvent les Lois, sans les moeurs" a dit Horace. Les autres poètes latins ont également fait des allusions nombreuses aux Lois Caducaires, en particulier Juvénal: "Depuis l'existence des Lois Caducaires, dit-il, on se marie non pour avoir des héritiers, mais pour être soi-même héritier". Et les Romains, auprès de qui ces lois n'étaient pas populaires, ont commencé par les tourner de diverses façons:

1° - par des fidéicommis. Seulement, le sénatus-consulte Pégasien, rendu sous Vespasien a assimilé le fidéicommis au legs, et les déchéances s'y appliquèrent.

2° - On employait le fidéicommis dit Tacite: mais celui-ci a été déclaré nul, et l'auteur a même été déclaré punissable comme lésant le fisc.

Les empereurs ont supprimé les Lois Caducaires. On trouve là une influence manifeste du christianisme et c'est un des seuls cas où l'on peut dire que le christianisme a eu une influence certaine, parce qu'à certains égards, il favorise le célibat.

(1) V.A. Levert, R.H.D., 1935, n° 2.

Source : BIU Cujas

Abrogation des Lois Caducaires.

Cependant Constantin n'a pas encore fait l'abrogation de ces lois, ni Honorius, ni Théodose: c'est Justinien seul qui l'a réalisée - (Code, 6,51,1)(530).

Chapitre III.

CONDITIONS PARTICULIERES AUX APPELES VOLONTAIRES OU EXTERNES.

Distinction des héritiers nécessaires et des héritiers externes.

On a vu que les héritiers nécessaires (les héritiers siens et les esclaves) n'ont aucun acte à faire pour acquérir la succession et ne peuvent la refuser.

Tous les autres héritiers soit ab intestat, soit institués sont, au contraire, des héritiers volontaires ou externes:

Les héritiers externes n'acquièrent la succession qu'à condition de faire adition.

1°- Ils doivent faire une manifestation de volonté pour être déclarés héritiers, l'adition d'hérédité; 2° - ils peuvent en sens inverse ne pas accepter l'hérédité.

Les bonorum possessores, les légataires, les fidéicommissaires sont aussi des bénéficiaires volontaires.

Une question préalable se pose: Dans quels délais l'appelé aura-t-il à se prononcer ?

Section I

Délai d'acceptation de l'hérédité.

Le terme extrême de l'acceptation est fixé par différents évènements:

Evènements qui empêchent de faire adition.

1° - L'arrivée d'une incapacité;

2° - L'accomplissement de l'"usucapio pro herede";

3° - La prescription de la pétition d'hérédité, au Bas-Empire, par 30 ans.

4° - Dans les bonorum possessiones, la B.P. doit être demandée dans les cent jours (sauf pour les ascendants et les descendants qui ont un an), après quoi s'ouvre le droit au profit des appelés en sous ordre.

5° - La mort de l'appelé - C'est un principe chez les Romains, que l'individu appelé à une succession ou à un legs, s'il meurt sans avoir accepté, ne transfère pas son droit à ses héritiers. "Hereditas non adita non transmittitur".

Pourtant, si l'obstacle à faire adition venait

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions Ecrites
Reproduction Interdite
Source : BIU Cujas
U

d'une absence pour cause majeure, dans l'intérêt de l'Etat, rei publicae causa, le préteur a accordé aux héritiers de l'absent une in integrum restitutio.

Intransmissibilité du droit de l'héritier qui n'a pas pris parti.

Au Bas-Empire, les descendants d'une personne instituée par un de ses ascendants pouvaient faire adition même si l'institué était mort. Cela s'explique parce qu'on reste dans la ligne descendante.

Justinien a généralisé: tout héritier institué ou ab intestat pourra transmettre son droit de faire adition à ses héritiers, mais pendant une année seulement.

La cretio - double sens du mot.

6° - Une dernière règlementation est beaucoup plus délicate: c'est la cretio.

La cretio est une institution antique et obscure, supprimée au Bas-Empire (1).

Le mot a trois sens: il désigne:

1°) Une formule du testament: le testateur dit: "Titius heres esto, cernitoque in centum diebus proximis, quibus sciet poteritque" (Gaius, 2,165): "Que Titius soit héritier et qu'il prenne parti dans les 100 jours qu'il aura connaissance de sa vocation héréditaire".

Le testateur fixe un délai dans lequel l'appelé devra se prononcer. S'il ne le fait pas, il perdra son droit.

2°) Le délai même dans lequel l'héritier doit faire adition. On distingue la cretio vulgaris, la cretio perfecta, mais ces notions sont assez obscures. Le délai peut être continu ou fixe. Voir Gaius (2,170 à 173).

3°) Un mode d'acceptation qu'on verra plus loin.

La cretio a disparu avec difficulté; Justinien l'a complètement abolie.

Les délais d'acceptation sont très brefs dans ce cas; plus ou moins longs dans les cas précédents. Il peut donc arriver que la succession reste en suspens. Cette situation présentait des inconvénients.

Section II

Inconvénients de l'indécision de l'appelé - Remèdes qui y ont été apportés.

Inconvénients de l'indécision de l'héritier au point de vue des sacra, des

L'indécision de l'appelé tient (encore aujourd'hui) ou bien à ce que la succession est complexe (il y a des biens dans tous les coins du monde; les grands propriétaires romains avaient des domaines en Gaule, en Afrique, en Asie), ou bien à ce qu'elle est embrouillée ou bien à ce que l'appelé a un caractère

(1) Bibliographie: Monier, t. I, p. 590, n. 1.

Source : BIU Cujas

biens, des créanciers et des appelés en sous- ordre.

indécis et hésite à se prononcer.

Quelle que fût la cause de l'indécision, les inconvénients étaient graves tant pour la succession même que pour les personnes en rapport avec la succession. En effet : les sacra sont suspendus;-l'usucapion pro herede est possible; - les biens peuvent ne plus être gérés; - les esclaves sont sans maîtres - et par conséquent, ils ne peuvent acquérir pour la succession - les dommages qui sont causés aux biens ne peuvent plus être réprimés car l'action de la loi Aquilia ne naît pas; - les créanciers ne sont pas payés, les tutelles et les affranchissements sont en suspens- les sous-ordres attendent toujours.

Les Romains ont apporté trois remèdes à ces inconvénients.

§ I - Théorie de l'hérédité jacente.

L'hérédité jacente.

Lorsqu'une personne meurt sans laisser d'héritiers ou sans que l'appelé se soit prononcé, ses biens, ses droits actifs et passifs, sont vacants; l'hérédité est jacente "hereditas jacet", - l'hérédité repose (sauf en face d'héritiers nécessaires).

Conception de l'hérédité jacente d'après Labéon en tant qu'entité juridique se suffisant à elle-même.

Labéon pour parer au fait que l'hérédité n'avait pas de maître, veut lui en donner un : Il dit : l'hérédité sera considérée comme "juris nomen" c'est-à-dire comme un concept juridique, et l'hérédité va former une entité en soi, elle est son propre maître, il en tirait quelques conséquences.

Cette conception n'a pas réussi. En effet, elle était trop métaphysique pour les Romains.

Rattachement de l'hérédité jacente par Javolenus à la personne de l'héritier.

Javolenus a cherché à rattacher l'hérédité à une personne physique. Il a dit: l'hérédité sera dès à présent à l'héritier futur. Cette conception ingénieuse n'était pas pratique parce que l'héritier futur est trop incertain.

Théorie de Julien : hereditas jacens personam defuncti sustinet.

Le disciple de Javolenus, Julien, esprit très vigoureux et novateur, a trouvé le système : il a rattaché l'hérédité jacente au défunt lui-même en prolongeant fictivement la vie du défunt : hereditas jacens personae defuncti vice fungitur". (Dig. 41,I,33,2) : L'hérédité prend la place de la personne du défunt". On dit aujourd'hui "hereditas sustinet personam defuncti". C'est une modification de la formule d'Ulpien: "hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet". "L'hérédité ne soutient pas la personne de l'héritier mais plutôt celle du défunt". (Dig. 41,I,34).

Conséquences de cette conception au

Conséquences : l'esclave héréditaire continue à acquérir comme si le maître vivait encore; l'action de la loi Aquilia naîtra.

Source : BIU Cujas

point de vue de la propriété de l'esclave et de la réparation des dommages causés à l'hérédité.

Cependant le D.R. n'a pas tiré toutes les conséquences de l'adage car il y a là une fiction: ainsi, l'hérédité jacente ne peut pas figurer en justice, ni aliéner, car l'esclave ne peut pas figurer en justice et l'aliénation est impossible.

Par conséquent, il y avait des limites dans cette conception. Elles n'ont jamais été dépassées. La formule était bonne cependant.

§ 2 - Le spatium deliberandi.

Création par le préteur du spatium deliberandi, à l'expiration duquel l'héritier est censé renonçant. Renversement de cette présomption par Justinien.

Le préteur a inventé le spatium deliberandi, un délai de 100 jours (imité de la cretio) pendant lequel l'appelé prendra parti.

S'il ne s'est pas prononcé dans les 100 jours, le préteur le tient pour renonçant. Il ouvre le droit du sous-ordre. Seulement, il ne peut lui donner qu'une B.P. puisqu'il ne peut faire de Droit civil.

Justinien a porté le délai jusqu'à 9 mois. Il l'a déclaré incompatible avec le bénéfice d'inventaire (V. Infra) et il a voulu qu'au bout du délai l'héritier fut censé acceptant (et non plus renonçant).

Aujourd'hui le spatium deliberandi est de 3 mois et 40 jours.

§ 3 - Acceptation provisoire.

Le préteur a autorisé aussi une acceptation provisoire et Constantin l'a suivi.

Section III

Partis que peut prendre un successeur ou un légataire.

L'acceptation ou la répudiation.

§ I - Les procédés d'acceptation en droit romain.

Différentes formes d'aditio.

On appelle cela l'adition d'hérédité (adire hereditatem, "aller vers l'hérédité")

I°- Déclaration solennelle de l'héritier a cretio.

I°- Le procédé formaliste le plus ancien s'appelait cretio; l'héritier institué "cum cretione" par un testament dans lequel se trouvait une cretio, prononce une formule d'acceptation: "Quod me Publius Moevius testamento suo heredem instituit eam hereditatem adeo cernoque" (Gaius 2,164). "De ce que Publius Moevius m'a institué héritier par son testament, cette hérédité,

Source : BIU Cujas

je l'accepte et je me détermine pour elle".

Il y a un certain nombre de difficultés sur cette acceptation qui se rattachent aux distinctions de Gaius sur la cretio perfecta et la cretio imperfecta, etc. (Voir les Manuels).

Manifestation quelconque de volonté.

2°- Un autre mode est sans forme. On manifeste sa volonté d'accepter librement (nuda voluntate) et quand la cretio a disparu, c'est le seul procédé exprès qui existe.

3°- Pro herede gestio (acceptation tacite). Seuls les actes de disposition par opposition aux actes d'administration peuvent entraîner l'acceptation tacite.

3°)L'on peut accepter enfin tacitement en se comportant comme héritier pro herede gerendo".

Quels sont les actes qui entraînent acceptation?

Il faut distinguer entre les actes de disposition et les actes d'aministration ou de conservation,(distinction plus importante en droit français qu'en droit romain) .

Les actes de disposition entraînent l'acceptation tacite. Par exemple l'appelé a fait une vente aux enchères des biens, il a donné à manger aux esclaves héréditaires (Ulpien, Règles, 22,26).

Les actes d'administration ou de conservation n'engagent pas l'appelé car on considère que celui-ci travaille pour l'hérédité conçue in globo, in abstracto. Il en est de même des actes qui auraient été faits par erreur par une personne qui n'était pas héritière.

Acquisition de plein droit du legs per vindicationem.

Le légataire per vindicationem a dû dans les temps anciens, accepter la libéralité, mais plus tard on admit qu'il l'acquérait de plein droit (Gaius, 2,195, et 200).

En droit prétorien, la B.P. ne permet pas d'être successeur sans une demande adressée au magistrat, soit au préteur, soit au président de la province, par une requête solennelle.

Nécessité d'une demande expresse adressée au magistrat pour obtenir la bonorum possessio qui peut être obtenue soit de plano (b.p.edictalis) soit après enquête (b.p. decretalis.

Les formules de demande ont disparu au Bas-Empire. La magistrat saisi d'une telle requête, peut répondre tout de suite, et il le fera lorsque celui qui sollicite la B.P. se trouve d'une façon manifeste dans les conditions posées par l'Edit prétorien, le préteur lui accorde de plano la B.P. qui s'appelle alors Edictalis (elle est fondée sur l'Edit) ou encore "B.P. ordinaria" (relevant de la juridiction gracieuse).

Quelquefois le préteur fera une enquête et la B.P ne sera prononcée que "causa cognita", après instruction de l'affaire.

Le magistrat, dans ce cas, rendra un décret spécial "interlocutoire" qui ne préjuge pas la question de fond et B.P. est dite alors "décretalis". Elle relève de la juridiction contentieuse, il y a un véritable procès soulevé.

Exemple de b.p.

Voici la plus célèbre hypothèse. Un impubère de-

Source : BIU Cujas

decretalis: la b.p. ex edicto carboniano.

mande la B.P. unde liberi, en se plaignant au magistrat d'avoir été omis par le testament du père de famille. Mais l'institué lui conteste sa qualité d'enfant légitime. Si le magistrat tranchait la question tout de suite, il pourrait se faire que l'impubère fût mal défendu par son tuteur et perdît le procès, alors qu'il a le droit de le gagner. Le préteur Papirius Carbo a rendu un Edit, l'Edit Carbonien aux termes duquel le préteur accordera une B.P. decretalis "ex edicto carboniano". Elle sera seulement provisoire et ne préjudiciera pas au droit de l'impubère, elle ne préjugera pas l'avenir. C'est seulement quand le jeune homme sera devenu pubère que le procès au fond s'intentera, alors il défendra ses droits lui-même et laquestion pourra être tranchée en toute connaissance de cause.

§ 2 - Les conditions de fond de l'acceptation.

L'acceptation doit être donnée par une personne capable et être pure et simple. Caractère personnel de l'acceptation. I°- Cas ou l'appelé est un alieni juris. 2°- Cas où c'est un sui juris incapable.

Elle doit émaner d'une personne capable, être pure et simple(c'est un actus legitimus), être faite par l'intéressé lui-même c'est un acte personnel.

Exceptions :

I°- L'appelé était un alieni juris. S'il était sorti de l'infantia, il pouvait accepter lui-même sur le "jussum" (invitation) de son père:s'il était infans, il le pouvait, mais seulement en vertu d'une loi de 407 (Arcadius et Honorius) - c'est elle qui identifie l'infans avec le mineur de 7 ans. (Code Théodosien, 8,I8,8).

2°- L'appelé était un sui juris incapable ; Si c'est un mineur de 25 ans,il lui faut le consensus de son curator; si c'est un pupille sorti de l'infantia, il lui faut"l'auctoritas tutoris", si c'est un pupille infans (qui ne peut parler - et plus tard qui a moins de 7 ans) pendant longtemps, personne ne put accepter pour lui et la succession restait vacante. Dès l'époque classique, on a admis l'auctoritas tutoris et plus tard la negotiorum gestio du tuteur.

Pour le furiosus, personne ne pouvait accepter pour lui, aussi le préteur a-t-il organisé une B.P. decretalis provisoire.

§ 3 - La répudiation ou renonciation à la succession.

Pas de formes spéciales pour la répudiation.

Pas de formes spéciales (tandis qu'aujoud'hui, la renonciation doit se faire au greffe).

Source : BIU Cujas

Effets de la répudiation.

Faute d'acceptation, la succession ab intestat revient à l'Etat.

Par la non acceptation, l'appelé perd ses droits présomptifs, par conséquent, ils passent aux appelés en sous-ordre.

La question s'est posée de savoir, lorsque le répudiant était le dernier, ce que va devenir la succession.

S'il n'y avait pas de testament, la succession revenait à l'Etat comme bien vacant (c'est encore le droit aujourd'hui). S'il y avait un testament personne ne l'exécutait.

En cas de succession testamentaire on peut procéder à l'addictio bonorum libertatum servandarum causa".

A Rome, on admit que le premier venu pourrait se charger de l'exécution du testament, et en particulier l'esclave qui était intéressé à être affranchi par ce testament même. Il acceptait la charge des dettes. Le préteur, dans ce cas, faisait l'adjudication des biens dans l'intérêt de la liberté ou dans l'intérêt des affranchissements : "addictio bonorum libertatum servandarum causa". Adjudication des biens dans le but de sauvegarder les affranchissements". C'est un procédé par lequel on devient héritier.

Passons aux effets de l'acceptation, matière considérable dans toutes les législations.

TITRE II

LES EFFETS DE LA QUALITE D'HERITIER ET DE SUCCESSEUR :

L'hérédité est la succession in universum jus defuncti. L'héritier succède à tous les droits et à toutes les dettes du défunt.

Dans toutes les législations modernes, on voit que l'héritier continue la personne du défunt : c'est le principe. Il est successor in universum...." Cette notion nous est présentée en particulier par Julien et cela est intéressant, parce que Julien avait imaginé la règle "hereditas personam defuncti sustinet": "L'hérédité jacente soutient la personne du défunt", et, dit M. Collinet, il y a un rapport étroit entre les deux notions .

Dans la définition de l'hérédité par Julien (Dig. 50,17,62) ' hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuerit"), le mot capital est le mot "successio". Il est si important qu'on a confondu "hérédité" et"succession" et

Source : BIU Cujas

dans le droit français, on dit beaucoup plus "succession" que "hérédité", contrairement aux Romains.

Le mot "succession" pourtant, indique simplement l'idée que l'on vient après quelqu'un ou qu'un évènement s'est produit après un autre évènement.

Le fait que l'on vient après quelqu'un pour recueillir des biens, que ces biens, après avoir appartenu à Primus appartiennent à Secundus, ne prouve pas du tout que l'on soit héritier.

Dans la capitis deminutio, par exemple, l'adrogeant possède le patrimoine de l'adrogé et il n'est pas son héritier: il est son successeur.

Donc, hereditas et successio, ce sont des mots différents. Mais il est arrivé que Julien a posé sa définition et qu'on en a tiré que l'hérédité, ce n'est pas autre chose qu'une succession.

Cette transmission du défunt à l'héritier n'est pas naturelle (comme on le dit): ce qui est naturel, c'est la non transmission.- Pourquoi ? Un individu meurt, avec lui meurent ses droits. Cet individu est propriétaire, créancier, débiteur: il meurt. Il ne peut plus être propriétaire, ni créancier, ni débiteur; par conséquent, ses biens sont sans maître les créances sont éteintes, les dettes sont éteintes; et ceci est tellement vrai qu'en droit primitif, qui est un droit logique, il en était ainsi (hérédité jacente).

Par conséquent: celui qui vient prendre les biens doit commencer à réaliser un droit nouveau. Il y a solution de continuité entre le droit du défunt et le droit de son héritier.

Cependant, ce n'est pas encore tout à fait là le droit primitif. En effet, dans le droit primitif romain, l'hérédité s'est produite tout d'abord dans l'intérieur de la famille dans la domus: les enfants succédaient à leur père, ou plus exactement à eux-mêmes: c'étaient des "heredes sui". Le père étant mort, il était remplacé par les enfants; il n'y avait pas de solution de continuité; ils lui succèdent sans interruption; il y a dans ce cas "successio in universum jus quod defunctus habuit". Il n'y a donc aucune difficulté si l'on se place dans le cadre de la domus; mais si on en sort, si on se trouve en présence d'un héritier testamentaire, en présence des agnats, la question se pose autrement: la domus est vide par hypothèse; les biens ne sont possédés par personne il suffira que l'agnat, l'héritier testamentaire en prenne possession, fasse reconnaître son droit d'héritier, cela demandera du temps; auparavant, tout le monde pourra s'en emparer et l'acquérir par l'usucapion pro herede (du moins quand l'héritier était en dehors de la domus). Les Romains s'aperçurent de cet inconvénient; il fallait com-

Source : BIU Cujas

bler ce vide, et Julien a dit que la personnalité serait continuée fictivement; c'est la règle "Hereditas nihil aliud est...".

La conception de Julien sur la jacence de l'hérédité est un pont établi entre la possession de droit par le défunt et la possession de droit par l'héritier; il y a désormais continuité "successio" (quant à la possession de fait, c'est autre chose.)

Cette continuité a pour effet principal que le jour où l'héritier acceptera la succession, il sera censé héritier depuis le jour de la mort du défunt, et titulaire des droits depuis ce jour, rétroactivement.

Voilà le point préalable: l'héritier continuateur de la personne du défunt le remplace à tous égards; il succède à tous les droits, à toutes les charges du défunt.

Mais ceci n'est pas une explication "naturelle", attendu que les héritiers étaient chargés des dettes et jouissaient des biens avant la notion de "successsion" de Julien. Il faut expliquer cela par la notion d'hérédité.

En vérité, tout se ramène à ceci qu'il est un héritier, un heres, et c'est pour cela qu'il a des droits et des charges.

Quels sont les droits et les charges des héritiers et des successeurs ?

Chapitre 1er

QUELS SONT LES DROITS DES HERITIERS ET DES SUCCESSEURS.

SANCTIONS DE CES DROITS.

Section I - Les Droits des héritiers à l'égard des tiers.
Section II- Les droits particuliers des légitimaires.
Section III- Les droits vis-à-vis des légataires.
Section IV- Les droits vis-à-vis des donataires.

Source : BIU Cujas

Section I

Les Droits des héritiers et des successeurs à l'égard des tiers.

En principe l'héritier succède à tous les droits que le défunt avait contre des tiers.

Droits auxquels ne succède pas l'héritier.

I°- Droits personnels au de cujus qui s'éteignent par sa mort à moins d'avoir été déférés en justice.

2°- Droit qui s'éteignent par confusion ou consolidation.

3°- L'intransmissibilité de la possession sauf aux héritiers nécessaires.

A - L'héritier a d'abord certains droits qu'il tient du défunt.

I°- En ce qui concerne les droits qu'il tient du défunt, il semblerait qu'il dût les avoir tous, puisqu'il lui succède. Toutefois il n'a pas tous les droits du défunt, car certains d'entre eux sont intransmissibles et meurent avec leur titulaire (On a vu cela à propos de la capitis deminutio), parce qu'ils s'attachaient à sa personnalité physique ou à une personnalité juridique déterminée.

A l'origine, toutes les créances pénales s'éteignent, l'actio rei uxoriae, les droits des actions vindictam spirantes, société, mandat, usufruit; tous ces droits sont intransmissibles.

L'héritier n'en profite que s'il y avait eu procès commencé par le défunt et arrivé au moment de la litis contestatio qui est le moment décisif de la procédure romaine : "actiones, semel inclusae judicis, salvae permanent". "Les actions une fois qu'elles sont enfermées dans une procédure demeurent éternellement".

2°- La créance et la dette s'éteignent par le phénomène qu'on appelle la "confusion".

Il en serait de même pour les servitudes : si l'héritier réunissait dans son patrimoine à la fois le fonds servant et le fond dominant : Nemini res sua servit" c'est la consolidation.

3°- En ce qui concerne la possession, il y a quelque chose de particulier.

La possession n'est pas un droit véritable; mais on pourrait dire que c'est un "fait de droit", il produit des conséquences juridiques, Etant un simple fait, elle ne peut se transmettre à l'héritier, elle ne pouvait se transférer que dans l'intérieur de la domus, mais non pas à l'extérieur, et on sait qu'un tiers pouvait s'emparer de la chose par l'usucapion.

L'héritier doit donc, en droit primitif, se mettre en possession effective des biens par des actes appropriés et qui sont devenus de plus en plus intellectuels, l'animus a remplacé le corpus.

Si quelqu'un a pris possession d'une chose héréditaire, l'héritier n'aura pas un interdit contre lui, parce que la possession ne s'est pas transmise à lui-

Source : BIU Cujas

même. Il pourra agir seulement au pétitoire, soit par la pétition d'hérédité (si le possesseur se prétend héritier) soit par la revendication, s'il ne se prétend pas héritier. Pour usucaper, il pourra joindre la possession du défunt qui l'avait commencée à celle qu'il va commencer lui-même (successio in possessionem).

Impossibilité pour l'héritier d'agir par interdit contre celui qui a pris possession des biens héréditaires : il doit intenter soit la pétition d'hérédité, soit l'action en revendication.

B - L'héritier civil possède des droits propres, en tant qu'héritier.

De quelle façon l'appelé pouvait-il agir, soit du chef du défunt, soit de son propre chef ?

§ 1er - Les héritiers civils;

§ 2 - Les successeurs prétoriens.

§ 1 - Les héritiers civils.

Droits appartenant à l'héritier civil; il peut agir contre les tiers soit du chef du défunt, soit de son chef.

L'héritier civil peut agir d'abord par toutes les actions qui appartenaient au défunt : la revendication, les actions qui sanctionnent les créances. Il agira avec les formules directes et civiles (comme aurait agi le défunt). Mais il agira aussi en exerçant son propre droit par une action propre, qui n'aurait pas appartenu au défunt : la pétition d'hérédité "hereditatis petitio" (expression encore employée en droit français, quoique les actions n'aient plus de noms).

I° L'héritier civil peut intenter les actions mêmes qui appartenaient au défunt.

2° Il peut agir de son chef en pétition d'hérédité pour faire reconnaitre son titre "erga omnes".

A - Son objet. - La pétition d'hérédité est donnée à l'héritier civil soit ab intestat, soit testamentaire pour faire valoir ses droits héréditaires. Ses règles sont, en général, celles de la revendication; mais l'objet de chacune des deux actions diffère.

Comparaison de la P.H. et de la revendication. Différence au point de vue de leur objet.

La revendication a toujours pour objet de faire rentrer dans le patrimoine un objet particulier.

La pétition d'hérédité peut avoir pour objet un objet particulier mais surtout toute l'hérédité. Elle diffère de la revendication dans son essence, dans son but.

On a dit : l'objet de la P.H. est une universitas juris; il faut dire plus : la pétition d'hérédité a pour objet, en réalité, la reconnaissance du titre héréditaire. Ce que l'héritier cherche c'est de faire reconnaître contre tous "erga omnes" ses droits à l'hérédité; et cette action, beaucoup mieux que la revendication, ressemble aux actions d'état dans lesquelles un individu qui réclame par exemple l'état de citoyen, d'homme libre, d'enfant légitime, cherche à faire reconnaître son titre erga omnes. On peut donc dire : la pétition d'hérédité, c'est une action de qualité : on cherche à faire reconnaître sa "qualité"

La P.H. est une action de qualité, elle s'in-

Source : BIU Cujas

tente dans la même forme que la revendication: c'est une actio in rem.

ou son "titre" d'héritier. Cela explique d'abord la forme de la procédure de cette action: c'est celle des actions in rem (sacramentum in rem; per sponsionem, per formulam petitoriam), qui, on l'a dit, servent à faire reconnaître un droit "erga omnes", "in rem" (cela s'opposant à l'action in personam qui ne vaut que contre une personne déterminée).

Elle est intentée par celui qui se prétend héritier civil et qui ne possède pas l'hérédité.

B - Le demandeur, c'est celui qui prétend au titre d'héritier civil. Il doit prouver sa qualité d'héritier. Cette preuve est assez facile à faire : s'il s'agit d'un testament il n'aura qu'à exhiber le testament ; s'il s'agit d'une succession ab intestat, il n'aura qu'à prouver sa parenté avec le défunt et qu'il est au rang utile pour succéder. Il ne faut pas que le demandeur ait la possession (c'est la même règle que pour la revendication).

Contre celui qui possède l'hérédité pro herede ou pro possessore.

C - Le défendeur est au contraire celui qui a la possession. Mais ici, le mot "possession" a deux sens : en matière de revendication, il s'agit d'une possessio facti, de la possession réelle d'une chose. Exemple : l'individu habite la maison. Il peut se faire que le défendeur à l'hérédité ait également la possessio facti : exemple : le voisin qui occupe la maison héréditaire, en l'absence du propriétaire.

Mais ce peut être aussi une possessio juris "possession de droit". Contre le "possessor juris", la revendication ne peut se donner (c'est ce qui marque la différence entre les deux actions). Qu'est-ce à dire ?

Le défendeur à la revendication doit posséder à un titre quelconque (Ulpien, Dig. 6,1,12). Le possessor juris doit posséder à deux titres, soit pro herede - ou pro possessore.

1°- Le possesseur pro herede est celui qui de bonne ou de mauvaise foi se prétend héritier.

1°- Le titre pro herede. Celui qui possède pro herede, c'est celui qui se prétend lui-même héritier et qui contredit directement le titre du demandeur. L'individu qui se prétend héritier pouvait être en train d'usucaper pro herede, et la théorie de la pétition d'hérédité et celle de l'usucapion pro herede se lient.

Cet individu, qui possède pro herede, peut être de bonne ou de mauvaise foi ; dans les deux cas, la pétitition d'hérédité vaudra contre lui.

2°- Celui qui possède pro possessore est celui qui ne peut

II - Le titre pro possessore - Le possesseur pro possessore est celui qui, interrogé par le demandeur sur le titre auquel il possède, ne peut que répondre "Je possède parce que je possède" : "possideo quia possideo". Cet individu (Ulpien 5,3,11) "qui ne

Source : BIU Cujas

alléguer aucun titre de possession.

peut alléguer aucune cause de possession ; on l'appelle un "praedo", c'est-à-dire un usurpateur, un envahisseur, un individu qui a la possessio injusta. (L'exemple classique, le seul, c'est celui du cheminneau).

3°- La P.H. est donnée également contre les ficti possessores.

La pétition d'hérédité est donnée également contre ceux qu'on appelle "les possesseurs fictifs". C'est, d'une part, le possesseur qui a cessé par dol de posséder, d'autre part, celui qui s'offre au procès, comme en matière de revendication.

D - Effets de la P.H. Montant de la condamnation.

Résultats de la P.H.

L'héritier triomphe ; il obtient l'objet de sa demande : la reconnaissance de son titre d'héritier. C'est le principe. En pratique, il obtiendra toutes les conséquences qui peuvent se tirer de la reconnaissance de son titre d'héritier. Il faut distinguer (comme en matière de revendication) suivant les deux phases de la procédure.

1°- La phase qui se place dans la procédure per sacramentum avant l'attribution des vindiciae et dans les autres procédures, avant la litis contestatio.

et 2°- la phase postérieure à l'attribution des vindiciae ou à la litis contestatio.

1°- Faits antérieurs à l'attribution du vindiciae ou à la L.C.
a) pas de restitution de ce chef dans la procédure per sacramentum ou per sponsionem.
b) restitutions imposées de ce chef au défendeur dans la procédure per formulam petitoriam.

1°- Avant l'attribution des vindiciae, ou avant la litis contestatio ; dans la procédure du sacramentum et per sponsionem, aucune restitution ne pouvait se faire pour les faits qui s'étaient passés avant.

Au contraire, depuis la procédure per formulam petitoriam, des restitutions sont dues à l'occasion des faits passés avant la litis contestatio (comme dans la revendication).

On doit considérer à ce propos :

1°- Le régime de droit commun et l'Oratio Hadriani ;

2°- Le régime de droit fiscal (S.C. Juventien 129 ap. J.C.)

3°- Le droit de Justinien.

Ce plan ne correspond pas aux idées de Girard qui, s'imaginant que le régime commun avait été modifié par le S.C. Juventien, distinguait la période antérieure à ce S.C. et la période postérieure. Il est établi d'après les études de M. Ch. Appleton, résumées par Monnier t. I, p.613-618.

1°- Régime de droit commun : si les actes faits par l'héritier

1°- Dans le régime de droit commun, on tient compte non pas de la bonne ou de la mauvaise foi du défendeur, mais de la qualité de sa gestion. Ce défendeur est "l'héritier apparent". Il fait des actes sur les choses héréditaires : dans quelle mesure est-

Source : BIU Cujas

apparent ont tourné au profit de l'hérédité, il la rend telle qu'elle se comporte au moment de la L.C. Au cas contraire, il la rend telle qu'elle devrait être.

il responsable de ces actes ?

Le juge cherchera si les actes faits par l'héritier apparent ont tourné au profit de l'hérédité ou au profit personnel de l'héritier apparent : c'est une distinction objective. Si les actes ont tourné au profit de l'hérédité, l'héritier doit prendre l'hérédité telle qu'elle se comporte au moment de la litis contestatio. Au cas contraire, le défendeur est comptable de la restitution de l'hérédité telle qu'elle aurait été aux mains de l'héritier définitif. Autrement dit : il doit payer la différence entre la consistance actuelle de l'héridité et ce qu'elle aurait été s'il avait mieux géré.

Voici quelques applications qui se trouvent dans les textes :

Ier exemple : Acquisitions. L'héritier apparent avait acquis un esclave avec les deniers héréditaires : que doit-il s'il est condamné ? doit-il l'esclave lui-même ou les deniers dépensés pour acquérir l'esclave ? Il peut exister une différence entre la valeur de l'esclave et la somme dépensée pour l'acquérir : Qui supportera la différence ? Si l'esclave a été acheté dans l'intérêt de l'hérédité, le défendeur sera condamné seulement à la valeur de l'esclave, même si cette valeur est moindre que les deniers dépensés : c'est l'héritier triomphant qui supportera la perte. S'il a acheté un esclave dans son intérêt propre ;il doit non pas la valeur de l'esclave lui-même, mais les deniers dépensés.

2ème exemple. Aliénations : le défendeur avait vendu un fonds héréditaire et il en avait touché le prix qui était tombé dans la caisse héréditaire : s'il avait fait l'aliénation dans l'intérêt de l'hérédité, il devait simplement compte du prix même si ce prix était bas, s'il avait vendu dans son intérêt personnel,il devait la valeur du fonds aliéné.

Enfin, sous ce régime il est responsable de ses négligences et des pertes qu'avait subies l'hérédité par sa faute. (Ulpien, Dig. 5,3,20,2) (où il faut lire "sui causa" et non "sine causa" qui est une erreur :. V. Nouvelle Rev. Hist. de Droit, 1909, p. 182, de M. Collinet).

L'Oratio Hadriani maintient le principe antérieur.

Le régime de droit commun a été modifié, sous Hadrien, non pas par le S.C. Juventien, mais par un autre S.C. l'Oratio Hadriani (déjà vu), lequel permettait la rescision de l'usucapion pro herede (Gaius II,57) : cette Oratio est visée par Paul Dig. 5,3,22. Elle maintient le principe que l'héritier apparent ne doit pas s'enrichir aux dépens de l'hérédité (cf. Julien, Dig. h.t. 55 ; Paul, Dig. h.t. 28, 40, pr.)

Source : BIU Cujas

2°- Le régime du droit fiscal : S.C. Juventien.

Le S.C. Juventien distingue suivant que le possesseur de l'hérédité est de bonne ou de mauvaise foi.

Le S.C. Juventien a été voté en 129, sous les consuls Quintus Julius Balbus et Publius Juventius Celsus, le grand jurisconsulte sur la proposition d'Hadrien (Texte dans Ulpien, Dig. 5,3,20,6), dans une espèce particulière : le fisc réclamait les parts caduques de l'hérédité d'un certain Rusticus. Cette hérédité avait été possédée par certaines personnes qui, pensant être héritières (par conséquent de bonne foi) avaient vendu l'hérédité. La question était de savoir dans quelle mesure elles seraient responsables vis-à-vis du fisc. Seraient-elles responsables de la valeur héréditaire, ou seulement du prix de la vente ? Le S.C. répond en faisant une distinction entre la bonne et la mauvaise foi. Par conséquent, il substitue le point de vue subjectif au point de vue objectif. On ne cherche plus à savoir si l'acte a tourné au profit personnel de l'héritier ou à celui de l'hérédité.

1°- Le possesseur de mauvaise foi est responsable de toute sa gestion.

En principe, le possesseur de mauvaise foi doit compte de sa gestion à l'héritier. Il devra restituer l'hérédité telle qu'elle aurait été si c'était l'héritier véritable qui l'avait gérée.

2. Le possesseur de bonne foi n'est tenu que de son enrichissement.

Quant au possesseur de bonne foi, qui se croyait héritier, il a pensé qu'il pouvait vivre plus largement. La règle est qu'il ne doit pas être appauvri, donc il n'est pas comptable de son administration ; il doit restituer l'hérédité telle qu'elle est même si sa valeur a diminué, mais cependant il doit des restitutions complémentaires, comprenant l'enrichissement qu'il s'est procuré par cette hérédité, car c'est un principe de droit naturel que nul n'a le droit de s'enrichir au détriment d'autrui.

En cas d'aliénation, il doit seulement le prix de vente tandis que le possesseur de mauvaise foi doit la valeur de la chose aliénée.

Ière application : Aliénations.

Le possesseur de mauvaise foi doit la valeur de la chose aliénée, et non pas seulement le prix de vente ; le possesseur de bonne foi doit seulement le prix de vente même s'il est bas. Il doit, en plus, son enrichissement. S'il ne s'est pas enrichi, il ne doit rien à moins, dit un texte obscur "que l'acheteur n'ait eu un recours contre le possesseur". (Dig. h.t. 25,17)

2ème application : Acquisitions des fruits.

En ce qui concerne les fruits, le possesseur de mauvaise foi ne fait pas les fruits siens : (même principe qu'en matière de revendication) ; mais ils augmentent l'hérédité.

Le possesseur de bonne foi

Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens, cependant il doit l'enrichissement. Par consé-

Source : BIU Cujas

fait les fruits siens et ne doit que les fruits existants. Le possesseur de bonne foi n'est comptable d'aucune impense.

quent, il rendra les fruits existants, mais non pas les fruits consommés;, il est comptable aussi des fruits qu'il a négligés de percevoir.

Pour les impenses faites sur l'hérédité, le possesseur de mauvaise foi doit compte des impenses voluptuaires. Le possesseur de bonne foi n'est comptable d'aucune impense.

La rétention des impenses se fait par une exception de dol.

3° - Le Droit de Justinien.

Fusion des deux régimes: généralisation de la distinction entre le poss. de b.f. et le poss. de m.f.; interpolations.

Suivant M. Ch. Appleton, le régime du S.C. Juventien n'aurait pas été généralisé par un rescrit de Marc Aurèle (170) (Code, III, 31,1), comme on l'avait cru, mais seulement par Justinien, qui aurait confondu le Juventien et l'Oratio Hadriani. M. Collinet pense que Justinien (du temps de qui la procédure extraordinaire des procès fiscaux est devenue générale) n'a pas confondu, mais fondu les solutions volontairement dans le sens le plus favorable au possesseur de bonne foi. Pour le réaliser, des interpolations ont été introduites au Digeste dans les textes classiques qui, appliquant le droit commun, ne tenaient aucun compte de la distinction (p. ex. Paul, Dig. h.t. 30).

Justinien s'est donc montré, là encore, un adepte de l'équité.

2° Phase du procès: après l'attribution des vindiciae, ou après la litis contestatio.

En principe, la théorie est la même que celle de la revendication. Il y a cependant une petite différence qui est indiquée par Justinien aux Institutes (4,17,2) par le mot poene, "presque".

Notons enfin que Justinien a fait de la H.P. une action de bonne foi (Inst. 4,6,28).

Source : BIU Cujas

§ 2 - Les droits des bonorum possessores.

On dit quelquefois que les bonorum possessores sont des héritiers prétoriens: cette formule ne convient réellement qu'au Droit de Justinien.

Les bonorum possessores furent assimilés aux héritiers par Justinien: mais ils n'ont jamais été confondus avec eux, même sous Justinien; et il faut distinguer trois phases dans l'évolution de leurs droits:

lère phase: le bon. poss. n'est qu'un possessor muni des interdits.

lère phase - Dans cette première phase, il faut interpréter le droit prétorien de la manière la plus étroite; il faut suivre la logique prétorienne: "bonorum possessio", cela veut dire "possession des biens" - "bonorum possessor", "possesseur des biens"; bona, c'est le patrimoine du défunt en bloc.

Le successeur reconnu par le préteur est donc un possesseur du patrimoine: il n'est pas un héritier. En conséquence, il jouit purement et simplement de deux interdits possessoires:

1°) L'interdit quorum bonorum.
2°) L'interdit quod legatorum.

a) interdit quorum bonorum intenté contre les possesseurs des choses corporelles héréditaires pro herede ou pro possessore.

1° - L'interdit quorum bonorum existait peut-être déjà sous les actions de la loi. Il est donné contre toutes les personnes qui détiennent des biens successoraux et qui refusent de les rendre,

On l'appelle "quorum bonorum" des deux premiers mots de l'Edit prétorien, dont le texte complet se trouve chez Ulpien (Dig. 43,2,1, pr.). C'est un interdit restitutoire, mais aussi un interdit ayant pour objet de faire acquérir la possession (adipiscendae possessionis causa). Il s'intente contre celui qui possède pro herede et pro possessore (comme la pétition d'hérédité: Gaius, 4, 144). On discute pour savoir si c'est un interdit provisoire ou un interdit définitif, (Voir les Manuels). Il semble qu'il ait changé de caractère.

2° - L'interdit quod legatorum.

b) interdit quod legatorum intenté contre le possessor pro legato.

Il est donné contre celui qui possède au titre "pro legato", contre l'individu qui s'est emparé d'une chose en se prétendant légataire. Ces deux mots sont tirés également de l'Edit (Ulpien, Dig. 43,2,1,3)

Au Bas-Empire, il a subi des modifications. Il a été donné même à l'héritier, mais seulement par voie d'interpolation (1).

---

(1) V. Perrot dans Etudes dédiées à M. Girard).

Source : BIU Cujas "Les Cours de Droit" 3, Place de la Sorbonne, 3 U Répétitions Écrites et Orales Reproduction interdite

Insuffisance des interdits applicables seulement aux choses corporelles.

2ème Phase. - Ces interdits étaient donnés seulement à l'égard des choses corporelles, c'est-à-dire pour permettre au bonorum possessor de prendre ou de reprendre possession des choses corporelles appartenant à l'hérédité.

Concession au b.p. des actions du défunt avec fiction de la qualité d'héritier.

En ce qui concerne les créances héréditaires, le bonorum possessor ne pouvait pas les recouvrer par les interdits. Aussi la jurisprudence fit admettre que le B.P. jouirait des actions du défunt, comme l'héritier, non pas à titre direct (avec les formules mêmes qu'aurait employées le défunt) mais à titre utile (avec une fiction). Le préteur accordait la formule "ficto se herede"; le B.P. était considéré comme héritier. Dès lors, il sera assimilé à l'héritier et jouira des actions du défunt.

Ce mouvement de progrès incontestable a été imité du cas de faillite du mort où le bonorum emptor exerçait les actions du défunt avec une formule fictice : la formule Servienne.

3ème Phase. - On n'était pas arrivé par ce moyen à faire du B.P. un successeur à titre universel; c'est seulement (selon M. Collinet) au Bas-Empire qu'on est arrivé à cette notion.

En effet, le B.P. muni des interdits et des actions fictices du défunt n'était pas encore un successeur à titre universel; l'héritier, lui, est un successeur universel et il jouit en cette qualité d'une action qui manifeste son titre : la pétition d'hérédité. Le successeur prétorien ne sera assimilé à l'héritier que lorsqu'il aura une action universelle correspondant à la pétition d'hérédité.

Concession au b.p. au Bas-Empire d'une petitio hereditatis possessoria.

Dans quelques textes du Digeste, on voit que le B.P. a une pétition d'hérédité dite "possessoria"; M. Collinet pense qu'elle date seulement du Bas-Empire et non pas de l'époque classique - L'effet de cette pétition d'hérédité, c'est de lui faire reconnaître l'hérédité à titre prétorien.

Distinction des b. possessiones cum re et sine re.

Lorsque le B.P. est devenu un héritier prétorien, il restait encore une différence entre l'effet de son titre et l'effet du titre régulier de l'héritier · Supposons que le B.P. ait obtenu la possession des biens, si un héritier se présentait et intentait contre lui la pétition d'hérédité, c'était cet héritier qui triomphait : la Bonorum Possessio était sans efficacité vis-à-vis d'un héritier civil; elle était sine re (Le mot res est un mot aux sens complexes : il veut dire ici "efficacité").

Au contraire, lorsque le B.P. était lui-même héritier, la Bonorum Possessio était cum re "avec efficacité". Enfin, lorsque le B.P. ne trouvait en face

Source : BIU Cujas

de lui aucun héritier, la bonorum possessio était encore cum re.

Les 3 espèces de B.P. : Confirmandi supplendi et corrigendi juris civilis gratia.

Donc trois catégories dans les bonorum possessiones à ce point de vue :

I°) Les B.P. sont tantôt confirmandi juris civilis gratia : elles confirment le Droit Civil (P. ex. unde legitimi); elles sont cum re;

2°)D'autres sont supplendi juris civilis gratia : elles sont destinées à suppléer le Droit Civil qui est muet (p. ex. unde cognati); elles sont encore cum re;

3°) D'autres enfin sont destinées à combattre le Droit Civil: elles sont dites: corrigendi ou impugnandi juris civilis gratia: (par ex. unde liberi, contra tabulas): elles sont dans cette hypothèse sans efficacité, sine re.

Le progrès a consisté en ce que les B.P. sine re ont fini par devenir cum re.

Le mouvement a commencé du temps de Cicéron, pour la B.P. contra tabulas du patron en B.P. Puis on voit les B.P. unde liberi et contra tabulas devenir cum re, avant Vespasien, puisque sous Vespasien nous est révélée une institution: la Collatio bonorum, (le "rapport") qui ne peut se comprendre que si ces deux B.P. étaient efficaces à ce moment.

Le mouvement a continué sous le règne d'Hadrien pour la B.P. secundum tabulas et sous Antonin-le-Pieux.

Même à l'époque de Justinien toutes les B.P. ne sont pas encore cum re.

On dit très souvent que Justinien a conféré l'efficacité à toutes les B.P.; qu'elles ne se différencient plus de l'hérédité, car les formules ont disparu, les interdits sont devenus des actions utiles et action utile ou action directe, c'est la même chose.

D'autre part, dit-on, la définition (interpolée) de la B.P. au Digeste (37,1,32) commande que toute B.P. soit efficace.

Quelle est cette définition ?

"La B.P. c'est le droit de poursuivre et de retenir le patrimoine". Enfin, l'interdit quorum bonorum n'a plus la même efficacité sous Justinien; il ne peut être intenté que contre les tiers, et non plus contre l'héritier civil, (Comparer Gaius, 4,144: état du Droit classique, et les Inst. 4,15,3; état du Droit byzantin). Cette différence prouverait que toutes les B.P. sont effectives.

Malgré la force de ces arguments, M. Collinet remarque que le bon sens ne doit jamais perdre ses droits il reste des cas, même sous Justinien, où la B.P. sera encore non effective, sine re: ce sont les cas où il serait inconcevable qu'il en fût autrement. Voyez les cas de Gaius, 3,36 et 37:ce sont des cas qui peuvent exister encore sous Justinien.

Source : BIU Cujas

Section II.

Les droits des héritiers et successeurs vis-à-vis de leurs co-héritiers et de leurs co-successeurs.

3 questions à examiner: partage - collatio et accroissement.

La question de pluralité de successeurs fait naître des théories particulières.

Ière hypothèse.- Tous les héritiers ou successeurs viennent en concours dans ce cas, deux théories se posent : I°- la théorie de l'indivision et du partage : 2°- la théorie du rapport (collatio bonorum).

2ème hypothèse.- Un ou plusieurs héritiers ou successeurs ne viennent pas, ils font défaut; que devient leur part ? Théorie de l'accroissement.

§ I - L'indivision et le partage.

Division de plein droit des créances et des dettes du défunt entre ses héritiers.

S'il y a plusieurs héritiers, ils sont co-propriétaires de tous les biens du défunt, ou titulaires des droits réels, tous ensemble, d'une façon indivise;ils sont en indivision (I).

Il en va autrement des droits incorporels, dès la loi des XII Tables, (V.9), les créances et les dettes du défunt se divisaient de plein droit entre les co-héritiers, aucune nécessité de partage.

Indivision (consortium) des biens corporels.

La co-propriété des biens corporels s'appelle en latin consortium l'anticum consortium (sors, capital) le capital en commun. Cette situation d'indivision touchant les biens corporels se comprend. Le fonctionnement primitif de l'hérédité : c'est la continuation de l'état qui existait du vivant du père de famille dans la Domus, c'est un état de fait qui succède à un état de fait, il y a continuation de la famille sans aucune espèce de hiatus; les enfants restent dans la domus et continuent à cultiver le fonds comme du vivant du père de famille.

On connaissait à peine le consortium par quelques textes littéraires qui le définissaient (Aulu - Gelle, I,9,I2) ou le montraient en application (P.ex. les seize Aelii vivant sous le même toit); le P.S.I. II82, découvert en I932 et publié en I933 par M. Aran

---

(I) V. Thèse de M. Jean Gaudemet, Strasbourg I934.

Source : BIU Cujas

Le consortium d'après Gaius III,154(P.S.I. II62).

gio-Ruiz contient plusieurs pages des Institutes de Gaius (I) dont un morceau inédit, complétant Gaius III, 154, traite du sujet. A propos de la société, Gaius révèle qu'en face de la "societas juris gentium", existe un autre genre de société propre aux citoyens romains et formée entre les sui heredes ("legitima simul et naturalis societas"), La"societas ercto non cito", c'est-à-dire "le partage n'étant pas mis en mouvement, provoqué". Cette société peut être établie aussi entre d'autres personnes (alii)devant le préteur par une "certa legis actio", sur la forme de laquelle la discussion continue. Une règle du consortium est que l'un des associés a le pouvoir, en affranchissant seul l'esclave commun, d'acquérir un affranchi pour tous, de même, un seul,en mancipant une chose commune, rendait l'acquéreur propriétaire à l'égard de tous. Cette règle inconnue et surprenante montre dans le consortium, non une indivision telle que le droit romain classique ou le droit moderne la connaissent (car sous le régime de l'indivision, l'aliénation doit être faite par tous) mais une communauté spéciale qu'on a rapprochée de la "propriété en mains commune" du droit germanique.

Ses règles: ce n'est pas une indivision

L'"anticum consortium " avait disparu dès avant Gaius.

L'indivision classique.

L'indivision proprement dite existe aussi en D.R. classique, entre héritiers, comme aujourd'hui. Sous ce régime, chacun n'a qu'un droit partiel. Son étude relève du problème général de l'indivision ou de la co-propriété (2).

Inconvénients de l'indivision.

L'indivision est un état qui crée généralement des difficultés. Il est très rare qu'il ne survienne pas des conflits entre les co-héritiers. Aussi le Code Civil a-t-il posé en principe, art. 815 : "Nul n'est tenu de rester dans l'indivision". Les Romains également ont admis de bonne heure la possibilité d'un partage.

I°- Partage amiable.

Le partage peut se faire de deux façons :

I°- Il peut être amiable, volontaire; les co-héritiers s'entendent entre eux, ils font des conventions par lesquelles on fait le lot de chacun. Le partage était un contrat innomé, sanctionné peut-être seulement au Bas-Empire (V.II° Année).

2°- Partage forcé (actio familiae erciscundae).

2°- Si les héritiers ne s'entendent pas, il faut procéder au partage forcé : c'est le juge qui fait le

---

(1) Le texte a été déjà édité à plusieurs reprises; V. entre autres, R. Collinet, R.H.D., 1934, p. 96 et s. et la Bibliographie de M. Gaudemet.

(2) V. la thèse de M. Gaudemet; Monier, t. 1, p.440-443.

Source : BIU Cujas

partage. L'action en partage s'appelait suivant une vieille expression: "Familiae erciscundae": "familia"; patrimoine; "erciscundae", devant être partagé (Cf. orcto non cito, plus haut). Cette action remonte aux XII Tables. Elle s'est intentée d'abord sous la forme d'action de la Loi, per judicis postulationem; plus tard, par une formule qui donne lieu à de grandes difficultés, elle aboutissait à une adjudication de la part du juge.

Effet translatif du partage.

Aujourd'hui (art. 883 du C.Civ.), le partage est déclaratif et non translatif: cela veut dire que chacun des co-héritiers, après le partage, est censé tenir son lot du défunt lui-même et aucunement de ses co-héritiers; il est censé n'avoir jamais eu de rapports avec eux: il y a "déclaration" de droits et non pas "translation" de droits.. Cette idée n'est pas romaine. Dans les civilisations anciennes, le partage est, au contraire, translatif.

En Droit Romain, après le partage, chacun des co-héritiers tient sa part à la fois du défunt et des autres co-héritiers.

Rescision du partage pour cause de lésion.

Enfin le partage est rescindable en Droit romain comme en Droit français, pour cause de lésion. La lésion existe quand une personne souffre d'un préjudice appréciable par rapport à une autre en cas d'échange de valeurs.

Normalement, une opération faite par des majeurs de 25 ans en D.R. (2I ans aujourd'hui), n'est pas rescindable pour cause de lésion, sauf dans deux cas: vente et partage. En Droit Romain, le co-partageant lésé pouvait demander au magistrat rescision de ce partage, en cas de "laesio enormis" - lésion énorme - (aujourd'hui de plus du quart), laissée dans le Droit Romain à l'appréciation du magistrat,- peut-être seulement au Bas-Empire (interpolations).

§ 2 - La collatio bonorum ou rapport.

Esprit d'égalité sur lequel repose le rapport.

Le rapport est une institution qui suppose nécessairement que l'un des successeurs, appelé au même degré que d'autres, en concours avec eux, possède des biens personnels acquis par lui-même. Il devra les rapporter à la succession afin qu'ils soient partagés avec les biens du défunt, pour qu'il ne soit pas avantagé vis-à-vis des autres, pour que l'égalité existe entre eux.

Le D.R. a connu trois sortes de collatio.

A- Collatio bonorum de l'émancipé;

A - La collatio bonorum la plus ancienne est celle imposée par le préteur au capite minutus et en particulier à l'émancipé qui vient en concours avec

Source : BIU Cujas

obligation pour l'émancipé auquel le préteur accorde une b.p. en concours avec ses frères restés en puissance, de partager avec ceux-ci les biens qu'il a acquis depuis son émancipation.

les sui dans la B.P. unde liberi et dans la B.P. contra tabulas.

Exemple : Un enfant a été émancipé. Ses frères et soeurs Secundus et Tertia ne l'ont pas été. Ils sont restés en puissance; ce sont des alieni juris, des liberi. Lorsque le préteur a fait "rappel" de l'émancipé, sans avoir encore découvert l'idée de Collatio, Primus prend sa part dans la succession de son père avec les deux autres et ils ont par conséquent chacun un tiers. Mais ce Primus qui avait été émancipé, en gardant la plupart du temps son pécule a pu le faire fructifier, et acquérir des biens propres ou en recevoir par donation, legs ou succession. Les frères et soeurs n'ont que leur part successorale. L'émancipé avait été rappelé à la succession pour être sur le même pied que les enfants restés en puissance. Cette injustice réparée, une autre surgit en sens inverse. Le préteur s'est aperçu de l'inégalité, et il n'admettra l'émancipé à concourir avec les autres que s'il fait le rapport de ses biens à la succession. Il devra mettre dans la masse à partager les biens qu'il a gagnés : "conferre in medium" - rapporter à la succession c'est la collatio bonorum, qui va rétablir l'égalité entre liberi.

Règles auxquelles est soumise la collatio.

Voici les règles de la collatio:

a) Elle n'est jamais due qu'à la succession d'un homme parce que la femme n'a pas de liberi au sens juridique du mot.

b) Elle est due par les émancipés qui demandent l'une des deux B.P. ci-dessus, jamais par ceux qui sont appelés à titre testamentaire.

c) Elle se fait par une promesse formelle, par stipulation.

d) Elle n'est due qu'aux sui : il n'y a pas de collatio entre émancipés; il peut donc se faire que les émancipés perdent à la collatio et que les sui y gagnent.

e) Elle n'est jamais due quand le préjudice a été causé aux sui par le testament du père de famille, ou directement ou indirectement.

f) Elle n'est pas due pour certaines libéralités faites par le père à l'émancipé "dignitatis causa", pour lui permettre d'occuper une situation militaire ou civile.

g) Elle n'est pas due pour l'action d'injures, considérée comme personnelle à l'émancipé.

h) Enfin elle n'est pas due pour la dot que la femme de l'émancipé lui a apportée, parce que la créance de la dot est personnelle à la femme.

Cette dernière règle est le germe d'une nouvelle

Source : BIU Cujas

collatio, la collatio dotis, extrêmement importante parce qu'elle annonce le rapport moderne.

B- La collatio dotis.

B- Collatio dotis imposée à la fille dotée, au profit non seulement des sui mais aussi des émancipés.

Elle était également prétorienne. La fille qui a été dotée par son père, doit rapporter à la succession, même si elle n'est pas émancipée, la dot qu'elle a reçue de son père (autrement, elle serait avantagée). Mais la théorie change ici : la collatio est due aussi bien aux émancipés qu'aux sui et c'est la différence avec la collatio bonorum. Une nouvelle idée apparaît : celle qu'il faut réparer l'injustice à l'égard de tous, puisque la succession, en somme, est fondée sur l'affection du défunt qui doit être présumée égale pour tous. C'est une idée morale nouvelle très importante, c'est l'idée actuelle, tandis que la première distinction était fondée de co-propriété de famille. Ce sont deux idées différentes qu'on a déjà rencontrées.

Idée nouvelle sur laquelle elle repose.

L'idée de la collatio dotis va se continuer sous les empereurs.

C- Collatio descendentium fondée sur l'idée d'avancement d'hoirie.

C- La collatio descendentium.

La collatio des descendants existe entre bon. poss. ou entre héritiers. Elle se fait, comme aujourd'hui en nature ou en moins-prenant.

D'abord toute donation en faveur de mariage fut rapportable:non seulement la dot mais la donatio ante nuptias, (la contre-dot, donation du mari à la femme, le douaire de l'ancienne France).

Puis Justinien a étendu le rapport à toutes les donations quelconques qui seraient présumées faites en avancement d'hoirie : la dot - la donation ante ou propter nuptias - la donation faite à un fils pour acheter un office "ad militiam emendam." L'enfant qui a reçu une donation à titre quelconque doit la rapporter, parce qu'autrement il serait privilégié, c'est l'idée moderne du rapport avec cette différence que les Romains n'ont jamais connu ni le rapport des legs ni le rapport des dettes, comme le Droit français.

Lorsque la collatio descendentium a été introduite, il en est résulté un affaiblissement de la collatio bonorum prétorienne, aussi les auteurs ont-ils pensé que la collatio bonorum avait complètement disparu : cette idée est exagérée (Voir Manuel de Girard I,p.952); en tout cas, elle a disparu avec les B.P. elles mêmes par les célèbres Novelles II5 et II8..

Source : BIU Cujas

§ 3 - L'accroissement.

La part de l'héritier défaillant accroît à ses co-héritiers.

Histoire du jus adcrescendi.

A- L'ancien droit.

Le droit d'accroissement est fondé sur la vocation de chaque héritier à l'universalité de la succession.

Si l'un d'eux fait défaut le droit de l'autre ne décroît pas.

I°- L'accroissement a lieu portioni et non personae.

De plusieurs héritiers, l'un ne vient pas à l'hérédité, il renonce ou il est déchu de son titre ou il est capite minutus ou il est frappé par les Lois caducaires. Que devient sa part ? Elle accroît à ses co-héritiers."

La théorie du "jus adcrescendi" comprend plusieurs phases :

A - Le régime du Droit civil pur :

L'accroissement est fondé sur la vocation universelle de chaque héritier à toute l'hérédité. Seulement s'il y avait plusieurs héritiers, les droits universels de l'un sont limités par les droits universels de l'autre. Par conséquent, tant que tous viennent, les droits du premiers sont comprimés par les droits du second. Si l'un manque, le droit de l'autre reprend son volume, et c'est le droit à l'universalité en fait comme en droit. L'accroissement dans le droit civil pur n'était pas un véritable accroissement c'est-à-dire une augmentation des droits, mais un non décroissement, un "jus non decrescendi".

Comment se produit l'accroissement ?

Toutes les règles de l'accroissement s'expliquent par cette idée que c'est un non décroissement:

I°- L'accroissement a lieu portione portioni, et non pas personae. Cela veut dire qu'il faut tenir compte de la part qui revenait à chacun, de la part, telle qu'elle avait été fixée, par exemple dans le testament. Or, le père de famille peut employer des formules différentes pour instituer divers héritiers; (et ceci est capital aussi bien pour le droit français que pour le droit romain.)

a) il peut les instituer d'une façon disjointe "disjunctim" : " je laisse la moitié à Primus, je laisse la moitié à Secundus".

b) Ou d'une façon conjointe "conjunctim" "Je laisse à Secundus et à Tertius ensemble la moitié".

Primus est institué disjunctim - pour une moitié; Secundus et Tertius, conjunctim pour l'autre moitié. Tertius meurt; à qui doit aller sa part ? S'il s'agissait des personnes, elle irait à la fois à Primus et à Secundus; comme il s'agit des "portions", la part de Tertius ne va qu'à Secundus, puisque celui-ci par la volonté du testateur, a été conjoint spécialement avec Tertius et Primus n'a que sa moitié.

2°- L'accroissement est forcé.

2°- L'accroissement est forcé.

L'héritier qui a accepté pour sa part, ne peut pas refuser pour la part qui lui échoit: il la prendra

Source : BIU Cujas
Reproduction interdite

même à son insu, même s'il n'était plus capable, et s'il était mort, ses propres héritiers la prendraient.

C'est le résultat du non décroissement.

3°- Il a lieu sine onere (sauf en matière de fideicommis depuis Septime Sévère).

3°- L'accroissement a lieu sine onere - sans charges. Cela ne veut pas dire qu'il ne prendra pas sa part des dettes successorales : il prendra sa part des dettes qui étaient dans la part de Tertius; cela veut dire que les charges particulières imposées à Tertius (legs, affranchissement) n'incomberont pas Secundus car celui-ci prend cette part par développement de son droit. Or, son droit n'était pas grevé de ce legs ou de cet affranchissement particulier imposé à l'autre.

Cependant, la doctrine fut changée en ce qui concerne les fideicommis d'affranchissement par Septime-Sévère et Antonin Caracalla. C'est probablement une conséquence de la théorie romaine du favor libertatis. En effet, dans la théorie ancienne, l'affranchissement serait tombé : par faveur pour la liberté, pour augmenter le nombre des affranchis, pour faire respecter la volonté du testateur on impose à celui qui prend l'obligation d'affranchir les esclaves (Dig. 3I,6I,I).

2°- Régime des Lois Caducaires.

2°- Les lois Caducaires.

Les lois caducaires reposent sur un principe artificiel. Elles ont été imaginées pour pousser au repeuplement de l'Italie et leur système était on l'a vu de priver de leur part certaines personnes instituées par testament. Les Caelibes, les orbi, les orbae, les patres solitarii. Que deviennent leurs parts ?

Distinction de 3 groupes de dispositions.

Il faut distinguer les trois sortes de parts caduques (Code, 6,5I,I,2,A):

I°- Les pro non scriptis sont régies par le droit ancien.

I°- Les "pro non scriptis" comme si elles n'avaient pas été écrites: ce sont les dispositions qui sont nulles au moment de la confection du testament : pour elles, la réglementation précédente survit.

2°- Les in causa caduci.

2°- Les "in causa caduci" ou "in causa caducorum"; ce sont les dispositionsvalables au moment du décès du testateur mais qui manquent leur effet par une circonstance postérieure, par exemple la répudiation de l'héritier : on les assimile aux "caduca".

3°- Les caduca.

3°- Les dispositions qui manquent leur effet par application des lois caducaires sont "les caduca".

Les caduca ou les in causa caducorum sont soumis au droit ancien au profit des cohéritiers proches parents

Pour les dispositions précédentes, le droit ancien s'appliquera lorsque les co-héritiers seront des proches parents, jouissant du "jus antiquum": le droit ancien (Ulpien, Reg. I8,I).

Au contraire, si le cohéritier n'était pas un proche parent, c'est le droit nouveau qui s'applique.

Les parts que ne prennent pas les incapables

Source : BIU Cujas

ayant le jus antiquum
Au cas contraire ils sont attribués comme primes.
a) aux heredes patres.
b) aux legatarii patres.
c) à l'aerarium puis au fiscus.

sont attribuées à ceux qui ont des enfants, à titre de primes qu'ils réclament au moyen du "jus caducorum". Voici dans quel ordre :

I°) Les heredes patres, les institués dans le même testament, qui avaient des enfants.

2°- A leur défaut, les legatarii patres, les légataires inscrits dans le même testament et qui avaient des enfants.

3°- A défaut le Trésor du peuple, " l'aerarium", parce que, dit Tacite, "le peuple est le père de tout le monde". Plus tard le Trésor de l'empereur, le fisc.

Il semble même que le droit des pères de famille, le jus patrum, fut supprimé à un moment par Caracalla au profit du fisc, mais ce ne fut que passager, et le jus patrum fut rétabli par l'empereur Marc-Aurèle.

Moyen de tourner les lois caducaires par une substitution réciproque.

On pouvait tourner les lois caducaires.

Le procédé le plus employé est celui de la substitution réciproque (invicem). Voici l'hypothèse. De trois institués, l'un était coelebs, le 2ème était pater, le 3° solidi capax, (c'est-à-dire qu'il avait reçu de l'empereur le droit de prendre le tout en vertu du jus liberorum).

D'après les lois caducaires, la première part devait revenir au pater, et le solidi capax, qui a déjà la faveur de ne pas perdre sa part, ne profiterait pas de l'accroissement.

En vertu de la substitution la part du coelebs reviendra pour moitié au pater et pour moitié au solidi capax. Comment l'accroissement fonctionnait-il dans ces Lois Caducaires ?

L'accroissement dans les L. Caducaires est un véritable accroissement produisant des conséquences inverses de celles du droit Civil.
a) il a lieu personae.
b) Il est volontaire.
c) il est cum onere.

C'est un véritable accroissement, augmentation de part, une prime il est fondé sur l'idée de récompense.

En conséquence: les règles de l'accroissement dans les Lois caducaires seront diamétralement opposées à celles du Droit civil pur.

I°- Il se produit portione personae. Pourquoi ? parce qu'on tient compte de la personnalité de l'individu qui a des enfants.

2°- Il est volontaire. Pourquoi ? parce que c'est une prime et qu'on a toujours le droit de refuser un avantage.

Il se produit cum onere "avec charges" (legs, affranchissements) Aussi l'héritier peut refuser cette part qui pourra être onéreuse : les deux idées sont liées : acceptation volontaire et accroissement cum onere. On comprend très bien, dès lors, qu'en pratique, on refuse la prime si elle est trop onéreuse.

Source : BIU Cujas

3°- Justinien, abolissant le jus caduca vindicandi, rétablit en 534 le régime ancien.

Section III.

Droits particuliers des légitimaires.

La querela inofficiosi testamenti.

Certains héritiers ou successeurs ont le droit d'attaquer le testament lorsqu'il les a exhérédés sans juste cause et sans leur avoir laissé la quarte légitime (c'est de là que vient leur nom de légitimaires).

Restrictions apportées par l'idée d'"officium pietatis" au droit pour le père d'exhéréder ses enfants.

Quand les droits du père de famille ont été moins absolus et, probablement sous l'empire de la philosophie stoïcienne - vers le temps de Cicéron - on a considéré qu'en exhérédant ses proches, il commettait une infraction au devoir de piété qu'il leur devait, l'"officium pietatis". Tout testament qui n'était pas conforme à l'officium pietatis était dit "inofficiosum", inofficieux, contraire au devoir.

Origine de cette institution dans la jurisprudence centumvirale.

On discute à quel moment on a pu attaquer un tel testament. Probablement au Ier siècle de notre ère; le premier texte est de Pline-le-Jeune et c'est peut-être la jurisprudence du Tribunal des Centumvirs qui a créé cette théorie, car ce tribunal était compétent pour connaître de toutes les questions qui touchaient à l'hérédité. On suppose que, saisi par un proche parent d'une plainte d'inofficiosité, le tribunal aurait annulé le testament inofficieux.

Son fondement dans la folie présumée du testateur.

Sur quel fondement ? Sur la base de la folie du testateur, sur l'idée qu'un testateur est fou ou à peu près, lorsque ayant des enfants qui n'ont pas démérité, il ne leur laisse rien dans son testament. (Marcien, Dig. 5,2,2). Il est à remarquer que depuis longtemps à Athènes, on intentait en ce cas l'action de folie.

L'officium pietatis est sanctionné par la querela inofficiosi testamenti.

La voie d'attaque est la "querela inofficiosi testamenti". On en verra deux autres à la section IV.

§ I - Quels sont les légitimaires ?

3. catégories de légitimaires.

I°- Tous les descendants (héritiers ou successeurs.)

2°- Les ascendants.

3°- Les frères et soeurs consanguins, à condition qu'ils aient été exhérédés au profit d'une personne "turpis" (honteuse).

Source : BIU Cujas

§ 2 - Quand le légitimaire est-il recevable à agir?

Conditions de la Q.I.T. I°- Exhérédation injuste: fixation par la Novelle II5 des justes causes d'exhérédation.

I°- Il faut que l'exhérédation soit injuste. En effet, si le père de famille avait exhérédé un fils indigne, le Tribunal des centumvirs repousserait la plainte (et après le IV° siècle, le Tribunal de droit commun).

Pour éviter l'arbitraire du juge, la Novelle II5 fixe les justes causes d'exhérédation , I4 pour les descendants, trois pour les ascendants, trois pour les frères et soeurs consanguins.

2°- Que le légitimaire n'ait pas reçu la quarte.

2°- Il faut aussi que le légitimaire n'ait pas reçu la légitime, "legitima pars" la "debita portio", (qui combinée avec la réserve coutumière des "quatre quints, des propres", est devenue la réserve moderne).

Quotité de la légitime.

Quelle est la quotité de la légitime ?

Elle fut d'abord laissée à l'appréciation du juge. Mais, pour limiter le pouvoir arbitraire du juge, la quotité fut fixée au quart de l'hérédité, la "quarta legitima", comme dit Pline-le-Jeune, imitée de la quarte Falcidie (V. Infrà).

Comment se calcule la quarte ? La portion varie avec le nombre des légitimaires. Justinien (Novelle I8) a déclaré que la légitime serait d'un tiers de l'hérédité, s'il y avait quatre enfants au moins : d'une moitié, au-dessus de quatre enfants. Pour les ascendants et collatéraux, la légitime sera un tiers ou une moitié. En conséquence : le père de famille peut disposer tantôt des 2/3, tantôt de moitié, en faveur de qui il veut. C'est la "quotité disponible".

Mode de calcul de la légitime -titre auquel l'héritier doit avoir reçu sa légitime.

Pour calculer cette fraction, il fallait établir l'actif héréditaire, après déduction des dettes, des legs et de la valeur des esclaves affranchis. Ce calcul étant fait, le juge se demandait si le légitimaire avait reçu la quarte légitime, et encore fallait-il qu'il l'eût reçue à titre de disposition de dernière volonté (institution d'héritier, legs, fidéicommis, donation à cause de mort).

Donations imputables sur la légitime.

Puis, au Bas-Empire, on admit que la légitime pouvait être laissée à titre de mariage : dot, donation ante (ou propter) nuptias, ad emendam militiam, en un mot les donations imputables sur la légitime sont les mêmes que les donations rapportables.

Source : BIU Cujas

§ 3 - Les effets de la querela.

La querela entraîne en principe la nullité du testament et l'ouverture de la succession ab intestat.

En principe, la querela produit la nullité absolue du testament. Le légitimaire vient à titre d'héritier ab intestat, il reçoit donc plus que sa quarte légitime. S'il est seul à lutter contre l'institué, faisant tomber le testament, il prend tout. S'ils étaient deux, il prend la moitié, etc..

Ce qui complique la question, c'est que parfois le testament reste valable : les legs ne tomberont pas ni les tutelles ou les affranchissements. Le juge en donnant raison au légitimaire lui fait simplement sa place parmi les bénéficiaires ; c'est un effet relatif.

Mais parfois la Q. n'entraîne qu'une rescision partielle du testament, contrairement à la règle "nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest".

Quand cela se produit-il ? C'est lorsqu'il est profitable pour tout le monde qu'il en soit ainsi.

Voici un exemple, d'après les textes : Deux personnes avaient été instituées ; l'une était une personne turpis (de mauvaise vie), l'autre était une personne honorable. Le frère du défunt agit contre le testament. Il ne le fait tomber que contre la personne turpis, car il n'a aucun droit contre la personne honorable. En conséquence, le testament tombera pour moitié et sera conservé pour moitié ; les legs seront maintenus, mais réduits de moitié ; les affranchissements subsisteront ainsi que les tutelles.

Autre exemple, de deux enfants, l'un était institué pour le tout, l'autre était exhérédé. Le second agit contre son frère ; il obtient la rescision du testament seulement pour moitié.

On trouve donc ici des exceptions au principe "Nemo partim testatus partim intestatus decedere potest". Le défunt est réputé avoir testé seulement pour partie et être mort ab intestat pour l'autre partie.

§ 4 - L'action en complément.

Inconvénient de la théorie de l'inofficiosité dans le cas de simple erreur de calcul de la part du père de famille.

Ce régime trouble profondément les destinées de la succession d'une personne. On a considéré jusqu'ici que le père de famille était un homme indigne qui ne respectait pas les droits moraux de ses descendants, ascendants, collatéraux. Mais certains pères de famille ont cherché à faire pour le mieux, par exemple en exhérédant leurs enfants, mais en leur laissant des legs dans la mesure de la quotité disponible. Le testament est inattaquable ; il est officieux. Mais le père de famille a pu se tromper dans ses calculs ; à sa mort le fils n'a plus sa quarte ; il attaque le testament et il triomphe.

Source : BIU Cujas

Clause du testament prescrivant de compléter la quarte "boni viri arbitratu"

Pour écarter un tel résultat, les hommes de loi firent écrire au père de famille dans son testament: "je laisse à mes fils tels biens ou telles sommes....en priant que, si ces choses ou ces sommes n'étaient pas suffisantes , un homme honnête (bonus vir) veuille bien, par son arbitrage, compléter le quart à mes enfants". C'est la clause "Ut quarta arbitratu boni viri impleatur". On la trouve dans Paul (Sentences 4,5,7), mais il se peut que ce texte ait été révisé par les Visigoths. Elle est légale depuis 371 (C. Th. 2,19,4).

L'action en complément.

En conséquence: si le testateur a mis cette clause, le juge ne peut plus faire tomber le testament; il ne peut qu'attribuer au légitimaire la différence. Justinien sous-entendit cette clause, devenue de style. Pourvu que l'intéressé ait reçu quoi que ce soit, le juge lui complètera sa quarte sur sa demande en complément, action qui n'a pas le caractère injurieux, comme on va le voir de la querela, et qui est peut-être une condictio ex lege.

Conséquences du caractère injurieux de la Q.

§ 5 - Les caractères de la querela.

Les différentes querelae du D.R. ont un caractère commun: ce sont des actions qui respirent la vengeance: "vindictam spirantes". Par ce fait même, la querela inoff. test. est regardée comme une action injurieuse pour la personne du défunt et, en conséquence, ses règles sont extrêmement strictes; les Romains mettent le plus possible d'entraves à l'exercice de ce procès; ils le font tomber très facilement. 1° - Ainsi, la querela n'est jamais donnée qu'à titre subsidiaire quand l'héritier n'a aucun autre moyen pour obtenir sa part; s'il avait une bonorum possessio, s'il avait une restitutio in integrum, il n'aurait plus la querela (on trouve quelque chose d'analogue dans le dol). 2° - On a dit souvent qu'elle se prescrivait par deux ans, parce qu'un texte parle de deux ans ; mais c'était une considération d'espèce et non pas un délai légal (Voir la Thèse de M. Chabrun, 1907, p.153-154).

C'est une action subsidiaire qui doit être intentée dans un court délai et s'éteint par la mort du légitimaire.

Au contraire, sous Justinien (et peut-être même avant) existait un délai légal: 5 ans; 3° - La querela s'éteignait par la mort du légitimaire à moins qu'il n'eût manifesté sa volonté d'agir. (Paul 7,2,5). 4° - Elle s'éteignait enfin lorsque certains actes du légitimaire prouvaient son adhésion tacite au testament.

Source : BIU Cujas

§ 6 - Nature de la querela.

Ancienne doctrine d'après laquelle ce serait une action d'injures.

C'est une question difficile, à laquelle on ne peut actuellement donner une solution certaine.

Pendant longtemps, même au XIX° siècle, tout le monde admettait que c'était une action d'injures spéciale en raison du caractère précédent. Puis Eisele (de qui Girard accepte la théorie sans discussion) a cru démontrer que la théorie de l'inofficiosité, telle qu'elle se présentait au Digeste et au Code, venait de deux sources:

D'après une autre doctrine, elle serait la fusion de la petitio d'hérédité centumvirale et de la querela provinciale.

1° - de la pétition d'hérédité elle-même, qui aurait été employée à Rome devant les Centumvirs;

2° - d'une querela provinciale; en effet, certaines solutions ne s'expliquent pas par la pétition d'hérédité et en particulier la rescision relative du testament. Il faut aussi penser que les provinciaux ne se déplaçaient pas pour aller devant le tribunal des Centumvirs et c'est cette querela provinciale qui s'appliquait à eux. La Q. serait ainsi le produit de la fusion de la pétition d'hérédité avec la querela provinciale.

Ce système a été à son tour attaqué vigoureusement et concurremment par deux auteurs, M. Chabrun (thèse de 1907) et M. Jobbé-Duval dans une série d'articles (Nouv. Rev. hist. de Droit, 1907, p. 755 etc,.)

Autre théorie: la q° ne serait qu'un incident à la pétition d'hérédité.

Les deux systèmes concordent en ceci: Il faut renoncer à trouver une double source dans la querela, il n'y en a qu'une.

Ces auteurs supposent que celui qui n'a pas reçu sa quarte intente la pétition d'hérédité pour faire tomber le testament; mais le prétexte de la folie, est, soit un moyen spécial de preuve (Chabrun), soit un incident véritable de la H.P. (Jobbé-Duval). Un sérieux appui à leur doctrine est fourni par les Byzantins du VI° et du VII° s. qui disent que la Querela est la "causa actionis" "le moyen sur lequel la pétition d'hérédité est fondée".

Mais que peut-on induire d'une explication donnée par le Droit Byzantin ? A-t-on le droit de considérer la querela comme un incident dès l'époque classique, dès le 1er siècle de notre ère, dès le temps de Pline ? M. Collinet a des doutes.

Source : BIU Cujas

Section IV

Le droit des héritiers et successeurs vis-à-vis des donataires:

Les querelae inofficiosae donationis et dotis.

Extension de la théorie de l'inofficiosité aux libéralités entre vifs.

Par la théorie précédente, le père de famille était limité dans ses dispositions testamentaires. Au contraire, il restait libre de ruiner sa famille par des donations entre vifs ou des constitutions de dot.

Depuis Alexandre-Sévère, les donations pouvaient être inofficieuses, comme les dispositions testamentaires et, si l'héritier se trouvait ruiné par des donations entre vifs, il pouvait intenter la querela inofficiosae donationis. (Paul, D.3I, 87,1).

Constance, en 358, décida également que les dots excessives pouvaient être inofficieuses et il créa la querela inofficiosae dotis (Code Théodosien, 2,21,1).

Possibilité de les faire réduire par la Q. inofficiosae donationis ou dotis.

Ces querelae produisent également des effets relatifs: elles ne font tomber les donations et les dots que dans la mesure où il est nécessaire qu'elles tombent pour procurer la quarte au légitimaire. Leur effet est d'amener la "réduction" des donations et des dots. La réduction se fait par ordre chronologique en commençant par la plus récente.

D'autre part, le défunt qui a laissé quelque chose au légitimaire, mais qui ne lui a pas laissé sa quarte complète, peut indiquer dans son testament qu'un "bonus vir" pourra de lui-même réduire les donations, les dots, pour parfaire la quarte.

Justinien a déclaré cette clause sous-entendue, et c'est ainsi qu'on est arrivé à la théorie moderne de la réduction.

Section V.

Les droits des héritiers vis-à-vis des légataires.

Inconvénients de la répudiation des testaments pour cause de legs

Dans le Droit romain, comme aujourd'hui - l'héritier pouvait obtenir aussi la réduction des legs excessifs.

Le Droit Romain primitif n'avait pas fixé de maximum à la faculté de léguer; le testateur était li-

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

excessifs imposés à l'héritier. Restrictions successives à la liberté de léguer.

bre d'épuiser son patrimoine en faisant des legs et en ne laissant à l'institué qu'une faible part. Mais alors l'institué refusait l'hérédité et tous les legs tombaient. Plusieurs lois intervinrent pour parer à ce danger:

1° -Loi Furia testamentaria.

1° - La Loi Furia testamentaria du VI° s. de Rome défend de léguer à une personne une somme supérieure à 1000 as, sauf exception. Cette loi était insuffisante parce que le testateur pouvait épuiser son patrimoine en faisant beaucoup de legs de 1.000 as.

2° - Loi Voconia.

2° - La Loi Voconia, de 585 de Rome (169 av. J.C.) déclare que le testateur ne pourra pas léguer plus que ne prendrait l'institué. Mais cette loi était inefficace quand il y avait beaucoup de legs ne dépassant pas ce que prenait l'héritier.

3° - Loi Falcidia; elle interdit de léguer plus des 3/4 de l'hérédité et établit la quarte Falcidie au profit de l'héritier.

3° - La Loi Falcidie est un plébiscite de 714 de Rome (40 av. J.C.). Sa supériorité a été d'établir une proportion constante entre la part de l'héritier et les legs. Cette part était de 1/4; autrement dit, l'héritier devait toujours recevoir un quart, et, pour le reste, le testateur avait la faculté de disposer au profit de légataires; c'est la "quarte Falcidie". Si la proportion était dépassée, l'héritier pouvait demander la réduction des legs en nature et proportionnellement à chaque legs.

Calcul de la quarte falcidie, caractère des libéralités faites à l'héritier.

Pour calculer la quarte, quatre opérations:

1° - On évalue l'actif héréditaire avec le concours d'experts (difficultés pour le calcul des créances conditionnelles - dont on ne sait pas si elles viendront ou non à échéance);

2° - On établit le passif (même difficulté pour les dettes conditionnelles);

3° - On fait l'estimation des legs (mêmes difficultés);

4° - On compare la valeur des legs avec le montant de l'actif net.

On établit ainsi la proportion.

Remarque.- La légitime se calcule en Droit Romain sans imputer sur elle les dons et legs faits à l'héritier. En d'autres termes, ceux-ci sont réputés "faits par préciput et hors part" (C'est le régime actuel du Droit français, C. Civ. art. 843 nouveau).

Source : BIU Cujas

Chapitre II

LES CHARGES QUI INCOMBENT AUX HERITIERS ET SUCCESSEURS.

Trois sortes de charges héréditaires.

La succession comprend non seulement des droits, mais aussi des charges. Quelles sont les charges qui incombent aux héritiers ? Ce sont :

1°- Les charges religieuses, les sacra (dans l'Ancien Droit) (1)

2°- Les charges imposées spécialement aux successeurs : legs et fidéicommis (déjà vus).

3°- Les dettes héréditaires dont on va parler.

1°- Dettes héréditaires : en principe les dettes du défunt passent à ses héritiers.

Toutes les dettes ne sont pas transmissibles aux héritiers. Ainsi :

a) les actions délictuelles s'éteignent avec le coupable.

b) les dettes des sponsores et des fidéipromissores, les cautions les plus vieilles.

c) les dettes qui s'éteignent par voie de confusion, quand l'héritier était créancier du défunt.

L'héritier ou le successeur supporte les autres dettes. On explique cela aujourd'hui par l'idée que l'héritier continue la personne du défunt. Mais le fait existait avant la naissance de la théorie de la continuité de la personne du défunt. L'héritier est tenu des dettes, parce qu'il prend le patrimoine. Le créancier agira contre l'héritier par l'action directe, comme il aurait agi contre le défunt ; contre le bonorum possessor, il agira avec une formule fictice.

L'héritier est tenu des dettes héréditaires ultra vires hereditatis.

Dans quelle mesure l'héritier est-il tenu des dettes ? Cette question est capitale. Voici comment elle se pose : par suite de la mort du de cujus et du fait que l'héritier prend son patrimoine en bloc, il se produit une confusion entre les deux patrimoines du défunt et de l'héritier. L'héritier est-il tenu des dettes seulement dans la mesure de l'actif héréditaire ? ou bien, est-il tenu des dettes même sur son propre patrimoine, si le patrimoine du défunt n'est pas suffisant pour les payer ?

Le Droit romain (comme le droit moderne) répond que l'héritier est tenu des dettes même sur ses propres biens si l'actif héréditaire ne suffit pas. Il

---

(1) V. Thèse de Melle R. Lefèvre, Paris 1928.

Source : BIU Cujas

est tenu des dettes "ultra vires hereditatis" - au-delà des forces de l'hérédité et non "intra vires hereditatis" dans les limites de l'actif héréditaire.

Cette théorie est discutable et on concevrait la théorie contraire qui paraît beaucoup plus logique : c'est la solution du droit musulman.

Mais les Romains ont décidé autrement, et c'est ce qu'on expliquera plus tard en disant que l'héritier "continue la personne du défunt".

Cette situation amenait des inconvénients incontestables. Les Romains y ont pourvu par divers palliatifs.

Section I

Palliatifs dans l'intérêt de l'héritier.

§ I - La bonorum separatio de l'esclave

Remèdes à cette situation.
1°- bonorum separatio accordée à l'esclave héritier nécessaire.

L'esclave est un héritier nécessaire. Il doit prendre la succession telle qu'elle se comporte. Il est tenu ultra vires, et tous les biens qu'il acquerra en sa qualité d'affranchi seront le gage des créanciers héréditaires. Cependant, le préteur, ému de sa situation, lui permet de demander la bonorum separatio - la séparation des patrimoines. La conséquence est de limiter les droits des créanciers à l'actif héréditaire.

§ 2 - Le jus abstinendi de l'héritier sien.

2°- Le jus abstinendi de l'héritier sien.

A condition de ne pas s'immiscer dans l'hérédité, le suus possède, d'après l'Edit, le jus abstinendi. Les effets de cette abstention sont très favorables à l'héritier-sien :

L'héritier échappe à l'obligation de payer les dettes et à l'infamie. On vend donc au nom du défunt, sur qui tombera l'infamie, les biens héréditaires et s'il reste un actif après la vente, c'est le suus qui le prendra. Cet avantage est révocable pendant trois ans sous Justinien.

§ 3 - L'acceptation sous bénéfice d'inventaire de l'héritier externe.

3°- L'acceptation sous bénéfice d'inventaire.

Les héritiers externes ont la possibilité d'accepter ou de repousser la succession.

Il est arrivé en pratique que la succession n'avait pas du tout la valeur que croyait l'héritier ; il avait accepté, et la succession était mauvaise ; il avait renoncé et la succession était encore bonne.

Source : BIU Cujas

Justinien trouve un troisième terme : l'acceptation sous bénéfice d'inventaire (sans doute d'origine orientale, qui existe encore aujourd'hui).

Les conditions : l'héritier doit : 1°- ne pas demander le spatium deliberandi.

2°- Faire inventaire.

Le bénéfice d'inventaire s'accordera à deux conditions :

1°- Que l'héritier ne demande pas le spatium deliberandi.

2°- Qu'il fasse l'inventaire dans les trente jours et l'achève dans les soixante jours en présence de notaires des intéressés et de trois témoins.

L'inventaire fera ressortir la consistance de l'hérédité. Si l'héritier a fait cet inventaire, il est couvert contre tous les risques. Les effets sont les suivants : Toutes les poursuites, toutes les prescriptions sont suspendues ; mais surtout le patrimoine héréditaire va former une unité en soi et l'héritier ne sera tenu que sur cette masse. Il paie les créanciers et les légataires au fur et à mesure qu'ils se présentent ; c'est le plus diligent qui est payé le premier, sauf qu'il y a des créanciers hypothécaires ou des créanciers priviligiés qui passent avant les chirographaires. Lorsqu'il ne reste plus rien dans l'actif, l'héritier bénéficiaire cesse de payer et lui-même n'est pas tenu sur ses biens propres, car il y a séparation des patrimoines. S'il reste un boni, c'est l'héritier qui le prend.

L'héritier bénéficiaire ne peut pas être poursuivi sur ses biens personnels ; après le paiement des créanciers héréditaires avec les biens de la succession, le reliquat de celle-ci lui appartient.

Section II

Palliatif dans l'intérêt des créanciers héréditaires - Séparation des patrimoines.

Il faut distinguer les créanciers héréditaires (créanciers du défunt) et les créanciers de l'héritier.

Inconvénient pour les créanciers héréditaires de la confusion des patrimoines du défunt et de l'héritier.

Les créanciers héréditaires souffraient de la confusion du patrimoine lorsque l'héritier était insolvable. Si le de cujus avait vécu, ses créanciers auraient été payés ; leur débiteur meurt, et la succession est déférée à un héritier qui est au-dessous de ses affaires. Il remet son patrimoine personnel à flot, mais les créanciers héréditaires ne seront pas payés intégralement par suite de leur concours avec ceux de l'héritier ; ils l'auraient été si la confusion ne s'était pas produite.

La bonorum separatio.

Le préteur est intervenu en leur faveur par la séparation des patrimoines : "separatio bonorum" (qu'il ne faut pas confondre avec celle de l'esclave).

Source : BIU Cujas

C'est un incident de la faillite de l'héritier. Par hypothèse, l'héritier n'a pas payé encore toutes ses dettes, et il est mis en faillite. On vend ses biens aux enchères : "bonorum venditio". Les créanciers héréditaires interviennent et demandent que dans le prix d'adjudication des biens en bloc à l'adjudicataire (le bonorum emptor), on fasse deux parts : l'une correspondant à la valeur du patrimoine héréditaire, l'autre à la valeur du patrimoine de l'héritier. La première sera attribuée par préférence aux créanciers héréditaires : c'est un privilège (il existe encore). On réagit à nouveau contre l'idée de confusion.

§ I - Conditions de la separatio bonorum.

Conditions auxquelles la S.B. peut être obtenue.

Il faut : 1°- que les créanciers héréditaires fassent la demande au préteur ;

2°- Qu'il la fassent avant cinq ans ;

3°- que les deux patrimoines soient encore distincts en fait ;

4°- que les créanciers n'aient pas reconnu l'héritier comme leur débiteur personnel ;

5°- que les biens ne soient pas sortis de l'héridité. La séparation des patrimoines n'autorise pas le droit de suite pour les créanciers.

§ 2 - Effets de la separatio bonorum.

Effets de la S.B. Controverses sur les droits des créanciers héréditaires contre les biens de l'héritier.

S'il y a un excédent d'actif, il appartient à l'héritier. Si l'héritier revient à meilleure fortune, les créanciers héréditaires pourront-ils réclamer contre lui ? La logique commande de répondre non, car les créanciers ont demandé la séparation des patrimoines ; ils ont rompu avec l'hérédité. C'est l'opinion d'Ulpien et de Paul (Dig. 42,6,1,17,5) Mais Papinien soutient l'opinion contraire : les créanciers héréditaires peuvent recourir contre l'héritier. (Dig. h.t.,3,2), opinion reçue en Droit byzantin, s'il y a "justissima ignorantiae causa" (Dig. h.t.[1], 17) (Cuq, Manuel p.746 n.2).

Source : BIU Cujas

Section III

Les créanciers personnels de l'héritier.

Possibilité pour les créanciers de l'héritier de faire révoquer une acceptation frauduleuse faite par leur débiteur.

Ceux-ci étaient sûrs d'être payés, si leur débiteur était solvable, mais s'il lui échoit une hérédité qui n'est pas bonne la confusion des patrimoines se produit, et l'héritier débiteur devient insolvable. C'est la situation contraire de la précédente. L'argent du débiteur sert à payer les créanciers de l'hérédité et par conséquent, il est enlevé aux créanciers personnels de l'héritier. La raison est qu'ils suivent le sort de leur débiteur. (C.Civ. art. 2092) sauf fraude ; en effet, en principe, les créanciers personnels n'ont pas de recours, à moins d'une acceptation frauduleuse de la succession par leur débiteur. Dans ce cas, le préteur leur viendra en aide par une mesure extraordinaire.

TITRE IV

EFFETS DE LA QUALITE DE LEGATAIRE ET DE FIDEICOMMISSAIRE.

Chapitre Ier

EFFETS GENERAUX.

Les légataires et fidéicommissaires sont en principe des acquéreurs à titre particulier et ne supportent pas les charges.

Une différence fondamentale sépare la qualité des droits des légataires et des fidéicommissaires et la qualité des droits des héritiers ou successeurs. Ces derniers étaient des acquéreurs à titre universel. Les premiers ne sont jamais que des acquéreurs à titre particulier, comme les donataires ; par conséquent, en principe, ils n'ont pas la charge du passif héréditaire, car un acquéreur à titre particulier n'a jamais la charge des dettes de son auteur. Le testateur pourrait cependant mettre une charge sur la tête du légataire ; généralement un affranchissement.

Source : BIU Cujas

Section I

Les droits des légataires et des fidéicommissaires vis-à-vis des héritiers.

Action réelle donnée au légataire per vindicationem Action ex testamento donnée au légataire per damnationem. Possibilité pour lui d'obtenir la bonorum separatio et la cautio legatorum.

1°- Le légataire per vindicationem est titulaire d'un droit réel et d'une action in rem contre l'héritier si celui-ci ne lui délivre pas le legs.

2°- le légataire per damnationem est un créancier muni de l'action ex testamento. L'héritier est un débiteur tenu comme tous les débiteurs de surveiller la chose qu'il doit : il répond de sa culpa in abstracto. Le préteur a concédé au légataire la bonorum separatio ce qui lui permettait de passer avant les créanciers de l'héritier.

De plus, il lui a donné une assurance particulière en obligeant l'héritier débiteur à donner caution pour les legs conditionnels ou à terme, et si l'héritier refuse de donner caution, le préteur envoie le légataire en possession des legs. (missio in possessionem).

Possibilité pour le fidéicommissaire d'obtenir une missio in possessionem contre les tiers acquéreurs de mauvaise foi. Les trois actions accordées par Justinien au légataire : action réelle, action personnelle, action hypothécaire.

Quant au fidéicommissaire, il n'obtiendra jamais qu'une créance extraordinaire contre le grevé.

En droit classique, il obtient la missio in possessionem contre les tiers acquéreurs de mauvaise foi (Gaius 2,219).

Justinien a fait des réformes considérables dans les legs et les fidéicommis. Il les a fusionnés et il a renforcé les droits du légataire. Il a donné à tous les légataires trois actions : action de créance ex testamento, l'actio in rem quand elle est possible (s'il s'agit de la propriété ou d'un droit réel) et à tous, l'action hypothécaire. Grâce à cette action, qui est une action réelle, le légataire passera avant tous les créanciers et si l'héritier aliénait le bien, le légataire pourrait le poursuivre aux mains des tiers même de bonne foi parce que l'action hypothécaire, action réelle, est munie du droit de préférence, du droit de suite.

Dans quelle mesure l'hypothèque frappe-t-elle les biens héréditaires ? Comment l'héritier est-il tenu avant le partage ? pour sa part. Comment est-il tenu après le partage ? complètement à cause de l'effet translatif du partage et de l'indivisibilité de l'hypothèque (tota in toto et tota in qualibet parte, disait Dumoulin).

Source : BIU Cujas

Section II

Les droits des légataires vis-à-vis des autres légataires.

§ I - Le Partage.

Les co-légataires ont pour partager l'actio communi dividundo.

Si le bien a été légué à plusieurs légataires, ils partageront.

L'action communi dividundo "l'action pour faire cesser l'indivision de choses particulières" leur est accordée.

§ 2 - L'accroissement.

Evolution de la théorie de l'accroissement.

A. Théorie ancienne: dans les legs per vindicationem ou per praeceptionem il y a toujours accroissement.

Quand un légataire fait défaut, le co-légataire profite de sa part. Il faut distinguer plusieurs périodes:

A. La théorie ancienne, ou pure, tient compte des différentes formes de legs:

1° - Dans le legs per vindicationem et dans le legs per praeceptionem, tous les légataires sont propriétaires de la chose léguée, dans la mesure assignée par le testateur; et s'il n'y a pas de mesure assignée, chacun prend pour une part égale.

Si l'un d'eux ne vient pas, sa part accroît à son co-légataire, quelle que soit la Formule employée par le testateur, conjonctive (je lègue l'esclave Stichus à Titius et à Seius) ou disjonctive (Je lègue Stichus à Titius; je lègue le même Stichus à Seius) (Gaius, 2,192 et 223).

Cela signifie que si Titius accepte, il prendra l'esclave Stichus et Seius aura droit à la valeur de l'esclave. Mais si Seius n'acceptait pas, Titius aurait l'esclave et l'héritier profiterait de la défaillance de Titius.

Dans le legs per damnationem il n'y a jamais accroiss-

2° - Dans le legs per damnationem, jamais d'accroissement, parce que ce legs engendre seulement une créance.

3° - Enfin, dans le legs sinendi modo (Gaius,

« Les Cours de Droit »
Source : BIU Cujas 3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions Ecrites
Reproduction interdite

sement. Dans le legs sinendi modo il n'y a pas accroissement.

2,215), Gaius rapporte une controverse. Dans le dernier état du droit, ce legs ne donnait jamais lieu à l'accroissement.

Ce régime très simple est fondé sur cette base: s'il y a droit réel, il y a accroissement; s'il y a droit de créance, il n'y a pas accroissement.

B- Régime des L. caducaires. a) le droit ancien subsiste quand ces lois sont hors de cause. Attribution des caduca et des in causa caduci.

B - Système des lois caducaires.

Les principes anciens subsisteront si les lois caducaires ne s'appliquent pas: si tous les légataires étaient capables ou s'il s'agissait d'une disposition pro non scripta, ou pour les legs d'usufruit.

Par conséquent, les règles ne s'appliquent qu'aux caduca et aux in causa caduci, qui sont attribuées:

1° - aux patres colegatarii; à leur défaut,
2° - aux heredes patres; à leur défaut
3° - aux patres legatarii; à leur défaut,
4° - au Trésor (Gaius, 2.209).

Que faut-il entendre par patres colegatarii ?

Il peut y avoir trois sortes de formules conjonctives:

On ne tient compte que de la conjunctio re et verbis et de la conjunctio verbis.

a) Conjunctio re et verbis (dans le fond et dans la forme) "Titio et Seio fundum do lego" "Je donne le fonds à Titius et à Seius": c'est la conjonction parfaite.

b) Conjunctio re tantum non verbis (dans le fond, sans être dans la forme): "Titio fundum do lego, Seium fundum do lego":

c) Conjunctio verbis tantum non re" (conjonction dans la forme sans qu'il y en ait dans le fonds)- lorsque les légataires sont appelés dans une même phrase mais avec des portions assignées: "Je donne et lègue aux deux personnes le fonds en parts égales".

Au point de vue de l'accroissement d'après les Lois Caducaires on ne considère que la conjunctio re et verbis ou verbis tantum. Au contraire aucune préférence n'est accordée au colegatarius re tantum.

Ce système ne nous paraît pas très logique. Il faut entrer dans l'esprit des Lois Caducaires pour le comprendre entièrement; le système que ces lois préconisaient est artificiel; il repose sur l'apparence des formules: s'il y a une phrase, on est en face d'un colegatarius, s'il y en a deux ce sont des legatarii.

On a cru que c'était le vrai système romain, puisqu'il est au Digeste et il a influencé le Code Civil (art. 1044 et 1045). Mais le texte de Paul au Digeste est une anomalie.

C- Droit de Justinien. Com-

C - Dans le Droit de Justinien, plus de formules. En conséquence, plus de conditions extérieures. Le formalisme a cet avantage qu'il produit la netteté et cette qualité est si appréciable qu'on revient par-

Source : BIU Cujas

binaison des règles d'accroissement du Droit ancien et du droit des Lois Caducaires.

fois actuellement aux formules (on l'a vu déjà maintes fois). Au temps de Justinien, le formalisme ayant été abandonné, c'était la liberté et par là-même l'imprécision; Justinien se trouve, en ce qui concerne l'accroissement dans les legs, dans le plus grand embarras. Il a établi un système nouveau, système bâtard qu'il emprunte à la fois au droit ancien et aux lois Caducaires et qui n'est pas parfait. Il décide (Inst. 2,20,2) qu'autant que possible, il faut appliquer les règles anciennes de l'accroissement; mais quand on ne peut pas les appliquer, Justinien distingue:

Distinction suivant qu'il y a ou non assignation de part,

1° - S'il y a assignation de parts (verbis tantum), pas d'accroissement: le testateur entendait limiter à chacun sa part. Cela est logique.

1°) s'il y a assignation de parts: pas d'accroissement.

2° - S'il n'y a pas assignation de parts, toujours accroissement, que les deux legs soient faits dans une même phrase ou dans deux phrases différentes (re et verbis ou re tantum).

2°) s'il n'y a pas assignation de parts il y a accroissement.

Mais s'il n'y a qu'une phrase, l'accroissement suit le régime des Lois Caducaires: il est volontaire, il est cum onere.

a) cum onere et volontaire s'il y a une seule phrase.

S'il y a deux phrases, c'est le régime du vieux droit: l'accroissement est forcé, sine onere.

b) sine onere et forcé s'il y a deux phrases.

Cela est assez difficile à comprendre car c'est tout à fait en opposition avec ce que nous nous sommes représentés comme la logique même de la théorie de l'accroissement.

D- Règles propres au legs d'usufruit.

D - Il faut indiquer quelques règles spéciales à ce propos au legs d'usufruit.

Le legs d'usufruit est très pratique. Le mari en faisait très souvent un à sa femme; il permettait aussi d'avantager une personne sans nuire aux héritiers, l'usufruit étant au maximum viager. Par là seul qu'il porte sur l'usufruit seulement et non sur la propriété, il donne lieu à des règles particulières.

On sait que l'usufruit a deux caractères: c'est un droit personnel, bien qu'il soit un droit réel, et c'est un droit successif: qui se forme jour par jour.

L'usufruit est personnel et successif. Conséquences:

Ces deux caractères déterminent les règles de ce legs:

1°) Le legs d'usufruit n'est pas soumis aux Lois Caducaires au point de vue de l'accroisse-

1°) Le legs d'usufruit n'a jamais été soumis aux Lois Caducaires: l'accroissement se produira toujours au profit du colégataire d'usufruit, conjoint ou non.

2°) L'accroissement du legs d'usufruit a toujours lieu personae et non pas portioni.

Cela tient à la nature personnelle de l'usufruit, qui est un droit attaché à la personne. Autrement dit: si le légataire vient à mourir avant d'a-

Source : BIU Cujas

ment.
2) Celui-ci a lieu personae non portioni.

voir recueilli l'usufruit; ce ne sont pas ses héritiers qui prendront le legs: ou bien c'est le colégataire ou bien c'est l'héritier institué qui en profiteront.

Le caractère d'accroissement personae et non pas portioni a une application très intéressante dans l'hypothèse suivante: un des colégataires d'usufruit intente l'action confessoire: il succombe - par exemple, parce qu'il a trop demandé ("plus petitio"). Plus tard, son colégataire recueille tout le legs par accroissement. Peut-il recommencer le procès ? Peut-il intenter à nouveau l'action confessoire ? - S'il s'agissait d'une vindicatio de propriété, ce ne serait pas possible: le premier a épuisé l'action en une fois. Mais s'il s'agit d'action confessoire, il pourra recommencer le procès, sans que le défendeur puisse lui opposer une exception. Pourquoi ? Les jurisconsultes invoquent précisément le droit personnel de l'usufruit: (D.7,1,33,1 et Dig. 7,2,10 "tandis que pour la propriété la portion du fonds accroît à la portion, la portion d'usufruit accroît à la personne: l'accroissement se produit personae et non portioni).

Conséquence au point de vue de la possibilité d'intenter à nouveau l'action confessoire.

3) L'accroissement du legs d'usufruit se produit même s'il y a eu partage.

3°) Si le legs d'usufruit a déjà été partagé et que l'un des légataires vienne à mourir ou à subir la capitis deminutio (par conséquent, sa part d'usufruit ne lui appartient plus) à qui va-t-elle aller ?

S'il s'agissait d'une propriété qui aurait déjà été partagée entre les légataires, la part irait aux héritiers du légataire. En matière d'usufruit, la part ne peut pas passer aux héritiers de l'usufruitier puisqu'il n'y a jamais de transmission héréditaire de l'usufruit. On pourrait concevoir que ce fût l'héritier institué qui en profitât ; pas du tout: l'accroissement se produit alors même qu'il y a déjà eu partage . C'est une chose inconcevable qui ne se produit que dans le legs d'usufruit parce que,disent les jurisconsultes romains, "l'usufruit renaît tous les jours". Or donc, lorsque Secundus reprend son usufruit au lendemain de la mort de Primus, il le retrouve complet, intégral,- et Secundus bénéficiera à partir de la mort ou de la capitis deminutio de Primus, de tout le legs d'usufruit. (Fragment du Vatican, 77, et Dig. 7, 2,1,3).

Source : BIU Cujas

Chapitre III

LES EFFETS DU LEGS PARTIAIRE ET DU FIDEICOMMIS D'HEREDITE.

Le legs partiaire et le fideicommis d'hérédité se rapprochent en ce sens que ces deux dispositions portent non pas sur un objet particulier mais sur une quote-part de l'hérédité (le fideicommis peut même porter sur toute l'hérédité).

Section 1ère

LE LEGS PARTIAIRE (Partitio Legata).

Formule de legs partiaire.

"Heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito" (Ulpien, Reg. 24,25) "Que mon héritier partage l'hérédité avec Titius".

Le droit du légataire, dans cet exemple, est de moitié; et l'héritier est réduit à moitié . Mais les parts peuvent être faites autrement.

Quelle est la situation du légataire partiaire vis-à-vis des tiers et vis-à-vis des héritiers ?

Aujourd'hui, le légataire à titre universel, qui ressemble au légataire partiaire, est assimilé au légataire universel par la jurisprudence et tous deux sont assimilés aux héritiers, en ce qu'ils ont la charge des dettes ultra vires sur leur propre patrimoine si l'hérédité n'est pas suffisante pour payer les créanciers.

Le legs partiaire bien que portant sur une quote-part de l'hérédité est un mode d'acquisition à titre particulier.

En Droit Romain, le legs a toujours été un mode d'acquisition à titre particulier, même s'il porte sur une quote part de l'hérédité, comme le legs partiaire. Toutes les règles dérivent de ce caractère:

1°) Le droit du légataire partiaire est toujours subordonné au droit de l'institué.

2°) Il agit contre l'institué par l'actio ex testamento et non pas par l'actio familiae erciscundae.

3°) Son droit est un droit de créance et non pas de propriété - et les deux Ecoles rivales, Sabiniens et Proculiens, discutaient pour savoir si le légataire partiaire pouvait exiger sa part en nature ou devait se contenter de sa part en valeur (Pomponius au Dig. 30,26,2). Cette dernière opinion a prévalu.

Seul l'hé-

En conséquence: Lorsque les créanciers hérédi-

Source : BIU Cujas

ritier reste exposé aux poursuites des créanciers héréditaires et peut poursuivre les débiteurs héréditaires. Mais le légataire est tenu par un contrat passé avec l'héritier (stipulatio partis et pro parte) de rembourser à l'héritier une quote-part des dettes comme celui-ci doit lui transférer une partie des créances qu'il a touchées. Les Romains ne sont jamais arrivés à faire du légataire partiaire un véritable successeur. Origine du legs partiaire: procédé pour laisser à une personne une partie du patrimoine sans lui imposer la charge des Sacra.

taires veulent recouvrer leur créance, ils ne peuvent s'adresser qu'à l'héritier. L'héritier est obligé de les payer ultra vires - en puisant dans son propre patrimoine (c'est le point de vue poursuite ou obligation). Mais, ne serait-il pas injuste que le légataire partiaire, qui prend la moitié de l'hérédité, ne rembourse pas l'héritier pour moitié ? Les Romains l'ont pensé et ils ont déclaré que l'héritier partiaire prendrait sa part des dettes soldées par l'héritier (c'est le point de vue contribution). Pour assurer la part contributive du légataire partiaire, la pratique a imaginé des contrats entre héritier et légataire: 1° - L'héritier touchant toutes les créances héréditaires, doit promettre la moitié au légataire partiaire par "stipulatio partis et pro parte" (Gaius 2,252); 2° - Le légataire s'engage par une stipulation réciproque à rembourser à l'héritier d'une part des dettes qu'il aura payées".

Ce régime entraînait des complications, exposait les deux parties à des risques d'insolvabilité réciproques, complications qui n'ont disparu que sous Justinien, par suite de l'assimilation du legs et du fidéicommis (v. Infrà).

Il ne semble pas que le légataire partiaire ait jamais eu un droit personnel d'agir contre les débiteurs ou une obligation personnelle envers les créanciers.- C'est parce que l'institution du legs partiaire s'est arrêtée et que le légataire n'est jamais devenu un héritier partiaire.

Pourquoi ? Cela se rattache aux origines de ce legs, sur quoi règnent deux systèmes:

Le 1er système prétend que le legs partiaire a été inventé pour tourner la Loi Voconia qui défendait aux citoyens de la première classe (plus de 100.000 as de patrimoine) d'instituer les femmes héritières; et il dit "Ne pouvant pas instituer les femmes héritières, on les inscrivait comme légataires". M. Collinet ne croit pas que ce système soit fondé parce que, quelle que soit l'importance des femmes dans une République, leur intérêt n'aurait pu engendrer une institution spéciale aussi grave.

D'ailleurs, pas de textes, tandis que le 2ème système s'appuie sur un passage célèbre du "De Legibus" de Cicéron (livre 2, ch. 109, § 20-21) qui montre toute la transformation du legs partiaire depuis ses origines et laisse entrevoir (car les explications de Cicéron sont assez obscures) que le testateur laisse une part importante de succession à une personne à titre de legs, au lieu de la lui laisser à titre d'héritier, parce qu'il ne veut pas faire porter à cette personne la charge des sacra.

Source : BIU Cujas

Les sacra étaient une lourde charge, attachés au titre d'héritier, à preuve le proverbe romain: "Hereditas sine sacris", pour désigner ironiquement le bonheur parfait.

Pour éviter à une personne la charge des sacra, on la faisait légataire, on changeait son titre. C'est bien là l'origine du legs partiaire. Cette conception est beaucoup plus large que le premier système. Mais Cicéron dit que les pontifes ont vu d'un mauvais oeil ce legs partiaire et il nous révèle qu'il s'est établi une lutte entre le droit pontifical et le droit laïque; elle finit par un compromis. Plus tard, le droit pontifical, qui s'était mêlé au Droit civil, a fini par disparaître; il a été aboli par les pontifes eux-mêmes . D'ailleurs, dès que les sacra sont tombés en désuétude -(du temps de Cicéron), le legs partiaire a perdu de son intérêt, et c'est pourquoi il s'est maintenu sans se développer.

Section II

Les fidéicommis d'hérédité.

Le f.c. peut porter sur une quote-part de l'hérédité (comme le legs partiaire) ou bien sur toute l'hérédité. Malgré cela, le fidéicommis est un acte à titre particulier comme le legs (Inst. 2,23,3). Seulement les règles de l'institution se sont modifiées en 4 étapes.

§ I - Ière Phase - Des origines au S.C. Trébellien

A l'origine, le fideicommissaire n'a qu'une créance en restitution.

Le fiduciaire est le seul et véritable héritier. Le fidéicommissaire n'a contre lui qu'une créance en restitution, sanctionnée par voie extraordinaire. La restitution, qu'elle s'opère de plein gré, ou de façon forcée, se fait toujours de la même manière: pour les choses corporelles, le fiduciaire peut laisser le fidéicommissaire s'emparer de ces choses, ou lui en faire la remise; quant aux choses incorporelles, (créances et dettes), la distinction était la même que pour le légataire partiaire; au point de vue extérieur, poursuite ou obligation, c'est le fiduciaire qui poursuit les débiteurs ou qui est poursuivi par les créanciers; au point de vue interne contribution, voici le règlement:

Le f.c. partiaire est assimilé au legs partiaire.

Le f.c. d'hérédité est assimilé à l'in jure cessio hereditatis.

1°) Si le fidéicommis porte sur une quote-part de l'hérédité, les stipulations réciproques interviennent comme dans le legs partiaire : le fidéicommissaire est "loco legatarii.

Source : BIU Cujas

2° - S'il s'agit d'un fidéicommis intégral, les jurisconsultes Romains ont trouvé le modèle dans une autre institution; la vente de l'hérédité par in jure cessio hereditatis, des stipulations "emptae et venditae hereditatis" sont nécessaires; le fidéicommissaire était "loco emptoris" (Gaius, 2,252).

Les inconvénients de cette institution étaient les complications et les risques d'insolvabilité réciproque; d'autre part, le fiduciaire n'avait aucun intérêt à accepter la succession, si le fidéicommis était trop fort; dans ces conditions, il renonçait à l'hérédité.

§ 2 - 2ème Phase - Le S.C. Trébellien.

Rendu sous le règne de Néron, probablement le 25 Août, 56 ap. J.C., sous le consulat de Trébellius Maximus et d'Annaeus Seneca, le philosophe Sénèque, il a décidé que le fidéicommissaire intégral serait désormais "loco heredis". Le préteur a été invité par le Sénat à sanctionner la situation du fidéicommissaire, véritable bonorum possessor; il aura l'in bonis; il deviendra créancier prétorien des créances héréditaires, et débiteur prétorien des dettes héréditaires. Il agira par les actions du défunt, avec fiction; les créanciers agiront contre lui par des actions fictices

Le senatus-consulte Trébellien fait du fidéicommissaire un bonorum possessor.

Le fidéicommissaire universel pourra même posséder une pétition d'hérédité fideicommissaire, mais qui, sans doute, date seulement du Bas-Empire, comme l pétition d'hérédité possessoire.

§ 3 - 3ème Phase - Le S.C. Pégasien.

Le S.C. Pégasien entre 69 et 72 a pour objet de donner au fiduciaire un intérêt à accepter l'hérédité. Il institue une quarte: la quarte pégasienne.

Le S.C. Pégasien, création de la quarte pégasienne en faveur du fiduciaire. Intérêt qu'il a à accepter l'hérédité.

Le fiduciaire à qui le S.C. offre cette quarte, ne peut pas refuser l'hérédité; s'il la refusait, il pouvait être contraint de l'accepter à la suite d'une poursuite extraordinaire (Paul, sentences, 4,4,3

Le S.C. a, en outre, changé la position du fidéicommissaire comme suit:

1°) si le fidéicommissaire avait reçu seulement une quote-part de l'hérédité il prenait cette part loco legatarii, à condition que le fiduciaire eût accepté de plein gré la succession en retenant la quarte.

Triple qualité par laquelle il peut venir à la succession: loco legatarii; loco emptoris, loco heredis.

2°) le fidéicommissaire avait droit à toute l'hérédité, il vient "loco emptoris" à titre d'acheteu et les stipulations emptae et venditae hereditatis son

Source : BIU Cujas

nécessaires (Gaius 2,257). Cela se produit dans le cas où le fiduciaire accepte l'hérédité, mais en renonçant à la quarte.

3°) le fidéicommissaire universel vient "loco heredis": 1° - si le fiduciaire avait été forcé d'accepter par le magistrat (Gaius 2,258); 2° - si la quarte lui avait été laissée par testament (Gaius 2, 255).

Dans cette hypothèse, le fiduciaire est un héritier civil pour le quart, le fidéicommissaire est un successeur prétorien pour les 3/4. Chacun intente les actions du défunt de son côté; le premier à titre civil, le second à titre prétorien. Et réciproquement, ils sont tous les deux poursuivables par les créanciers : le premier par les actions directes; le second, par les actions fictices.

§ 4 - 4ème phase - le Droit de Justinien.

Fusion par Justinien des S.C. Trébellien et Pégasien.

Justinien a remis de l'ordre dans cette matière complexe (Inst. 2,23,7).

Il supprime, dit-il, le S.C. Pégasien pour ne garder que le S.C. Trébellien. En réalité, il les a fondus en un et les solutions qu'il a admises sont beaucoup plus voisines du Trébellien que du Pégasien :

1°- Le fidéicommissaire est toujours "loco-heredis". Il a les actions civiles et la hereditatis petitio fidéicommissaria ;

2°- Quelle que soit la quotité du fidéicommis, les stipulations sont supprimées : ce sont des simplifications très grandes. Cela s'est étendu au legs partiaire au moment où le legs et le fidéicommis ont été fusionnés. (Inst. 2,20,3, renvoyant à Code 6, 43,2).

3°- Le fiduciaire a toujours droit à la quarte que l'on appelle désormais : quarte Trébellienne (quarta Trebelliana).

4°- Si le fiduciaire refusait d'accepter l'hérédité, et que le magistrat fût obligé de le contraindre à accepter, le fiduciaire perdrait le bénéfice de sa quarte.

Source : BIU Cujas

5ème Partie.

LA PROCEDURE ET LES VOIES DE DROIT (1)

La sanction des droits consiste dans des moyens qui sont accordés à la personne qui prétend que son droit est lésé, violé, méconnu, moyens qui peuvent aboutir à une exécution effective et que l'on appelle les voies de droit. Ce sont, en Droit Romain : les actions, les interdits, les exceptions, l'in integrum restitutio, la missio in possessionem, les stipulations honoraires (ou prétoriennes).

Les voies de droit, sanctions des droits, sont soumises à des règles de formes, et qui constituent la procédure plus ou moins formaliste suivant les temps.

La procédure est donc l'ensemble des actes que doit suivre la partie pour faire valoir la sanction de son droit. Il y a, en Droit Romain, deux sortes de voies de droit et de procédure quand on se place à un point de vue général:

les voies de droit et la procédure civile ;
les voies de droit et la procédure criminelle.

Importance de la procédure à Rome. Lenteurs du dégagement de la procédure criminelle comme partie du droit public.

La procédure civile relève du droit privé : c'est l'ensemble des formes qui servent à faire valoir les droits contestés entre particuliers.

La procédure criminelle relève du droit public parce que l'une des parties en cause, c'est l'Etat (représenté aujourd'hui par le ministère public). Elle ne convient, à Rome, qu'aux délits publics. On a aperçu le "crimen suspecti tutoris" et l'action publique qui naît de la loi "Plaetoria".

Les délits privés sont sanctionnés, comme les droits privés, par des actions portées devant les tribunaux civils.

L'importance de l'étude des voies de droit et de la procédure est beaucoup plus considérable en Droit romain qu'aujourd'hui ; car le Droit Romain s'est développé surtout par le côté procédural et par le côté des sanctions. Le progrès du Droit romain a été accompli principalement par les préteurs pendant la fin de la République et le commencement de l'Empire, sous la forme d'octroi de sanctions nouvelles.

---

(1) Bibliographie récente : A. Giffard, Leçons de procédure Civile romaine, Paris 1932. V. Arangio-Ruiz, Cours de Droit Romain (Les Actions) Napoli 1935-XIII.

Source : BIU Cujas

Le mouvement ne s'est pas arrêté après le droit prétorien au Haut-Empire ; il ne faut pas nier qu'alors, c'est surtout le développement doctrinal, aux Ier, IIème et IIIème siècles de notre ère qui s'est affirmé, par des constructions qui font la beauté du génie juridique romain, mais ce développement repose en grande partie sur les sanctions. Enfin, au Bas-Empire, la procédure extraordinaire a influé, beaucoup plus qu'on ne le dit, sur le progrès du droit.

La procédure et son importance au point de vue des origines du droit.

Disons d'abord quelques mots des origines de la procédure qui sont en relation directe avec les origines mêmes du droit.

Cette idée se manifeste très clairement quand on étudie les civilisations primitives par les méthodes précises et scientifiques qui sont en honneur aujourd'hui, principalement dans l'Ecole française, de l'histoire du droit comparé.

Dans les civilisations primitives, l'individu n'existe pas en tant que sujet de droit. Il n'y existe que des intérêts collectifs.

Le droit d'abord fait pour le groupe et non pour l'individu.

L'individu est absorbé par son groupe ; le groupe qui a des droits, des obligations, c'est la "gens" d'abord (la tribu), puis la famille dont la notion est plus ou moins étendue.

M. Collinet a déjà dit qu'il fallait distinguer dans ces temps très antiques deux points de vue différents : les rapports qui existent à l'intérieur du groupe et ceux qui existent à l'extérieur.

Les rapports à l'intérieur sont ceux qui existent entre les composants du groupe : là, les sanctions ne sont pas d'ordre juridique ; les droits ne fonctionnent pas dans l'intérieur du groupe. Dans la famille romaine encore, le paterfamilias ne peut pas avoir de rapports avec ses "liberi".

Les sanctions et le droit n'existent qu'à l'extérieur, dans les rapports entre groupes.

Les groupes entre lesquels va se former le droit sont entre eux dans la même relation que les Etats dans le monde actuel ; ces groupes sont indépendants l'un par rapport à l'autre, sont souverains.

Si l'on suppose que l'un des membres du groupe commet un tort vis-à-vis d'un membre du second groupe, la coutume autorise le groupe 2 à demander réparation du tort au groupe 1, absolument comme si l'Etat 1 avait commis un acte que l'Etat 2 considère comme lésif pour lui.

La vengeance privée et les origines de la procédure.

La solution de ces différends se trouve entre nations dans la guerre : précisément la première sanction qui apparait dans l'histoire du droit privé, comme dans l'histoire du droit public, c'est la guerre

Source : BIU Cujas

qui n'est en réalité qu'une vengeance : guerre publique, d'Etat à Etat ; guerre privée de groupe à groupe.

Il existe entre les composants du groupe primitif une solidarité tribale. (Chez les Arabes encore aujourd'hui) ou solidarité familiale (en Grèce, vestiges à Rome (1), puis aussi en France au moyen âge).

La réglementation de la vengeance privée. Son aboutissement à l' arbitrage d'abord volontaire, puis forcé.

1°- La vengeance privée s'est opérée d'abord sans aucune règle, comme la guerre s'est opérée d'abord sans règles entre cités, entre nations. La civilisation rudimentaire est arrivée ensuite à une réglementation (plus la civilisation est grande, plus la réglementation est précise).

Les réglementations paraissent être contemporaines de la naissance de l'Etat, sous forme de Cité. A ce moment, de nouveaux rapports s'établissent entre les groupes parce que le but principal de la Cité ou de l'Etat c'est de faire règner l'ordre. Son intérêt et son devoir, est par conséquent d'appliquer des réglementations. L'Etat fixera par exemple, un délai de vengeance, la qualité, le nombre des personnes soumises à la vengeance. On dira, par exemple, que c'est la famille seule qui l'exercera et cela diminuera le trouble. On imposera des formes à l'exercice de la vengeance privée : c'est la procédure. Voilà pourquoi la procédure est l'une des manifestations les plus archaïques du droit. La procédure primitive romaine est antérieure à la fondation de Rome, et vient des Latins ou des Italiotes.

Le droit pénal a été le plus ancien droit de l'humanité ; c'est en effet le besoin de réparer une injustice qui est apparu d'abord. (2)

2°- L'intérêt de l'Etat est aussi d'arrêter la vengeance. La vengeance s'éteindra soit par la paix, soit par l'arbitrage.

Le mot pax a la même racine que le mot pactum, de pacisci "faire une convention". La paix, c'est en réalité une convention ou une transaction. Le pactum la convention a donc commencé par se manifester dans les rapports entre tribus, pour mettre fin à la guerre. C'est encore son sens dans la Loi des XII Tables (V. IIème année).

L'arbitrage est destiné à amener cette transaction; c'est la médiation entre deux groupes ou plus tard deux hommes. Il est le fait généralement d'un homme qui s'impose par son influence personnelle (les sorciers, les pontifes, les prêtres, les sages, puis enfin le roi et les magistrats).

---

(1). V. P. Collinet art. Mél. Glotz (cité).

(2) Les sociologues sont d'un autre avis, mais leur thèse, fondée sur les coutumes des sauvages, n'a pas de valeur pour les origines du D.R.

Source : BIU Cujas

L'arbitrage est d'abord volontaire, c'est-à-dire qu'il doit être accepté par les deux parties (il en est encore ainsi aujourd'hui entre Etats); il est ensuite imposé. (1)

L'arbitrage amène une organisation judiciaire des actions en justice et une procédure.

L'arbitrage est l'origine de la justice, c'est à-dire de l'organisation judiciaire et des tribunaux ; et c'est aussi l'origine de l'action en sanction des droits, et par de là du droit même, parce que du moment qu'il y a sanction de droits, il y a droit. Historiquement parlant, c'est la sanction qui précède le droit, et non pas le contraire.

Tout cela sort de la vengeance privée, de la lutte entre groupements ou plus exactement des efforts qui ont été faits contre la lutte entre groupements, contre la vengeance privée ; parce que la vengeance privée en elle-même et son développement normal ne peuvent avoir créé ni la procédure ni l'organisation judiciaire, ni les actions ou le droit. C'est le mérite et l'honneur des Cités primitives (cités sémitiques de l'Orient, Code d'Hammourabi - 2.500 av. J.C. (2), cités helléniques, cité romaine), d'avoir lutté contre la vengenace privée, en constituant le droit.

Evolution de la procédure et des actions: procédures extra judiciaires entraînant la disparition de la vengeance privée devant la justice d'Etat.

3°- La procédure et les actions ont passé par deux phases ; elles ont d'abord été privées ou extra judiciaires ; les procédures, dans cette période, sont des "procédures sans procès (Girard) ; ce sont des procédures qui sont de simples formes auxquelles sont soumis les actes des parties, sans qu'il y ait de procès véritables. (Exemple : en droit moderne, vente de biens de mineurs : c'est une adjudication volontaire).

Il est intéressant de constater que les Romains connaissent encore ces procédures sans procès. Dans son premier sens, le terme actio veut dire "acte"

Dans une période plus avancée, ces procédures ont été nécessairement judiciaires par suite de l'intervention du représentant de l'Etat qui organise et contrôle les procès. Les actions sont toujours des actes, mais des actes judiciaires (le mot a un autre sens aujourd'hui).

A partir de ce moment historique où l'Etat impose sa justice, l'arbitrage devient forcé. La loi des XII Tables connait les deux systèmes, volontaire et forcé. (V. IIème Année). Le droit de se faire justice à soi-même, le droit de vengeance directe disparaît (3).

---

(1). V. "La justice dans les coutumes primitives" par M. Declareuil N.R.H. 1889.
(2) v. l'ouvrage de M. Ed. Cuq, Etudes sur le droit babylonien etc.. Paris 1929.
(3) V. Thèse de M. L. Crémieu, Paris 1908.

Source : BIU Cujas

La justice privée a fini par être défendue par des Constitutions impériales du IVème siècle. Mais cela est resté lettre morte; et la justice privée n'a jamais sévi autant en Gaule qu'à l'époque franque, jusqu'à ce que le pouvoir des Capétiens vînt y mettre terme, à l'époque où le véritable droit français apparait, ce qui correspond aux XIème et XIIè siècles. (1)

L'histoire de la procédure romaine comprend trois phases :

Histoire de la procédure : les 3 procédures romaines.

1°- Les actions de la loi
2°- La procédure formulaire.
3°- La procédure extraordinaire.

Presque tous les auteurs étudient ces trois phases en trois titres. Il vaut mieux les étudier en deux titres (2). En effet, les actions de la loi et la procédure formulaire ont entre elles des rapports étroits. Le principe d'arbitrage sur lequel elles reposent est le même : c'est pourquoi il faut les rapprocher au lieu de les séparer. Ce rapprochement fait jaillir bien des idées importantes. Ces deux formes sont deux étapes successives de la procédure ordinaire. (Titre I) Après quoi, nous verrons dans un titre II la procédure extraordinaire, fondée sur un principe différent, la justice étatique.

Titre I

PROCEDURE ORDINAIRE.

Chapitre I

NOTION ET HISTOIRE.

Définition de la procédure ordinaire.

La procédure ordinaire est celle qui obéit à l'ordo judiciorum privatorum (à l'ordre des instances privées) (Judicium veut dire quelquefois jugement, mais surtout instance), par opposition à l'ordre des instances publiques).

L'ordo.

L'ordo, l'ordre, mot conservé par le clergé catholique, est un ensemble de règles (auxquelles échappera la procédure extraordinaire extra ordinem) dont il est assez difficile de distinguer la plus importante. On considère souvent que le principal caractère

---

(1) Bibliographie: Art. de M. Ferrero : Revue des 2-Mondes du Ier Mai 1910. Deux art. sur la Ruine du monde antique : 15 Septembre 1919 et 15 Février 1920. (en volume aussi).
(2) C'est le plan suivi par M. Monier et depuis longtemps par M. Collinet.

Source : BIU Cujas

Division de l'instance en deux phases.

de la procédure ordinaire est la division de l'instance en deux phases : une première "jus", ou phase "in iure", devant les magistrats, une seconde, "apud judicem" (préférable à "judicium"), phase "in judicio", se déroulant soit devant le judex unus, ou devant les tribunaux spéciaux.

Caractéristique de la procédure ordinaire, le juge est un juré, un arbitre.

A ce propos, il faut rappeler que le judex unus, est un particulier choisi par les parties (1). C'est là, selon M. Collinet, la caractéristique de la procédure ordinaire. Le judex n'est pas un juge (car le mot juge éveille chez nous l'idée de magistrat investi par l'Etat, comme dans la procédure extraordinaire). A Rome, c'est un particulier, un juré ou mieux un arbitre, c'est-à-dire quelqu'un qui, comme encore l'arbitre d'aujourd'hui, tranche un litige sans avoir la possibilité de faire exécuter sa sentence.

Donc le caractère arbitral de la procédure ordinaire est certain (2). Le rôle du magistrat in jure est d'organiser l'instance.

Réglementation de la procédure.

Cette procédure est soumise à une stricte réglementation.

Pour organiser l'instance, il faut que le magistrat soit compétent. Le magistrat compétent, c'est celui du tribunal du défendeur : actor sequitur forum rei, (règle encore conservée aujourd'hui).

Actor sequitur forum rei.

L'incompétence, on la ferait valoir par une exceptio fori.

Lieu et temps auxquels le magistrat peut siéger.

Le procès, primitivement, ne peut avoir lieu qu'à Rome, et au comitium. Comme le roi, le magistrat siège sur un trône élevé, sur une estrade "tribunal". Lorsque le magistrat connait d'un procès, il doit être sur le tribunal. Si au contraire, il connaît d'une affaire gracieuse, il pourra être debout, et décider "de plano", par terre, de plain-pied.

Les magistrats ne peuvent siéger après le coucher du soleil, reste des pratiques magiques. De même, il est impossible de siéger à certains jours fixés par le calendrier, où il est impossible de prononcer les trois mots : "do, dico, addico". Le judex unus siège au forum également.

---

(1) Sur le choix du juge, v. Jean Mazeaud, Paris 1933. Mais ce n'est pas un particulier quelconque ; c'est une personne qualifiée V.P. Collinet, Recueil Gény t. I. 1934.

(2) Cf. Collinet N.R.H. 1902, p. 502 et s.

Source : BIU Cujas

Section I

La notion générale des legis actiones.

Les legis actiones.

Ces actions de la loi ne sont bien connues que depuis la découverte des Institutes de Gaius dans le palimpseste de Vérone ; les lacunes du livre IV (consacré aux actions) sont heureusement diminuées par la découverte du P.S.I. II82 (déjà cité). Elles ont d'ailleurs été mieux comprises depuis que l'on a étudié les coutumes des peuples primitifs.

Origine et durée.

Cette procédure remonte aux origines de Rome. Elle est réglée par la loi des XII Tables et elle a duré jusqu'en l'an 737 de Rome (17 av. JC.)

Définition du terme.

Action de la loi signifie procédure légale, soumise à des formes imposées par la loi ; la procédure est tantôt extrajudiciaire (la "pignoris capio", saisie de gage), le plus souvent judiciaire.

But de l'action.

Car son but n'est pas comme on l'a dit la réalisation du droit, mais uniquement de manifester par des rites appropriés la prétention des parties. (1)

Caractères de l'action de la loi : 1°- légale 2°- formaliste.

L'action de la loi est nécessairement légale "Nulla legis actio sine lege" Gaius (4,11) nous dit que la legis actio s'appelle ainsi : en premier lieu parce qu'elle dérive d'une lex (loi votée par le peuple, ou lex des censeurs, ajoutons la coutume ; en 2ème lieu parce qu'il faut reproduire les paroles (et les gestes mêmes) prescrits par la loi. Les Romains étaient extrêmement rigoureux à cet égard. Un homme, dit Gaius, avait été débouté parce que, dans l'action de arboribus succisis, il avait employé le mot "vites" (vignes" au lieu "d'arbores".

Pas de représentation ni de procédure par défaut.

Le formalisme entraînait deux conséquences: 1° Il est impossible de se faire représenter "nemo alieno monime lege agere potest". Les parties agissent en personne avec l'assistance d'hommes de loi, plus tard d'avocats. 2°- Pas de procédure par défaut. Le rôle du magistrat dans ces actions a provoqué une grave discussion entre M. Wlassak et M. Girard. M. Girard soutenait que le magistrat ne peut ni donner ni refuser l'action ; il dirige simplement le procès. M. Wlassak prétendait que le magistrat a un rôle actif et qu'il peut dare vel denegare actionem (2) Ce qui est certain, c'est que les parties ont un rôle plus actif que le magistrat. Les actions de la loi représentent, a-t-on dit, un petit drame dont le jeu est conduit par le magistrat.

Le magistrat dirige le débat dans la legis actio.

---

(1) V.P.Collinet N.R.H., 1905 p.171 et suiv.
(2) Girard, p. 1036, n.4.

Source : BIU Cujas

Enumérons les l.a. d'après Gaius 4,12, selon l'ordre chronologique : les plus anciennes, le sacramentum et la manus injectio étaient les plus compliquées, on le verra ; la judicis arbitrive postulatio, venant des XII Tables l'était déjà moins ; la pignoris capio de même ; enfin, vers le VIème s. on créa la condictio, la plus simple.

Néanmoins, les l.a. devinrent peu à peu odieuses, dit Gaius, 4,30, à cause de leur subtilité excessive. Aussi furent-elles abrogées, continue Gaius par la loi Aebutia et les deux lois Juliae, d'où il résulta qu'on plaida dorénavant par formules (V. la Section II). Aulu-Gelle (16,10) parle aussi de la loi Aebutia en disant que toutes les vieilleries des XII Tables (qu'il énumère) une fois la loi Aebutia votée, s'assoupirent. Ces deux textes, les seuls sur cette loi, restent vagues. Aussi la portée de la loi Aebutia et des lois Juliae est-elle toujours discutée. On ne peut ici qu'indiquer les principaux systèmes : 1°- Girard enseignait que la loi Aebutia avait créé la procédure formulaire et donc qu'entre elle et les lois Juliae, les l.a. et cette procédure avaient coexisté : les plaideurs auraient eu le choix (système de l'option); 2° - Cuq (suivi par M. Giffard, Précis, t. I, p. 115) pensait que la loi Aebutia avait aboli la condictio seule et non les autres l.a. qu'on retrouve dans la période intermédiaire; 3° - Le système qui gagne du terrain (Arangio-Ruiz, Monier) considère: a) que la Loi Aebutia n'a pas créé la procédure formulaire - car une loi ne crée jamais une procédure, c'est la pratique; b) qu'elle n'a pas abrogé la condictio, la plus récente des l.a.; c) qu'elle a étendu la procédure formulaire aux procès entre citoyens; d) qu'elle a produit seulement par voie de conséquence la disparition des l.a. , ce que disent d'ailleurs Gaius et Aulu-Gelle.

La loi Aebutia et les Lois Juliae.

Quant à la loi Aebutia, les dates de Girard (entre 605 et 628; 149-126 av. J.C.) devraient être rectifiées; M. Collinet admettrait une date plus ancienne: (fin VI° siècle; vers 160 av. J.C.). Quant aux deux lois Juliae qui ont définitivement instauré le système formulaire, ce sont les lois Juliae judiciariae d'Auguste (737 de Rome; 17 av. J.C.).

Gaius (4,31) précise que les l.a. ont toutefois subsisté dans deux cas: 1° - en matière de damnum infectum; 2° - quand le procès doit aller aux centumvirs, on agit sacramento devant le préteur urbain ou pérégrin. La l.a. survit aussi en matière de juridiction gracieuse (in jure cessio, consortium entre alii).

« Les Cours de Droit » 9 Place de la Sorbonne, 3
Répétitions Ecrites
Reproduction interdite
Source : BIU Cujas
U

Section II

Notion générale de la procédure formulaire.

C'est une suite directe de la procédure des actions de la Loi.

Cette procédure est la suite de celle des L.A. mais en diffère à plusieurs points de vue: moins formaliste. formule écrite.

Cette idée est mise trop peu en relief par les livres: les principes fondamentaux subsistent sous la procédure formulaire, cependant des différences notables existent, cela va de soi:

1° - La procédure est beaucoup moins formaliste, tout en l'étant encore, cependant; ainsi, la représentation est possible.

2° - La principale formalité consiste dans la rédaction d'une Formule écrite, tandis que les actions de la Loi étaient entièrement orales.

Cette Formule écrite est une instruction rédigée, non pas par le magistrat, mais par le demandeur avec concours d'un prudent; après avoir reçu le judicare jubere du magistrat, elle est envoyée au Judex ou à certains tribunaux pour leur permettre de prendre connaissance de l'affaire.

Origines de la formule.

Les origines de la formule sont obscures: est-elle imitée du droit sicilien (Girard) ou vient-elle d'un développement interne du Droit Romain ? La tendance d'aujourd'hui est de regarder la procédure formulaire comme introduite à Rome devant le préteur pérégrin, pour des procès commerciaux entre Romains et pérégrins ou entre pérégrins (peut-être, selon M. Collinet, dès 512-242).

3° - Ce qui est important aussi, c'est de savoir que tous les éléments fondamentaux des formules civiles sont des adaptations des actions de la Loi, et cela prouve la continuité indiquée plus haut.

Pouvoirs du magistrat.

4° - Girard ayant cru que le magistrat rédigeait la formule, en tirait des conséquences remarquables dans la procédure: le magistrat serait devenu maître de donner ou de refuser l'action. On croit plutôt que le magistrat pouvait déjà exercer ce droit sous les l.a., ce qui n'empêche qu'il aura bien plus de pouvoirs: entre autres, celui de faire des édits, de créer des actions honoraires et des exceptions (inconnus sous les l.a. (Gaius, 4, 11, 108). Quant à la denegatio actionis, la mesure dans laquelle il peut l'exercer est discutée: M. Lévy-Bruhl, contre la doctrine courante, la restreint beaucoup (Monier, t.1, p. 193).

Importance du judicium.

5° - La Formule est la partie fondamentale du procès; le mot "judicium" (procès) l'emporte sur

Source : BIU Cujas

actio et se traduit par "action".

Activité du magistrat: différents moyens de procédure auxquels il peut avoir recours.

6° - Le magistrat développe son activité sous la procédure formulaire par des moyens nouveaux, qui sont réunis dans l'Edit et qu'on retrouvera.

Aussi, pour conclure, dira-t-on que c'est la procédure formulaire, plus souple, plus riche que les l.a., qui a contribué largement à la formation du droit classique romain, civil ou honoraire; mais on n'oubliera pas l'admirable Jurisprudence.

La procédure formulaire a disparu au III° siècle de notre ère, sous la concurrence de la procédure extraordinaire.

Chapitre II.

LA MARCHE DE L'INSTANCE DANS LA PROCEDURE ORDINAIRE.

Voici les principales phases de l'instance dans la procédure ordinaire:

1°) L'introduction de l'instance;

2°) La phase in juro, devant le magistrat; qui aboutit à:

3°) La litis contestatio - mise en état du procès.

4°) La procédure "apud judicem": le juge prononce la sentence.

5°) Exécution de la sentence, sauf:

6°) Les voies de recours.

Deux points particuliers ont une grande importance:

7°) La représentation en justice.

8°) Les faits qui arrêtent l'instance in jure.

Section I

L'introduction de l'instance.

In jus vocatio.

L'introduction de l'instance, c'est l'in jus vocatio "l'appel en justice" - l'"appel devant le magistrat".

Source : BIU Cujas

§ I - Sous les Actions de la Loi.

Pas de procédure par défaut.

Sous les actions de la Loi (et encore sous la procédure formulaire), le principe dominant, c'est qu'il n'y a pas de procédure par défaut possible: pour que le procès puisse s'engager, il faut que demandeur et défendeur comparaissent, ou plutôt, "il ne faut pas qu'ils ne comparaissent pas": la procédure ordinaire est une procédure arbitrale, et l'arbitrage ne peut être conclu que par les parties devant le magistrat in jure.

Le point fondamental de la procédure, c'est donc pour le demandeur d'amener le défendeur devant le magistrat pour que tous deux étant devant le magistrat, concluent leur arbitrage.

C'est au demandeur qu'il appartient d'assurer la comparution du défendeur in jure en des formes solennelles et même par la force.

Pas de difficulté si le défendeur accepte de plein gré d'aller devant la justice. Mais si le défendeur ne répond pas à l'appel du demandeur; il le somme à comparoir, mais en dehors de sa maison (inviolable). Si le défendeur refuse de le suivre, la Loi des XII Tables (I,1) dit: "S'il n'y vient pas, que le demandeur prenne les assistants à témoin, qu'il s'empare de lui": "Ni it, antestamino; igitur em capito".- (I,2). "Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito: "S'il se révolte, s'il cherche à fuir, que le demandeur fasse une manus injectio sur lui", c'est-à-dire, s'empare de sa personne.

C'est là le système primitif. Mais dans les XII Tables, on sent déjà poindre une civilisation plus avancée:

Possibilité pour le défendeur de retarder la comparution en fournissant un vindex.

Si le défendeur était vieux ou malade, le demandeur doit lui fournir un attelage pour le conduire devant le magistrat (XII T., I,3). Menacé d'être introduit de force devant le magistrat, le défendeur peut proposer au demandeur des accommodements ("paciscendo") ou lui offrir un répondant. Les Romains, comme beaucoup de peuples primitifs, connaissent différentes sortes de répondants: celui dont on parle ici, en matière d'in jus vocatio, s'appelle "le vindex"(1) (on en verra le caractère en étudiant le vindex de la manus injectio).

Voilà le système des Actions de la Loi: système brutal, sauf exceptions.

---

(1) V. Maria, thèse, Paris, 1895.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Sous la procédure formulaire.

Maintien théorique du système primitif d'in jus vocatio.

Sous la procédure formulaire, le système est maintenu. La Loi des XII Tables, en effet, a duré jusqu'à Justinien, elle n'a jamais été abrogée ; mais à partir de la procédure formulaire, le système des XII Tables est resté théorique. Il a été doublé d'un système prétorien ; dans la pratique, c'est celui-ci qui est appliqué.

Système prétorien : procédure de venditio bonorum contre le défendeur en cas d'indefensio.

Ce système prétorien est très pacifique : il correspond à la mentalité et à la civilisation de la fin du VIème siècle ou du commencement du VIIème siècle. Il se traduit par des peines en argent contre le récalcitrant : on ne peut plus entraîner de force le défendeur devant le magistrat.

Mais si le défendeur ne comparaît pas, le préteur applique contre lui la procédure de l'indefensio. Le demandeur fait constater que le défendeur ne se défend pas, et le préteur ordonne alors l'envoi en possession des biens de l'indefensus. Ses biens (venditio bonorum) sont achetés en bloc par un tiers : le bonorum emptor et c'est celui-ci qui sert de défendeur.

Autre procédé d'introduction d'instance : le vadimonium.

Un procédé plus pratique et qui paraît plus répandu est celui du vadimonium (1). Le défendeur obtient des délais en donnant des garants (vades) qui s'engagent à payer une certaine somme s'il ne comparaît pas : Pendant ces délais, le défendeur pourra s'arranger avec le demandeur.

L'Editio actionis.

Sous la procédure formulaire, existait déjà "l'Editio actionis" dont nous parle Ulpien (Dig. 2, 13,1 pr.) dans un texte qui a été interpolé mais dont le fond est authentique. Le demandeur doit faire connaître au défendeur l'objet de la demande. On ne sait pas par quel procédé se faisait l'Editio ; le demandeur devait sans doute communiquer au défendeur un projet de la formule qu'il intenterait.

Section II

La procédure in jure.

Le demandeur s'appelle petitor, actor, reus ; dans les formules-types, Aulus-Agerius (un prénom, Aulus, et un nom fictif "Agerius" - qui agit"). Le défendeur s'appelle "reus defendendi" ou simplement reus (qu'on a traduit dans les oeuvres littéraires

---

(1). V. A.Fliniaux, Dict. des Antiqu. h.v.

Source : BIU Cujas

"accusé") ou "possessor", parce que c'est le possesseur qui est défendeur à l'action. Son nom fictif, dans la formule-type est "Numerius Negidius" (celui qui nie "qui negat").

Voyons la phase in jure du procès : sous les actions de la Loi autant de procédures que d'actions ; sous la procédure formulaire, beaucoup d'actions, mais une seule procédure.

§ I - Les actions de la Loi.

1°- Le Sacramentum.

Sens du mot sacramentum.

Ce terme éveille l'idée de "sacré" (il vient de sacer); on discute encore son sens originaire : sacrifice, serment, pari (V. plus loin). Toujours est-il que cette procédure a pour but de faire établir par le juge qui, des deux plaideurs, perdra la poena sacramenti ; c'est une actio periculosa ; c'est aussi l'actio generalis qu'on intente à défaut d'une autre spécifiée par la loi (Gaius 4,13).

Actio periculosa generalis.

La poena sacramenti.

La summa sacramenti fut d'abord déposée par chaque plaideur ad pontem, chez les pontifes, puis promise avec garantie des praedes sacramenti ; le vaincu devait la verser, à titre de peine, in publicum, au trésor du peuple. Cette amende était de 500 as pour les choses d'une valeur de 1000 as ou plus, de 50 as pour les choses inférieures (et dans les procès de liberté) (Gaius 4,14). L'amende en argent avait remplacé l'amende en bétail : 5 boeufs ou 5 moutons (Festus h.v.) probablement sacrifiés par les pontifes, d'où le sens de sacrifice.

Le sacramentum est tantôt in rem, tantôt in personam. Commençons avec Gaius par le premier, bien qu'historiquement, il ait été le second.

A. Le sacramentum in rem, procédure double (où chaque partie affirme être propriétaire) en présence de la chose.

A - Le sacramentum in rem.

Le sacramentum in rem est assez bien connu.

Les deux parties étant en présence devant le magistrat (ou anciennement devant le roi), la chose doit être présente - ce qui prouve que le sacramentum in rem a commencé par être une procédure mobilière par laquelle on revendiquait un esclave par exemple (Gaius 4,16). Puis, la procédure s'est appliquée aux immeubles. Comme on ne peut les apporter en justice, on doit apporter à titre de symbole, une tuile, une motte de terre (Gaius 4,17). La procédure est double (chacun étant à la fois demandeur et défendeur). Voici sa marche (Gaius 4,16)

a) Vindicatio du premier : affirmation

Le premier qui revendique son droit tient en main un bâton (festuca - vindicta) (1), qui represente

---

(1) Le rapport entre vindex, vindicia, vindicta, vindicatio reste en partie obscur. (V. Giffard Leçons p.35-36)

Source : BIU Cujas

par lui de son droit de propriété ; imposition de la baguette.

dit Gaius, la lance (hasta), symbole de la propriété.

Il saisit la chose de l'autre main ; il affirme solennellement son droit en disant : "Je prétends que cet esclave est à moi de par le droit des Quirites". "Hunc ego hominem aio meum esse ex jure Quiritium". Et il ajoute : "Sicut dixi, ecce tibi vindictam imposui" : "Ainsi que j'ai dit, voici que je t'impose la baguette". Et le demandeur touche l'adversaire de sa baguette.

b) Contra-vindicatio du second.

Le défendeur a également un bâton. Il prononce les mêmes paroles car la procédure est double : vindicatio de la part de l'un ; contra-vindicatio de la part de l'autre. C'est pourquoi on a dit que c'était le simulacre d'un combat et peut-être que la hasta, c'est l'arme du combat.

c) Intervention du préteur pour arrêter le combat simulé.

On comprendrait dès lors très bien les paroles du préteur arrêtant le combat "Lâchez tous deux cet esclave". "Mittite ambo hominem".

A partir de ce moment, personne n'a plus la possession de l'esclave.

d) Provocation au sacramentum.

Intervient ensuite un dialogue dont le sens ne nous paraît pas très clair : "je te demande en vertu de quelle cause tu revendiques" ? dit le premier. L'autre répond : "je fais ainsi en imposant la vindicte".

Le premier reprend "Puisque tu as revendiqué à tort (injuria), je te provoque au sacramentum" et le second réplique "moi aussi". A partir de ce moment la procédure est liée ; il se passe des choses que nous ignorons (Lacune de Gaius 4,17 a).

e) Attribution des vindiciae moyennant la fourniture de garants (praedes litis et vindiciarum).

Enfin, on arrive à un point très important de la procédure, c'est l'attribution des vindiciae.

L'esclave n'est en possession de personne ; mais il n'est pas libre pour cela. Le préteur va en attribuer la possession intérimaire (Vindiciae).

Le préteur est-il libre d'attribuer les vindiciae à qui il veut ? On le pense généralement, et certains auteurs disent même qu'il peut les attribuer à un tiers séquestre. Celui qui a reçu la possession intérimaire doit fournir des garants (non pas des cautions) qui s'appellent praedes litis et vindiciarum ; c'est-à-dire des personnes qui répondent de la lis, objet même du procès, la chose litigieuse. et de la possession intérimaire et en pratique des fruits, des détériorations, des pertes, estimés au double, d'après la loi des XII Tables (en guise d'amende).

La plupart des auteurs déclarent qu'après l'attribution des vindiciae, intervient la litis contestatio qui serait le couronnement de la procédure in jure, comme celui de toutes les autres. Pour M. Colli-

Source : BIU Cujas

net, suivi par M. Monier, il n'y avait pas de litis contestatio dans le sacramentum in rem (V. Infra). En conséquence : l'attribution des vindiciae serait le dernier acte de cette procédure.

Dation du juge.

Toutefois, les parties revenaient devant le préteur pour recevoir un juge, le 30ème jour, selon la Lex Pinaria. Alors, elles s'assignaient à venir devant le juge au 3ème jour (comperendinum diem) (Gaius,4,15).

Sacramentum in personam.

B - Le sacramentum in personam.

C'est une procédure simple entre le créancier demandeur et le débiteur défendeur. La litis contestatio.

Le sacramentum in personam ne nous est pas connu parce que le manuscrit de Vérone a perdu ici un feuillet. Il est probable, d'après ce que l'on sait du sacramentum in rem, que le créancier affirme son droit et que le défendeur le nie. La procédure est donc simple (et non plus double) ; elle se termine par une litis contestatio ; on dira pourquoi.

II°- La judicis arbitrive postulatio.

II. L.A. consistant dans la demande de nomination faite au magistrat d'un Juge ou d'un arbitre.

C'est une procédure sur laquelle on était extrêmement peu renseigné jusqu'à la découverte du P. S.I. 1182, complètant la lacune de Gaius, 4,17 (ou 17 a) (1). On agissait par cette l.a. quand la loi en avait ordonné ainsi :

1°- En cas de stipulation ; marche de la procédure.

1°- D'après les XII Tables, lorsque le créancier réclamait en vertu d'une stipulation (révélation importante ; V. 2ème Année) . Gaius décrit à ce propos la marche de la procédure, le demandeur disait : "Je prétends que tu me dois 10.000 sesterces en vertu de la sponsio"; je demande que tu affirmes ou nies (ta dette".) L'adversaire niant, le premier reprenait : "Puisque tu nies, je te demande, préteur, de donner un juge ou un arbitre" ; "te praetor judicum arbitrumve postulo uti des" (formule connue par les abréviations de Valérius Probus) - de là le nom de l.a.

2. en cas d'a. fam. erciso.

2°- D'après les XII Tables encore, en cas d'hérédité à partager (a. familiae erciscundae) ;

3. en cas d'a. comm. divid.

3°- D'après une loi Licinnia, de date inconnue, en cas d'une chose commune à partager (a. communi dividundo).

Tels sont les trois cas de Gaius.

Autres cas.

Il est probable qu'elle existait aussi pour la 3ème action divisoire (a. finium regundorum, en bornage), pour l'arbitrium litis aestimandae qui fixe la

---

(1) V. Les diverses éditions de ce passage ; en dernier lieu Seckel-Kubbler, 7ème éd. de Gaius, 1935, ou P. Collinet R.H.D. 1934.

Source : BIU Cujas

valeur de l'objet en vue de donner une base à la condamnation (la condamnation étant toujours pécuniaire) et, d'une façon générale, on a supposé qu'elle était intentée dans les cas où il faut faire une liquidation.

Sa raison d'être: l.a. sine poena.

Mais Gaius ouvre un jour nouveau sur sa raison d'être, en disant que, dans ce genre d'action, on nie sine poena, sans risque d'amende; donc, l'invention s'en comprend mieux: elle s'oppose au sacramentum, L.A. cum poena; c'est pourquoi M. Collinet a proposé d'y voir la sanction des rapports non délictuels, alors que le sacr. serait la sanction des rapports délictuels (d'où le caractère abstrait de celle-ci).

Dation immédiate du juge

Autres différences: ici l'arbitre, dit Gaius, était demandé statim (la loi Pinaria ne s'y applique pas).

Judex et arbiter.

Un point intéressant de cette action, c'est qu'on y parle du Judex et de l'Arbiter.

Le "judex" c'est le juré; quant à l'arbiter c'est originairement non pas un "arbitre" au sens que nous connaissons, mais un "individu pouvant être nommé pour trancher un arbitrage". Etymologiquement, l'arbiter, c'est celui qui va "vers la chose", c'est-à-dire l'expert qui se rend sur les lieux, soit pour en tracer les limites, soit pour en apprécier la valeur. L'obscurité entoure encore la division des instances en judicia et arbitria, en lites et jurgia.

III- La legis actio per condictionem introduite par voie de sommation.

III° - La condictio.

La procédure de la condictio consiste essentiellement dans une sommation.

La condictio est une sommation adressée in jure par le demandeur au défendeur de revenir dans 30 jours in jure, pour choisir un juge. "Condicere est denuntiare est prisca lingua" "Condicere c'est sommer quelqu'un dans la vieille langue", dit Gaius (4,17 a).

Le P.S.I. 1182 complète le ms. I de Vérone en nous donnant les paroles du demandeur: "J'affirme que tu me dois 10.000 sesterces; je demande que tu affirmes ou nies (ta dette)". Le défendeur niant, il reprend: "Puisque tu nies, je t'assigne au 30° jour pour prendre un juge". - On voit le rapport avec les paroles de la jud. postul. et avec la loi Pinaria. On voit aussi qu'elle est abstraite.

Sponsio et restipulatio tertiae partis.

La condictio s'accompagne d'échange de promesses entre demandeur et défendeur quand elle porte sur une somme d'argent, quand il s'agit de l'action "certae creditae pecuniae" sponsio tertiae partis" stipulation du tiers de la valeur du litige; "restipulatio tertiae partis" "stipulation contraire de la part du défendeur". C'est donc une a. periculosa (cum poena) à payer par

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

le vaincu (Gaius 4, 13). La condictio avait été établie par deux lois du VI° siècle : la Loi Silia - quand il s'agissait d'un procès portant sur une somme d'argent certaine; la loi Calpurnia de omni certa re: un esclave, une maison, etc. (Gaius 4, 19).

Incertitudes sur les raisons de la création de la condictio.

Pourquoi a-t-on créé la condictio ? Gaius 14, 20 lui-même dit qu'il n'en sait rien car les cas qui sont sanctionnés par la condictio étaient déjà sanctionnés auparavant par le sacramentum et par la jud. postul. Les divers systèmes sont exposés en 150 pages par M. Jobbé-Duval "Etude de la procédure civile des Romains" tome 1er. Le système de Pernice-Girard consiste à dire que la condictio aurait été inventée pour sanctionner l'enrichissement sans cause lequel aurait déjà été sanctionné par le sacramentum. Ce système a été attaqué par M. Jobbé-Duval et encore mieux par M. de Visscher. Son idée est celle de M. Collinet : la condictio a été inventée comme une réforme procédurale de simplification et c'est pourquoi Gaius ne l'a pas comprise, parce qu'il n'est pas un historien du Droit. On n'a pas inventé la condictio pour sanctionner l'enrichissement sans cause.

(Ce n'est que plus tard, à la fin de la République que la condictio est arrivé à cela) mais peut être pour sanctionner les contrats nouveaux d'expensilatio et de mutuum.

Le modèle de cette condictio existait déjà dans le droit international.

Application de la condictio en matière réelle au moyen d'une sponsio praejudicialis servant à saisir le juge.

A propos de la Condictio il importe de parler de la procédure per sponsionem qui nous ramène aux actions in rem.

Quand une action réelle était mise en mouvement, il fallait agir par le sacramentum in rem, qui était très compliqué et très onéreux. Les Romains ont eu l'idée d'appliquer la condictio aux actions réelles. Voici le détour (Gaius 4, 93) le demandeur, qui se prétend propriétaire de l'esclave, interroge le défendeur, possesseur de l'esclave; "Si l'esclave dont il s'agit est à moi de par la loi des Quirites, promets-tu de me payer 25 sesterces ?" "Si homo Stichus de quo agitur ex jure quiritium meus sit XXV mihi dare spondes ?"L'autre répond : "Je promets" - "spondeo", mais ne fait pas de restipulatio (Gaius 4,94).

La question posée au juge est celle de savoir s'il devra payer les 25 sesterces ou non.

On appelle ces 25 sesterces, une "summa praejudicialis""une somme antérieure au procès"- une somme qui est indiquée uniquement pour permettre au procès de s'engager (M. Jobbé - Duval en fait l'enjeu d'un pari).

Source : BIU Cujas

Sous la procédure formulaire, elle était l'objet d'une formule (Gaius, 4, 94).

Si on agissait devant les centumvirs, on la demandait, non par formule, mais par l.a. sacramenti; elle était alors de 125 sesterces d'après la loi Crepereia (G. 4, 95).

Le défendeur gardera la possession à condition de fournir la "satisdatio pro praede litis et vindiciarum" (comme les praedes dans le sacramentum in rem) (Gaius 4, 94).

La stipulatio pro praede litis et vindiciarum.

La procédure per sponsionem existe en matière d'interdits (ce qui montrerait qu'ils existaient déjà au temps des actions de la loi).

4° et 5° - Les deux autres actions de la Loi, la manus injectio et la pignoris capio ne seront pas étudiées à cette place quoique la manus injectio comporte une phase in jure (V. Exécution).

§ 2 - La procédure "in jure" sous la procédure formulaire.

Simplification de la procédure in jure dans le système formulaire: Elle tend à obtenir la délivrance d'une formule.

Plus de différentes procédures compliquées mais une seule pour toutes les actions avec des formes beaucoup plus simples. Le but est toujours le même dans toutes les actionsd'aboutir à la délivrance d'une formule d'action. La procédure formulaire est donc, en somme, une simplification et une unification.

Comment se déroule la procédure?

Les deux parties sont nécessairement présentes ou représentées (V. plus loin).

Différentes opérations : a) postulatio.

Les parties sont assistées d'un avocat - On sait que les mots changent de sens au cours des âges, mais aux origines du mot, on retrouve toujours son sens logique. A Rome, l'avoué c'est le procurator (représentant). Celui qui plaide est le patronus ou l'orator le patron qui défend son client, qui défend son protégé : le puissant qui défend l'homme faible. Ces termes désigneront plus tard l'avocat, mais au début, l'advocatus n'est pas celui qui plaide, mais est celui qui est "appelé à côté" "l'ami qui assiste".

Le 1er acte de la procédure est la postulatio : (demande orale) (1). On l'appelle quelquefois l'"Editio" judiciaire qui veut dire "faire connaître l'action, distinguée de l'"Editio actionis" extra-judiciaire, (déjà vue).

Nous n'avons qu'un exemple de postulatio de la

---

(1) Avant la postulatio, peut avoir lieu une interrogatio in jure du demandeur (détails: Girard, p. 1065, n. 1).

Source : BIU Cujas

procédure formulaire, aux Fragments du Vatican, frag. 112 (1).

Le demandeur désigne en outre l'objet de la demande et le montant, les moyens qu'il compte faire valoir plus tard devant le juge. Cela est utile à connaître autant au magistrat qu'au défendeur: à celui-ci pour qu'il prépare sa défense; au magistrat qui doit contrôler la formule.

Limitation au droit de postuler.

Qui peut postuler ? - D'après l'Edit De Postulando d'un préteur inconnu, en principe, tout le monde peut postuler, c'est-à-dire est capable de se présenter en justice, sauf exceptions:

Ne peuvent jamais postuler: les mineurs de 17 ans et les sourds - Peuvent postuler pour eux-mêmes, mais non pour autrui: les femmes - les aveugles,-les condamnés,- les gladiateurs.

Ne peuvent postuler que pour eux-mêmes et pour leurs proches: ceux qu'on appellera plus tard les infâmes. Gaius nous dit qu'il n'y avait nulle part de liste des infâmes, 4,182. Cependant, au Digeste (3,2,1) on trouve sous le nom de Julien (livre 1 Ad. Edictum) une liste des infâmes - c'est une interpolation (Girard, p. 215, n. 7).

Le défendeur, de son côté, peut demander un délai de grâce en offrant des sûretés.

Le défendeur peut contester au demandeur l'insertion dans la formule d'une praescriptio ou d'une exceptio.

Il peut aussi contredire la demande en indiquant ses moyens: par exemple, il dit qu'il a payé et offrira de faire la preuve par témoins: c'est la contradictio, la défense.

Il peut aussi demander l'insertion dans la formule, de certaines clauses en sa faveur: les praescriptiones, les exceptiones.

Devant le magistrat, le défendeur doit enfin accepter le procès: on ne pourrait pas engager de procédure contre lui s'il n'acceptait pas le procès: judicium accipere: ce sont des termes qui désignent la litis contestatio (v. plus loin).

Le rôle du magistrat a été vu.

Eléments de la formule. 1°- Désignation du Judex. 2°-Praescriptio.

Voyons les éléments de la formule. En tête de la formule vient le nom du juge. C'est le 1er élément de la formule, "judex esto".

2° - élément de la formule: la praescriptio, élément accidentel. La praescriptio n'existait pas sous les actions de la loi, c'est une création du préteur; c'est une imitation de la "paragraphê" hellénique. Elle est faite dans l'intérêt du demandeur. C'est toujours une réserve du droit "Ea res agatur" "qu'il s'agisse de" et c'est pour cela qu'on la met en tête de la formule (Gaius, 4,130 à 137).

Gaius (4,133) dit que les praescriptiones pro

(1) P. Collinet, Proc. par libelle, p. 254-256.

Source : BIU Cujas

reo ont disparu et se sont fondues avec les exceptiones.

3° - Demonstratio dans les actions incertaines de bonne foi.

3° élément de la formule: la Demonstratio. Elle n'existe que dans les actions incertaines de bonne foi. Elle commence par Quod, ayant pour objet d'indiquer la cause, ou la source du droit (Gaius 4,40): "De ce qu'Aulus Agerius a vendu un esclave à Numerius Negidius". La vente est la cause du droit ou de l'action.

La demonstratio vient des premières paroles prononcées dans la manus injectio (V. exécution).

4° - L'intentio précisant la prétention du demandeur.

4° élément de la formule: l'intentio (G.4,41). Elle indique l'objet de la réclamation du demandeur: "id ad quod intendit", de là le nom d'"intentio", aujourd'hui les conclusions (qua actor desiderium suum concludit).

L'intentio dans les praejudicia.

On dit que l'intentio existe dans toutes les formules, mais il n'est pas sûr qu'elle existe dans les formules in factum (G,4,60) (Monier, t. I, p. 212). Elle existe seule dans les praejudicia, ou actions préjudicielles, des actions dans lesquelles on soulève des questions préalables à une autre instance: par exemple: il s'agit de démontrer que Stichus est l'affranchi de Maevius; après avoir fait cette preuve, on intentera une action quelconque. L'action préjudicielle portée devant le magistrat se composera uniquement de ces quelques mots: "L. Titius judex esto an Stichus Maevii libertus sit".

Différentes sortes d'intentiones. Intentio certa "si paret". I. incerta "quidquid paret".

L'intentio est tantôt "certa" et tantôt "incerta" (Gaius 4,41). L'intentio certa est caractérisée par les mots: "Si paret" -"s'il apparaît....."

L'intentio certa a été empruntée au sacramentum et à la condictio.

L'intentio incerta serait peut-être une création de la procédure formulaire. Elle est caractérisée par les mots "Quidquid paret": "Tout ce qu'il apparaît que le défendeur doit fournir au demandeur".

5° - L'exceptio. Elément accidentel inséré à la requête du défendeur.

5° élément de la formule, l'exceptio, élément accidentel de la formule, invention du préteur; elle n'existait pas sous les actions de la Loi (Gaius, 4, 108).

L'exceptio est un moyen de défense tiré d'un fait de la cause en faveur du défendeur qui n'invoque pas une défense au fond. Par exemple, il prétend que son consentement n'a pas été libre lorsqu'il a promis: il jouira de l'exception de dol, (Gaius 4,119): "Si in ea re nihil dolo malo AiAi neque factum sit neque fiat". L'exceptio s'oppose à l'intentio, par conséquent, elle est toujours conçue en forme négative.

Mais il peut se faire que le demandeur à son

Source : BIU Cujas

tour allègue une contre-exception; il y a alors réplique - replicatio.

Le défendeur, à son tour, redouble "duplicatio". Le demandeur triple sa réplique "triplicatio".

6° - La condemnatio donnait au juge le pouvoir de condamner ou d'absoudre le défendeur.

6° élement de la Formule: la Condemnatio.

C'est la partie finale de presque toutes les formules (Gaius, 4,43). "Si paret NumNum A° A° sestertium centum milia dare oportere, Judex condemna, si non paret, absolve (S.N.P.A.)".

La condemnatio vient des actions de la Loi (v. Infra). Dans la procédure formulaire, la condamnation est tantôt certa, tantôt incerta.

La C° est tantôt certa, tantôt incerta

Elle est certa, lorsque le demandeur conclut à une somme d'argent déterminée: le juge condamnera à la même somme: c'est le cas le plus simple (actio certae creditae pecuniae).

Elle est incerta dans les autres cas: "Quanti ea res est": "Condamne à la valeur de la chose", ou "quanti ea res erit", (difficultés pour savoir la différence d'emploi entre les deux formules): "Le juge appréciera selon l'équité"; ou bien: "à la plus haute valeur atteinte par la chose dans tel délai"; ou bien dans les actions de bonne foi, "Condamne à la valeur qui paraît" - "Ejus condemna". La condemnatio incerta peut être limitée (dumtaxat), dans les a. de droit strict incertaines (G. 4,51).

7° élement. L'adjudicatio (dans les actions en partage et en bornage).

Le 7° élément de la formule: l'adjudicatio, existe seulement dans les trois actions divisoires: familiae erciscundae, communi dividundo, finium regundorum; le juge peut opérer l'adjudication, mode d'acquisition de droit réel.

Comment était rédigée cette clause ? C'est une question difficile; la formule de Gaius (4,42) paraît corrompue:"Autant qu'il faut adjuger, que le juge adjuge à Titius".

Pour finir, observons avec Gaius (4,44) que les parties de la formule ne se rencontrent jamais toutes ensemble (lire le texte).

Section III

La litis contestatio.

Importance de la Litis Contestatio.

Le procès s'est déroulé in jure. Les solennités des actions de la Loi ont été accomplies, ou, dans la procédure formulaire, la Formule a été rédigée, alors arrive la Litis Contestatio.

La litis contestatio est un acte, un fait, un moment capital; c'est vraiment le sommet de la procédure

Source : BIU Cujas

§ I - Notion de la litis contestatio.

Incertitude sur l'origine de la L.C. Relation entre ce mot et le fait de prendre à témoins.

On connaît mal l'origine de la L.C. (1). On ne possède guère que deux définitions de Festus, qui sont loin d'être claires: au mot "contestari litem", il dit que deux ou plusieurs adversaires, après l'organisation du procès "ordinato judicio", ont coutume de dire "testes estote" "soyez témoins" . Le mot "contestari" a été certainement formé sur "testis" et "contestari" veut dire certainement: "prendre à témoin". Mais qui prend-on à témoins ? A quoi se rapporte le "judicium ordinatum" ? La définition de Festus se rapporte-t-elle à la procédure formulaire, ou remonte-t-elle aux actions de la Loi ?

La L.C. se place dans la procédure formulaire à la fin du Jus. Il en est de même sous la procédure des Legis Actiones.

A quel moment se place-t-elle ? Sous la procédure formulaire, pas de doute: elle se place à la fin du Jus, et elle s'accomplit par la réception de la Formule par le défendeur.

Sous les Actions de la Loi, controverse: l'opinion ancienne - celle à laquelle M. Collinet est revenu avec des arguments nouveaux, la plaçait déjà à la fin du Jus. M. Wlassak, suivi par Girard soutenait que la L.C. se placerait avant l'accomplissement des formalités du jus. Mais la 1ère opinion est la bonne, parce que, étymologiquement la L.C. est la "prise à témoins" portant sur l'objet du litige (Lis) qui doit être déterminée. Elle a pour but de "mettre l'affaire en état" d'être jugée. Le procès est désormais ordonné et survient alors un acte qui clôture le jus, la Litis Contestatio, après lequel on va entrer dans la seconde période du procès, la phase apud judicem.

Si la L.C. met le procès en état, elle doit être nécessairement à la fin du Jus. D'ailleurs, des expressions nombreuses indiquent que la L.C. se place à ce moment du procès: "litem contestari" - "judicium contestari" - "lis ou causa inchoata" : "commencer le procès, commencer la lis; or, le mot "lis" ne s'emploie jamais que dans la deuxième partie du procès; enfin "judicium accipere": accepter le procès (par le défendeur).

§ 2 - Effets de la litis contestatio.

Sur les effets de la Litis Contestatio, les interprètes sont d'accord. Ils sont au nombre de deux.

1° - La L.C. fixe d'une façon définitive les éléments du procès.

(1) V.P. Collinet, N.R.H. 1902, p. 529 et suiv.

Source : BIU Cujas

2° - Elle transforma le droit du demandeur.

2° - La L.C. transforme le droit qui servait de base à l'action.

1er Effet.- La litis contestatio fixe d'une façon définitive les éléments du procès.

La L.C. fixe les éléments personnels et réels du procès et le jugement rétroagit à la L.C.

C'est au moment de la L.C. que tous les éléments du procès sont fixés: 1° - les éléments personnels: en principe, le demandeur, le défendeur, le juge, ne peuvent être changés (en cas de mort, il faut une translatio judicii); 2° - Les éléments réels du procès, les questions sur lesquelles portera l'examen du juge.

1° - La L.C. est tellement le moment décisif de l'instance (puisque c'est là que se fixent les éléments personnels et réels) que les effets de la sentence rétroagissent au moment de la litis contestatio et ne se produisent pas au moment de la sentence même.

Par conséquent, tous les évènements qui se sont passés entre la litis contestatio, et la sentence, sont non avenus. D'après les textes romains:

a) Une sentence est possible, nonobstant le défaut d'une partie in judicio (1).

Le défendeur sera condamné même s'il exécute avant la sentence.

b) Le juge se place au moment de la Litis Contestatio pour condamner; le défendeur sera condamné même s'il a exécuté pendant la seconde phase, sauf dans les a. arbitraires et de bonne foi.

Exemple: il a restitué la chose à Primus; cela ne l'empêche pas d'être condamné puisqu'il ne s'est pas exécuté à temps. Mais controverse entre Proculiens, limitant les dérogations, et Sabiniens qui émettaient une règle générale: "Omnia judicia absolutoria sunt" (Gaius 4,114).

La L.C. rend l'action transmissible.

2° - L'action est désormais intangible. Avant la L.C., l'action peut périr: après la L.C. elle ne le peut plus. Avant la L.C. certaines actions étaient intransmissibles; une fois "déduites en justice" c'est-à-dire après la L.C. elles sont transmissibles.

3° - En Droit Français, en principe le jugement doit être rendu dans un certain délai, sinon le procès tombe. C'est "la péremption d'instance".

Péremption d'instance de 18 mois pour J. legitima et de 1 an pour les J^a imperio continentia.

Elle n'existait pas, semble-t-il, sous les actions de la Loi; elle a été fixée seulement par une des deux Lois Judiciariae de 737-17 à un an et 6 mois, pour les Judicia Legitima, à un an pour les Judicia imperio continentia (Gaius, 4, 104, 105).

Le judicium legitimum, instance légale, pos-

(1) V. P. Petot, thèse Paris, 1902.

Source : BIU Cujas

sède trois caractères (Gaius, 4,104):

a) Le procès se déroule devant un judex unus - citoyen;

b) entre citoyens;

c) à Rome, ou dans le premier mille autour de Rome.

Le Judicium Imperio Continens, instance qui dépend de l'imperium du magistrat possède aussi trois caractères inverses (Gaius, 4,105).

a) Le procès se déroule devant un Judex unus peregrin, ou devant plusieurs judices;

b) Entre plaideurs dont l'un au moins est pérégrin;

c) En dehors du premier mille autour de Rome.

Mais Gaius n'explique pas la raison de la distinction. Elle se rattache certainement au passage des actions de la Loi à la procédure formulaire (au moment des lois judiciaires) (Monier, t. I, p. 184-185).

La L.C. opère une transformation du droit du demandeur.

2ème Effet. La Litis Contestatio transforme le droit déduit en justice.

Gaius (3,180) décrit cet effet comme suit: "Hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere": "Et voici ce qui est écrit chez les anciens (j.c. de la fin de la République): Avant la litis contestatio, il faut que le débiteur paie; après la litis contestatio, il faut qu'il soit condamné; après la condamnation, il faut qu'il exécute le jugement".

L'effet transformateur de la Litis Contestatio s'accomplit donc en ce sens que l'objet de l'obligation du débiteur est changé.

Or, tout changement revêt deux aspects: extinction et création:

a) le droit ancien du demandeur est éteint soit ipso jure (bis de eadem re ne sit actio).

1er aspect: extinction du droit ancien du demandeur. Ce droit disparaît "ipso jure" sous les l.a.; sous la procédure formulaire, tantôt ipso jure, tantôt exceptionis ope.

1° - "Ipso jure" - c'est-à-dire par le fait même de l'accomplissement de la L.C., et définitivement: l'extinction est de droit civil, et le droit civil est absolu. Cela à trois conditions (G. 4,107):

a) l'instance est un judicium legitimum;

b) l'action est une action in personam;

c) La formule était rédigée in jus, in jus concepta, et reposait sur un droit.

En conséquence, si le demandeur voulait recommencer le procès, il était repoussé par son adversaire

Source : BIU Cujas

gagnant à l'aide d'une défense au fond, d'une contestation directe de son droit: "Bis de eadem re ne sit actio". "Il ne peut pas y avoir pour un même droit deux actions" (G. 4,108).

b) Soit exceptionis ope (exceptio rei judicatae vel in judicium deductae).

2° - Exceptionis ope, c'est-à-dire par l'intervention du magistrat, sous trois conditions s'opposant aux précédentes (Gaius 4,106):

a) l'instance était un judicium imperio continens;

b) l'action était in rem;

c) la formule était conçue in factum, elle faisait valoir un fait au lieu d'un droit.

L'effet se produit à l'aide d'une exception qui porte deux noms: "exceptio rei judicatae vel in judicium deductae" - "exception fondée sur la chose jugée ou sur la chose déduite en justice".

Sous les actions de la Loi, Gaius (4,108) constate que les exceptions n'existaient pas; par conséquent, l'extinction était toujours ipso jure. On comprend historiquement que le préteur ait dû introduire l'exception pour les judicia imperio continentia et les actions in factum, puisqu'elles sont des instances ou des actions prétoriennes. Mais pourquoi dans les actions in rem, la litis contestatio produit-elle son effet exceptionis causa et non pas ipso jure ; elles existaient sous les actions de la Loi et c'est de là que vient la difficulté de l'explication.

On a donné plusieurs explications dogmatiques qui, dit M. Collinet, ne valent rien, parce qu'elles vaudraient aussi bien pour le temps des Actions de la Loi que pour la procédure formulaire.

Raison pour laquelle dans les actions réelles la L.C° ne produit effet que exceptionis ope.

La seule explication logique, c'est qu'il n'y avait pas de litis contestatio dans le sacramentum in rem. Cette idée est de M. Collinet; les actions in rem pouvaient être renouvelées sous les actions de la Loi; la question de la propriété pouvait se représenter indéfiniment, Le préteur s'aperçevant du trouble que cela causait a voulu y mettre fin en autorisant le possesseur gagnant à user d'une exception contre le demandeur.

Le raisonnement est d'ordre mathématique, c'est-à-dire d'ordre déductif.

Pas d'exception sous les Actions de la Loi. Par conséquent la Litis contestatio ne produit pas ses effets exceptionis ope, mais seulement ipso jure; donc quand elle ne produit pas d'effet ipso jure, elle n'en produit pas du tout; donc, pas de litis contestatio.

M. Collinet expliquera au § 3 pourquoi.

b) un nouveau droit est crée au profit du

2ème aspect: création d'un droit nouveau dont voici les caractères:

Source : BIU Cujas

demandeur. Ce droit est toujours un droit de créance;

a) Un droit de créance.

Même quand c'était une action réelle qui était déduite en justice sous la procédure formulaire, le droit nouveau n'est plus le droit à la chose, mais un droit à la condamnation à propos de la chose;

ayant pour objet une forme d'argent;

b) Ce droit est toujours à objet pécuniaire même si c'était un corps certain qui était réclamé, car la condamnation est toujours pécuniaire.

naissant de la L.C.

c) Le droit créé repose sur un titre nouveau: la cause nouvelle du droit, c'est la litis contestatio elle-même (Gaius 3.180). "Le défendeur commence à être tenu en vertu de la litis contestatio".

C'est un rapport qui n'a aucune relation avec le droit de propriété, le droit de vente, etc,...

§ 3 - Explication de la nature et des effets de la Litis Contestatio.

Sans doute, on trouve dans les auteurs une tentative d'explication, fondée sur la règle Bis de eadem re, d'une part, et, de l'autre, sur l'idée que la L.C. produit novation parce qu'il intervient un contrat entre le demandeur et le défendeur: Ulpien au Digeste, 15,1,3, 11, dit: "de même que l'on contracte par stipulation, de même on contracte par la Litis Contestatio". Les parties établissent donc entre elles un contrat aux termes duquel elles accepteront d'aller devant le juge et de recevoir sa sentence.
C'est à ce moment que se forme l'objet du procès; c'est un contrat novatoire; il détruit l'ancien droit et en crée un nouveau.

Cette explication est purement juridique.

Si l'on veut comprendre ce qu'est la litis contestatio et les effets qu'elle produit, il faut se reporter à l'histoire du Droit comparé et du droit primitif (V. l'art. de M. Collinet).

L'effet extinctif de la L.C. a son origine dans les serments par lesquels les parties recourant primitivement à l'arbitrage au lieu de la guerre, s'engageaient à

En Droit primitif, le procès est d'ordre privé, un arbitrage: il se déroule devant un arbitre privé et la sentence de l'arbitre n'est pas exécutoire par elle-même. L'Etat n'intervient pas pour faire exécuter la sentence (comme encore en droit moderne pour la procédure arbitrale, par opposition à la procédure judiciaire).

En Droit primitif, si l'une des parties n'est pas satisfaite de la sentence, elle peut recommencer la guerre ou le procès, son succédané. (En Droit internat. public, aujourd'hui, les arbitrages n'ont pas de sanctions légales, non plus).

Ce régime apparaît à un moment donné défectueux

Source : BIU Cujas

respecter la décision de l'arbitre.

et ce renouvellement des combats, des luttes, choque la conscience des tribus ou de l'Etat: (On connaît les vendettas de la Corse se perpétuant fort longtemps). On a cherché à obtenir que l'arbitrage fût respecté pour terminer la lutte: le moyen est que les parties s'engagent par serment à respecter la décision de l'arbitre, telle qu'elle sera rendue (voilà le contrat judiciaire, comme on dit).

Il intervient des serments réciproques faits devant témoins afin que ceux-ci puissent affirmer plus tard s'il y a conflit à nouveau que les serments ont été valablement fournis; cela c'est la litis contestatio (appel aux témoins), selon M. Collinet.

Cet échange de serments portera sur l'objet du litige et tous les éléments du procès seront fixés à ce moment.

Le droit ancien à la vengeance n'existera plus. Il sera transformé en un droit nouveau. Par conséquent comme l'action représente le combat primitif, l'action s'éteint du jour où les serments ont été prêtés; de là la règle: "Bis de eadem re".

M. Collinet a trouvé une confirmation de ce système dans l'ouvrage de Kovalowsky sur "Ossètes" du Caucase (coutume contemporaine et Loi primitive), où l'on aperçoit les régimes primitifs dans toute leur vigueur: la lutte ne recommence pas parce qu'il intervient des serments réciproques: c'est le système de la Litis Contestatio.

Mais l'idée historique de M. Collinet a du mal à s'implanter.

Section IV

La procédure apud judicem.

§ I - La marche de cette procédure.

La phase devant le judex.

La litis contestatio est le dernier acte de la phase du jus. Elle se place encore in jure. L'affaire étant "en état", les parties vont devant le juge compétent.

Ce juge siège bien souvent avec un Consilium, avec des assesseurs choisis parmi les prudents.

Si l'une des parties fait défaut l'autre a gain de cause.

Les parties peuvent faire défaut devant le juge, mais, d'après les XII Tables, on attendra jusqu'à midi, et le jugement sera prononcé en faveur du présent, sans chercher s'il a raison ou tort (XII Tables, I, 8).

La plupart du temps, les parties comparaissent avec leurs avocats et leurs défenseurs.

Source : BIU Cujas

Si les parties comparaissent il y a lieu aux plaidoiries des avocats et administration des preuves.

Le juge aura été saisi, soit par un résumé de l'affaire sous les actions de la loi (Gaius,4,16) soit par la Formule.

Il entendra d'abord les plaidoiries (orationes) des avocats qui sont, dans la procédure ordinaire parfois très développées et sont de véritables oeuvres d'art; celles de Cicéron sont bien connues, elles sont d'ailleurs difficiles à traduire (1), les questions de droit se mêlent aux questions de fait, et ces plaidoiries occupent plusieurs séances.

Le juge procèdera ensuite à l'administration des preuves.

Deux règles dominent le sujet en D.R. et aujourd'hui:

Qui doit faire la preuve ?

1° - le demandeur doit prouver son droit, c'est à lui qu'incombe la charge de la preuve: "Actori incumbit probatio".

2° - Si le défendeur a opposé une exception, il doit prouver le bien fondé de son exception (par exemple le dol du demandeur): "Reus in excipiendo fit actor": "Le défendeur en opposant une exception se fait demandeur"; par conséquent à lui incombe la preuve de son obligation (Ce n'était pas là le système du droit germanique où le défendeur doit prouver qu'il n'a pas tort, serment purgatoire avec cojureurs).

Le système des preuves dans les législations, en général, est double: 1° - systèmes où les preuves sont dites "légales", c'est-à-dire que le juge doit appliquer telle ou telle preuve dans tel ou tel cas; et il ne peut pas faire autrement, c'est le système français.

Pas de preuves légales à Rome: le juge statue d'après son intime conviction. Différents modes de preuves.

2° - pas de preuves légales; le juge fait sa conviction par tous les moyens qu'il peut, c'est le système romain. Cela tient à ce que le juge romain est un particulier, un juré et dans la 2° phase il n'y a pas de règlementation comme dans la 1ère phase.

Les preuves légales n'existant pas, le juge peut faire venir des témoins, désigner des experts, faire une enquête, une descente des lieux (avec l'aide des arpenteurs, "agri mensores", " gromatici") , exiger la production de titres écrits et en particulier des Livres des Banquiers. (On sait que la Banque joue un grand rôle dans le monde romain, comme d'ailleurs dans tous les droits orientaux) (Editio rationum), faire prêter serment à une partie; enfin, il admet des présomptions.(2)

---

(1) V. les remarquables notices de M. Ed. Cuq, 2° éd. des Discours de Cicéron, t. I (éd. Budé , 1934).

(2) Les ordalies mêmes ont été pratiquées par les Romains (V. comm^on de M. de Labriolle, Soc. des Antiqu. de France, séance du 3 Avril 1935).

Source : BIU Cujas

Jugements d'avant-faire droit sur les incidents.

Voilà les différentes sortes de preuves que le juge pourra invoquer librement.

Le juge en attendant de prononcer la sentence définitive, peut prononcer au cours de l'instance des jugements "préparatoires" (expression technique) ou "interlocutoires" ou d'"avant faire droit". Par exemple dans les actions dites arbitraires comme la revendication et la pétition d'hérédité, avant de prononcer la condamnation définitive, le juge constate le bien fondé du droit du demandeur par une sentence préparatoire qui s'appelle "pronuntiatio"; en suite de quoi, il invitera le défendeur à livrer la chose au demandeur. Si le défendeur ne s'exécute pas, c'est alors seulement qu'il prononcera la sentence définitive le condamnant à une somme d'argent.

Caractères de la sententia: simple avis du juge.

Le juge prononce une sententia, qui était, dans le Droit primitif, où le juge est un arbitre, une simple opinion (p. ex. dans le sacr. in rem, dans la procédure per sponsionem); puis ce fut un jugement de condamnation ou d'absolution.

Cet avis doit être donné en une fois, sans formule solennelle, sans considérants et en latin.

§ 2 - Les pouvoirs et les devoirs du juge.

(officium judicis)

Le juge ordinaire n'est qu'un arbitre; ce n'est pas un magistrat, un fonctionnaire public; c'est un particulier qui exerce ses fonctions temporaires sous la haute surveillance du magistrat.

Large étendue des pouvoirs du juge.

Cependant ses pouvoirs sont considérables; ils ne sont limités que par les paroles prononcées par les parties, dans les legis actiones, et que par les Formules écrites, sous la procédure formulaire.

En principe le juge est lié par la formule, sans qu'il ait ou non à se préoccuper s'il y a eu une erreur.

Qu'arriverait-il en cas d'erreur dans la Formule ?/En principe, le juge doit condamner ou absoudre sans se préoccuper s'il y a eu ou non erreur. Le régime a paru trop absolu, et tout en maintenant le principe, les Romains y ont apporté des dérogations:

1° - Erreur dans la demonstratio.

A - Erreur sur la demonstratio de la Formule: (Gaius, 4,58 à 60).;

2° - Erreur dans l'intentio.

B - Erreur dans l'intentio de la Formule: L'erreur peut être de trois sortes:

a) aliud pro alio.

1°) Un objet pour un autre: "aliud pro alio"; le juge absout le défendeur, mais le demandeur peut recommencer le procès (Gaius, 4,55).

2°) Minus-petitio: le demandeur a demandé trop peu. Le juge ne pourra pas condamner le défendeur à plus; mais le demandeur peut réclamer le surplus

Source : BIU Cujas

(Gaius, 4,56).

b) minus-petitio.
c) plus petitio.

3°) Plus petitio: le demandeur a demandé trop. La plus petitio ne se présente que dans les actions certaines (G. 4,54). Son effet rigoureux est de faire perdre le procès tout entier (Gaius, 4,53) "Plus petendo causa cadit".

Différentes formes de la plus petitio: re, tempore, loco, causa.

On peut demander plus de quatre manières: re, tempore, loco, causa (G. 4,53a - 53d):

a) Re, lorsque l'objet de la prétention du demandeur est excessif (120.000 sesterces au lieu de 100.000).

b) Tempore, lorsqu'on agit avant l'échéance du terme.

c) loco, lorsque le demandeur réclame à un autre endroit que le lieu prévu par le contrat pour l'échéance de la dette : (Rome au lieu d'Ephèse).

Le préteur a cependant admis que l'on peut changer de lieu; on intente alors l'action "De eo quod certo loco".

d) Causa, lorsqu'on change la nature de l'objet de la dette,- du moins dans certains cas: Ex. le défendeur devait un genus, le demandeur réclame une species .

3° - Erreur dans la condemnatio.

C - Enfin, erreur dans la condemnatio. Le défendeur réclamera pour l'erreur par une in integrum restitutio.

A supposer que la formule soit exacte, quels sont les pouvoirs normaux du juge ?

Le juge ne peut que condamner ou absoudre le défendeur.

Le juge doit condamner, en principe, le défendeur même s'il a exécuté (sauf les réserves ci-dessus), si les faits sont établis, "si paret" et il doit absoudre s'ils ne sont pas établis "si non paret" La question de droit ayant été posée in jure, le juge n'a pas à y revenir: le juge s'occupe du fait, le magistrat s'occupe du droit. Cependant il ne faut pas exagérer, car le mot judex vient de jus dicere et jus veut dire droit (1).

Le juge doit absoudre le défendeur si l'intentio n'est pas prouvée ou si l'exception est prouvée.

Le juge romain ne peut jamais condamner le demandeur du moins dans la procédure ordinaire; et c'est pourquoi on ne trouve pas dans cette procédure de "demandes reconventionnelles".

Dans les actions arbitraires la condamnation est arbitrée par le juge sous le serment du

Le juge peut inviter (jussus judicis) le défendeur à faire tout ce qu'il croit utile au demandeur, tantôt sans conséquences juridiques si le défendeur n'obtempère pas, tantôt avec menace d'une condamnation beaucoup plus forte que la condamnation ordinaire; d'après le serment du demandeur, dans les actions di-

(1) V.P. Collinet, le Rôle des Juges dans la formation du D.R. classique, Recueil - Gény, t. I, p. 23 et s.

Source : BIU Cujas

demandeur, faute par le défendeur d'avoir obtempéré au "jussum judicis".

tes arbitraires.

Différence d'étendue des pouvoirs du juge dans les actions de droit strict et dans les actions de bonne foi.

Les pouvoirs du juge varient avec chaque catégorie de formules: il a un pouvoir limité dans les actions certaines et indéterminé dans les actions incertaines.

Dans les actions de droit strict, le juge doit suivre à la lettre la formule et même s'il fallait prendre des mesures directes favorables au défendeur, il ne le ferait pas. Au contraire, dans les actions de bonne foi, le juge tient compte de l'esprit du contrat. D'autres actions reposent sur l'équité et sur le bien (in aequum et bonum): elles sont encore plus favorable au défendeur que les actions de bonne foi (Gaius,4,60).

Enfin, le juge peut renoncer à juger si l'affaire ne lui paraît pas claire (si non liquet); il y a alors changement de juge (En France, cela ne peut avoir lieu, le juge doit toujours juger).

§ 3 - Contenu et effets de la sentence.

Par la sentence, le juge donne son avis, il peut condamner le défendeur ou l'absoudre.

1° - La sentence peut entraîner une peine contre le plaideur téméraire (actio certae creditae pecuniae- actio de pecunia constituta).

1° - Dans certains cas, un premier effet peut se produire: le perdant doit subir "les peines du plaideur téméraire" (sacramentum, action certae creditae pecuniae, action de pecunia constituta) (V. II° année).

2°- le demandeur a droit au judicatum. La procédure formulaire: La condamnation avait toujours un caractère pécuniaire et il en était de même dans les legis actiones (sauf dans le sacramentum qui ne comportait pas de condamnation).

2° - La sentence ouvre le droit du demandeur gagnant au judicatum.

Le judicatum, c'est ce à quoi est condamné le défendeur. Par conséquent, en l'étudiant on étudie la condamnation (Gaius, 3,180).

Une question préalable est de savoir si toutes les actions de la Loi aboutissaient à une condamnation.

La plupart des auteurs pensent qu'il n'y a pas de condamnation dans le sacramentum, parce que le juge saisi des deux serments (ou du pari) dira: "Le sacramentum de Primus est justum; le sacramentum de Secundus est injustum", c'est seulement un avis: autrement dit: Primus a gagné et Secundus a perdu. Il peut dire aussi que les deux "sacramenta" sont "injusta", Mais dire cela, ce n'est pas prononcer une condamnation, ce n'est pas un judicatum: c'est seulement un avis. Mais, dans la Judicis arbitrive postulatio, il semble difficile de nier le jugement, qui tantôt sera une adjudicatio et tantôt une condemnatio (sponsio). De même dans la condictio, Gaius, 4,48, indique tout d'abord que dans les formules avec condemnatio la condamnation est toujours pécuniaire; donc si l'on réclame un corpus quelconque, c'est-à-dire un fonds de terre, un esclave, etc,... dans tous ces cas, le juge ne condamne pas à la chose même; "aestimata re pecu-

Source : BIU Cujas

niam eum condemnat". C'est net.

En ce qui concerne les actions de la Loi, Gaius y fait allusion dans une phrase que les interprètes ont comprise de façon différente: il s'agit des quatre mots: "Sicut olim fieri solebat": "Comme on avait coutume de le faire autrefois".

Si on rattache ces quatre mots à la dernière partie du texte, il en résulte ceci : sous les actions de la Loi, comme sous la procédure formulaire, le juge estime la chose et condamne à la valeur pécuniaire. "Sicut olim fieri solebat aestimata re, pecuniam eum condemnat". Cette opinion, qui ne paraît pas encore avoir la majorité, est la seule à laquelle M. Collinet se rattache. Elle est conforme au Veronensis qui ne contient pas de Sed. On peut la justifier par le caractère même des Actions de la Loi qui sont les succédanées de la vengeance privée. Or, celle-ci était arrêtée par un arbitrage, lequel reposait sur une composition pécuniaire : par conséquent, il semble naturel que la condamnation, s'il y en a une, soit une condamnation pécuniaire, enfin, il serait difficile d'expliquer pourquoi la condamnation aurait changé de nature, si elle avait été sous les actions de la Loi, une condamnation en nature plus avantageuse.

L'opinion adverse qui a été pendant longtemps et est peut-être encore l'opinion dominante (Giffard, Monier) rattache les quatre mots "Sicut olim fieri solebat" à ce qui précède dans la phrase de Gaius, et non pas à ce qui suit; et, en conséquence, déclaré que le juge condamnait à la chose même, sous les actions de la Loi et que le régime a changé sous la procédure formulaire. Elle est obligée d'introduire un sed au § 48 et n'explique pas pourquoi le régime a changé en reculant.

Le système pécuniaire oblige le juge à faire une estimation : estimation du préjudice causé au demandeur, estimation de la valeur de la chose à restituer. Précisément on trouve en D.R. une institution qui a tenu une place considérable : la "litis aestimatio" estimation de l'objet du procès. Il semble que l'existence et le développement même de l'institution prouvent que la condamnation était pécuniaire.

Dans le sacramentum in rem, il n'y a pas de condamnation, il existe tout de même une estimation par 3 arbitres pour les fruits à rendre au double (XII T. XII, 3).

Il n'est pas douteux que le principe de la condamnation pécuniaire était un principe imparfait : les Romains l'ont corrigé, en particulier grâce aux actions arbitraires (v. plus loin).

Source : BIU Cujas Reproduction interdite

3°- L'autorité de la chose jugée.

3°- La sentence possède l'autorité de la chose jugée.

Effet extinctif de la litis contestatio sanctionné par l'exceptio rei judicatae vel in judicium deductae.

Cette question est assez difficile aussi bien dans les droits modernes qu'en Droit Romain.

On l'a vu, la litis contestatio produit en Droit Romain son effet extinctif, tantôt ipso jure, tantôt exceptionis ope.

Grâce à cette exception (rei judicatae vel in judicium deductae), le défendeur poursuivi une seconde fois repousse le demandeur; par conséquent, l'exception assure dans une certaine mesure l'autorité de la chose jugée. C'est un principe de justice, d'équité, de bon sens qu'on ne peut pas agir deux fois pour la même affaire : "Bis de eadem re ne sit actio" Il serait contraire au droit naturel qu'on recommence un même procès (absolument comme on ne punit pas deux fois pour le même fait : non bis in idem). En conséquence, l'exception a d'abord une fonction négative: elle permet de repousser une seconde attaque.

Fonction négative de l'exception permettant de repousser un nouvel exercice de la même action.

D'autre part, cette exception aura une fonction positive, qui s'exprime dans un second adage : "Res judicata pro veritate habetur" - "La chose jugée est tenue pour la vérité". Par conséquent : on ne peut pas la remettre en question. Il faut constater que la fonction négative de l'exception n'a pas la même base que la fonction positive. Elle correspond à l'intérêt du défendeur.

La fonction positive répond à un intérêt général social : on ne peut pas remettre en cause un procès tranché parce que si on le faisait l'ordre social serait troublé; les affaires ne finiraient pas (sous réserve de l'appel).

Voyons comment on est passé de l'une à l'autre.

La seule condition de succès de l'exception dans sa fonction négative, c'est l'identité de questions dans les 2 actions. Conséquences abusives de cette règle.

L'exception opposée par le défendeur qui est attaqué une seconde fois va permettre de repousser le demandeur à une condition, c'est que la question posée dans le second procès soit bien la même que la question posée dans le premier, et que le procès se déroule entre les mêmes personnes que s'est déroulé le premier.

Les Romains sont partis de là : voici à quoi ils ont abouti : 1°- Primus a triomphé dans une revendication contre Secundus qui s'exécute par hypothèse, et lui restitue la possession de la chose revendiquée. Cela n'empêche pas Secundus d'agir en revendication contre Primus pour la même chose en se prétendant

Source : BIU Cujas

propriétaire car le procès n'est pas le même : l'exception ne peut pas jouer dans ce cas : Primus n'a jamais été défendeur, puisqu'il était demandeur dans le premier procès, il ne peut pas opposer l'exception: par conséquent il peut intervenir un jugement contraire (Dig. 44,2,15). 2° A contrario, on peut invoquer l'exception même si les conditions d'exercice de l'action ont changé parce qu'on interprète la règle à la lettre, en ne tenant compte que des apparences extérieures.

Exemple : Primus revendique et perd son procès. Il a été débouté, non pas parce qu'il n'était pas propriétaire, mais parce que Secundus ne possédait pas. Or, pour que le défendeur soit condamné, il faut que ce soit un possesseur. Plus tard, Primus qui surveille s'aperçoit que Secundus vient à posséder (il a acheté la chose par exemple) : Primus revendique et il perd encore, parce que Secundus lui oppose l'exception en disant :"le procès sur la même chose a été une première fois déduit en justice".

Autre exemple : Primus, se disant créancier, réclame l'argent qu'il a prêté à Secundus. Il perd son procès parce que le juge déclare que ce prêt n'est pas valable. Primus, un peu plus tard, intente un procès contre le même Secundus pour lui réclamer les intérêts du prêt. Le second juge, saisi de la question, peut très bien reconnaitre que le prêt est valable et condamner Secundus à payer les intérêts de la dette. - Pourquoi ? Parce qu'il n'y a pas identité de questions dans le 1er procès, il s'agissait d'une question de capital, dans le second, il s'agit d'une question d'intérêt.

L'exception était donc trop absolue et les Romains s'en étant aperçu ont pris un juste milieu.

Condition nouvelle imposée pour pouvoir opposer l'exception en partant de la règle. "res judicata pro veritate habetur". Identité de question et identité de personnes.

La jurisprudence du 1er siècle a amené une transformation heureuse dans le sens de l'équité en mettant à la base de l'exception certaines conditions qui en limitaient l'effet. Ces conditions nouvelles sont fondées sur l'idée générale "res judicata pro veritate habetur" : le respect de la chose jugée. C'est la fonction positive.

Pour que l'exception soit efficace, il faut d'après les jurisconsultes, l'identité de question et l'identité de personne : "Eadem quaestio inter easdem personas" (Dig. 44,2,3); la même question de droit peut être soulevée soit sous la même forme que dans le premier procès, soit sous une autre forme.

Ainsi dans les deux exemples donnés plus haut, le demandeur sera toujours repoussé grâce à l'exception, dans sa fonction positive : 1° Soit Secundus, qui, ayant été reconnu non propriétaire, agit en se

Source : BIU Cujas

prétendant propriétaire, contre Primus; 2°-soit Primus qui, ayant été repoussé sur la question du capital, ne peut agir sur les intérêts, car capital et intérêts, c'est la même question sous une forme différente.

Eléments de l'identité de questions "identité de cause et identité d'objet".

D'après le Code Civil, art. 1551, l'identité de question s'analyse en identité de cause et identité d'objet : cette idée vient des Romains (Paul, Dig. 44,2, 2,12 et 14) : "eadem causa, eadem res".

Quant aux personnes, il faut identité de personne juridique - non pas physique -. C'est ce que Paul exprime d'une façon adéquate :"eadem conditio " - il faut la même condition juridique. (1)

"Res inter partes judicata aliis nec nocet, nec prodest".

Sur la chose jugée existe une autre règle : "Res inter partes judicata aliis neque nocere, neque prodese potest".

Exception à ce principe : théorie du contradicteur légitime.

En principe, le contrat passé ou le jugement obtenu ne valent qu'entre les parties et n'ont pas d'effet à l'égard des tiers (Sur la notion de tiers, v. droit civil, IIème année).

Par exception :

Le jugement peut profiter ou nuire à d'autres personnes que les parties :

1°) En matière de questions d'état.

2°) En matière d'hérédité (que M.Collinet appelle "action de qualité", voisine de la question d'état).

C'est la théorie du contradicteur légitime : toute personne qui est partie à un procès d'hérédité, est réputée représenter toutes les personnes qui tiennent leur droit du défunt.

Section V.

L'exécution de la sentence.

Principe - Dans la procédure ordinaire, le juge ne s'occupe pas de l'exécution de la sentence.

Comment est-elle assurée ?

Il faut distinguer entre la procédure des actions de la Loi et la procédure Formulaire, ou plutôt entre deux systèmes : un système civil et un système prétorien.

§ I - Le système civil. La Manus injectio.

Il est caractérisé en principe par l'exécution sur la personne.

A- Les cas.

(I) Le procès de liberté, causa liberalis, peut être repris indéfiniment (V. plus haut).

Source : BIU Cujas

En droit civil la sentence est exécutée en principe, sur la personne au moyen de la manus injectio. Cas anciens de manus injectio: aes legatum- aes judicatum- aes confessum- Extension de la manus injectio à d'autres cas : manus injectio pro judicato).

La procédure donnée dans ce but c'est la manus injectio, qui est la 4ème action de la Loi de Gaius.

C'est une exécution sur la personne physique de l'individu qui a été l'objet soit d'une damnatio (en cas de legs per damnationem), soit d'un jugement ou de celui qui a avoué (confiteri) mais toujours ayant pour objet une somme d'argent (aes).

Ainsi : la manus injectio se donnera pour l'aes legatum, l'aes judicatum, l'aes confessum . Ce sont les trois cas anciens.

La M.I. a été modifiée postérieurement aux XII Tables. Elle a été étendue par la Loi Publilia à l'aes depensum; (cela se rattache au cautionnement, IIème année); par la Loi Furia, qui concerne aussi le cautionnement et beaucoup d'autres lois encore (Gaius 4 22). Ces cas fondent la manus injectio pro judicato, parce qu'il n'y avait pas de jugement, parce qu'il y avait assimilation du débiteur au condamné. Enfin la Manus injectio peut être pura quand on supprime la nécessité pour le défendeur de présenter un vindex. (Gaius,4,25) (V. Infra).

Adoucissement de la M.I. par la loi Vallia: manus injectiones purae. Droit pour le titulaire, au bout d'un délai de 30 jours de saisir son adversaire pour l'amener devant le magistrat. Nécessité de paroles solennelles. Intervention possible d'un vindex qui libère le débiteur et prend sa place dans le procès, sauf à être condamné au double si son intervention est irrégulière.

Il faut noter que la manus injectio pura a été étendue par une loi Vallia de date inconnue (du VI° s. de Rome) à tous les cas, sauf exceptions. (v. infra)

B- La procédure.

La manus injectio est une très vieille procédure. Elle peut cependant être postérieure au sacramentum in personam. Elle consiste dans la mainmise sur la personne du récalcitrant ; on s'en saisit, après avoir attendu 30 jours pour lui permettre de s'exécuter. Puis l'individu saisi est amené devant le magistrat et un nouveau procès recommence (ou un procès commence suivant les cas). Le demandeur indique dans sa formule orale, la raison de la manus injectio. Il évoque la cause, le fait, ou le jugement (Gaius 4,29) et il indique la somme pourlaquelle il fait manus injectio. A partir de ce moment, le saisi ne peut pas se défendre lui-même : ou bien il trouvera un répondant : un vindex, celui qui dénonce la violence, ou il n'en trouvera pas.

S'il trouve un vindex, le procès va se dérouler apud judicem entre le saisissant et lui. Le vindex se substitue complètement au saisi, il cherche à prouver l'irrégularité de la saisie : s'il perd il sera condamné au double, pour le punir.

S'il ne trouve pas de vindex, la manus injectio se déroule sans incident, dans toute sa rigueur. Le saisissant emmène dans sa prison privée "in carcere privato" - le saisi appelé "addictus" parce qu'il a été adjugé par le magistrat au saisissant. Il n'a pas perdu ses droits; et il peut encore, par exemple faire venir sa nourriture du dehors, ou s'il n'en a

Source : BIU Cujas

Faute de vindex; le débiteur est enfermé dans la prison privée du créancier qui, au bout de 60 jours, peut le mettre à mort ou le vendre trans Tiberim.

pas les moyens, le saisissant est obligé de lui donner au moins deux livres de farine par jour, Il est enchaîné soit par des liens de nerfs de boeuf, ou de chaînes du poids de I5 livres au maximum (Loi des XII Tables). L'addictus reste ainsi pendant I0 jours. Après ce temps, le saisissant est obligé de le mener sur le marché et de proclamer à haute voix le montant de la somme dont il est redevable pour exciter la pitié des passants; il recommence l'opération le 20° et le 30° jour, - parce que le marché à Rome se tenait tous les I0 jours (mendinae).

Au bout de 30 jours, on passe à l'exécution. L'addictus peut être mis à mort, c'est une vengeance. Ou bien - et c'est un système plus nouveau, - il peut être vendu au delà du Tibre, en Etrurie, pour un prix de ..... Il ne peut pas être vendu à Rome, parce qu'un Romain ne peut vivre esclave là où il a vécu libre. S'il y avait plusieurs personnes qui avaient des droits sur l'addictus, les XII Tables déclarent : "partis secanto". La majorité pense que le corps du débiteur sera coupé en morceaux et partagé entre les individus qui ont des droits sur lui. La minorité déclare qu'il s'agit du patrimoine, lequel sera partagé.

Adoucissement de la procédure de M.I. par la loi Poetelia Papiria et la loi Vallia.

Quoi qu'il en soit, ce système barbare ne dura pas toujours. On dit souvent qu'une loi Poetelia Papiria (dont parle Tite-Live , peut-être de 428 de Rome, 326 av. J.C.) aurait aboli la manus injectio ou du moins l'aurait rendue beaucoup moins sauvage. Cette loi ne vise que le nexus : on ne peut plus le charger de chaînes ni le vendre trans Tiberim , mais on peut le maintenir en prison jusqu'à ce qu'il ait remboursé par son travail (II° Année). Ce qui le prouve c'est que beaucoup plus tard, il est encore question de chaînes pour bien d'autres cas.

La réforme est venue en réalité de la Loi Vallia du VI° siècle, qui a atténué la manus injectio en permettant à l'addictus de se défendre lui-même sans être obligé d'appeler un vindex (. m. inj. pura) Dès lors, le procès sera un procès ordinaire, sauf dans deux cas, ceux de judicatum et de depensum, où la procédure rigoureuse a continué jusqu'à la loi Julia judiciaria de 737 -I7 qui a aboli les actions de la loi.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Le système civil : la pignoris capio.

La pignoris capio est la 5° et dernière action de la loi.; elle est extrajudiciaire, avec des paroles inconnues (I).

Saisie privée de gage réalisée au moyen de la L.A. per pignoris capionem.

C'est une saisie privée de gage, (Gaius 4,26 à 29 et 32). Elle soulève un certain nombre de problèmes.

La pignoris capio se donne dans des matières très exceptionnelles, en matière religieuse, financière, militaire, etc.. si bien que certains auteurs, comme Mommsen et Girard, ont supposé que c'était une action de la Loi dérivée du droit public, religieux ou civil.

§ 3 - Le système civil : l'exécution dans le sacramentum in rem

Dans le sacramentum in rem la restitution au gagnant reconnu propriétaire est assurée par les praedes l.e. v.

Primus a été déclaré propriétaire du fonds Sempronien; son sacramentum a été reconnu justum, tandis que celui de Secundus a été déclaré injustum. Comment le gagnant aura-t-il satisfaction ?

Pas de manus injectio car elle ne s'applique qu'à des droits pécuniaires et personnels.

Le système de Mommsen, accepté par Girard (p. 361) est satisfaisant : c'est le système d'exécution établi sur l'existence des praedes. On a vu que l'individu qui recevait la possession intérimaire devait donner des praedes litis et vindiciarum . Si le possesseur ne restituait pas de bon gré, les praedes seraient exécutés eux-mêmes sur leur personne. Or, pour ne pas être exécutés, mis à mort, enchaînés, vendus comme esclaves etc... ils feront pression sur lui.

§ 4 - L'exécution sous la procédure formulaire.- Le système civil.

Sous la procédure formulaire l'exécution de la sentence continue à pouvoir se faire contre la personne.

Sous la procédure formulaire, le système civil en vigueur est toujours l'exécution sur la personne, mais après la chûte des actions de la loi, il semble qu'elle soit faite avec l'autorisation du magistrat, sans formes. Ce système n'est pas très pratiqué, - mais il figure dans les commentaires des jurisconsultes. L'exécution sur la personne, d'ailleurs, ne peut

---

(I) V.P. Collinet, thèse Paris, 1893.

Source : BIU Cujas

Même après une actio judicati où le défendeur qui a contesté à tort encourt la peine du double.

pas être faite d'emblée - il faut un jugement dans tous les cas (le legs per damnationem lui-même a perdu sa force exécutoire).

Lorsque le jugement est obtenu, si le perdant ne s'exécute pas, un nouveau procès recommence : c'est l'actio judicati : "action de ce qui a été jugé " transposition de la m. inj. judicati, à preuve qu'elle croît au double contre celui qui nie (souvenir du vindex) (I). Le jugement sera exécuté sur la personne par prise de possession, probablement par les soins des auxiliaires du magistrat.

Les actions arbitraires.

Mais il faut revenir ici sur la clausula arbitraria et les actions dites arbitraires. Question difficile au point de vue historique (bibliogr. dans Monier t. I, p. 213, n. 2, qui omet l'excellent article de M. G. May. Mél. P.F. Girard, t. II, p. 151 et suiv).

Le jussum judicis consiste à inviter le défendeur à fournir au demandeur une certaine satisfaction faute de quoi la condamnation sera fixée par le juge sur le serment du demandeur. Ce jussum n'est pas exécutoire manu militari.

La clausula arbitraria c'est un groupe de quelques mots qui se trouvent dans la formule et par la force desquels le juge est autorisé, avant de passer condamnation , à inviter le défendeur à satisfaire le demandeur. (Ex. : dans l'action en revendication, à rendre la chose au demandeur "nisi restituat". Si celui-ci obtempère, tout est fini. Si non, qu'arrivera-t-il ? Une chose est certaine : la condamnation est arbitrée par le juge d'après le serment du demandeur. Mais le juge pourrait - il requérir l'autorité de police, pris les auxiliaires du magistrat d'agir par la force contre le condamné qui ne s'exécute pas ? Autrement dit, l'exercice du jussum judicis, - est-il possible manu militari ? cette question a été très discutée. Le siège de la discussion est un texte d'Ulpien (Dig. 6, I,68) qui déclare que par l'office du juge la sentence sera exécutée par la main militaire. Ce texte est interpolé et par conséquent le recours à la manus militaris n'a été possible que dans la dernière période du droit romain.

D'autre part, on admet aujourd'hui que le nom d'actio arbitraria ne s'appliquait, en droit classique qu'à l'a. prétorienne de ea quod certo loco. C'est en droit byzantin que s'est constituée la catégorie des actions arbitraires dont une liste se trouve aux Inst. 4,6,31 : ce sont toutes les a. in rem (car la liste omet la rei vindicatio), et parmi les actions in personam l'a. metus, doli, de eo quod certo loco.

§ 5 - Le système prétorien d'exécution.

Les Romains, qui étaient très traditionalistes, avaient conservé l'exécution sur la personne sous la

(I) V.J. Paoli, thèse Paris 1933.

Source : BIU Cujas

Création par le préteur d'un procédé d'exécution sur les biens : Missio in possessionem suivie de venditio bonorum.

procédure formulaire; mais ce système ne semble pas avoir fonctionné normalement. En effet, le système prétorien double le droit civil, et en pratique, c'est lui seul qui règne et il est caractérisé par la saisie du patrimoine suivie de la vente en bloc, quelque soit le montant de la dette, fût-elle minime.

Ce système tenait la seconde place dans l'Edit. Il correspond à la faillite, sans distinguer, comme en droit français, le commerçant du non-commerçant c'est la bonorum venditio procédure collective comme la faillite à la différence de la déconfiture (I).

La bonorum venditio est postérieure à la création de la procédure formulaire et en la créant on a voulu probablement atteindre les débiteurs qui se cachaient et rendaient impossible contre eux la manus injectio et l'actio judicati. Elle date de Publius Rutilius Rufus, préteur vers 636 de Rome, II8 av. J.C. (G. 4, 35) par imitation de la bonorum sectio des Questeurs.

Vente en bloc du patrimoine du débiteur insolvable à un emptor bonorum qui succède à l'actif et paie un certain prix qui sera distribué entre les créanciers.

Les créanciers étaient représentés par un syndic provisoire, le curator bonorum. Après des délais, on nommait un syndic définitif : le magister bonorum, les biens étaient adjugés en bloc à un individu, le bonorum emptor. Cet acheteur des biens est un successeur prétorien, quand le failli est un mort, il agit ficto se herede par la formule Servienne. Quand le failli est un vivant, il agit par formule à transposition, dite Rutilienne (G. 4,35).

La vente en bloc du patrimoine - la bonorum venditio suppose que l'individu est au-dessous de ses affaires. Son patrimoine a été adjugé à un bonorum emptor celui qui a offert le prix le plus élevé et qui est l'adjudicataire. Lorsque ce prix a été versé au syndic définitif, au magister bonorum, comment sera-t-il réparti entre les différents créanciers ?

Répartition du prix entre les créanciers suivant une procédure de distribution par contribution ou une procédure d'ordre.

Il faut faire une distinction :

I°- Si tous les créanciers étaient des créanciers chirographaires, c'est-à-dire des créanciers ordinaires, le prix sera distribué également entre eux, s'il est suffisant, c'est-à-dire égal au montant total de leurs créances, chacun touchera sa créance intégrale. Mais quand il y a faillite, il est vraisemblable que les créanciers touchent l'intégralité de leur créance et chacun d'eux verra réduire ce qu'il touchera à une portion seulement de sa créance : à un dividende, c'est-à-dire tant pour cent (chacun sera payé "au marc le franc" suivant une expression de la vieille France.)

(I) V. un article du Dict. des Antiquités g. et r. de M. Collinet.

Reproduction interdite

Source : BIU Cujas

C'est ce qu'on appelle une distribution par contribution.

2°- A côté des créanciers chirographaires, il pouvait se trouver des créanciers munis d'un droit de préférence, soit privilège, soit hypothèque.

Le "privilège", comme l'indique son nom, permet au créancier privilégié de passer avant les autres, et en particulier avant les créanciers ordinaires ou chirographaires .

Le "créancier hypothécaire" est muni d'un droit de préférence, puisque l'hypothèque est un droit réel. Lorsqu'on répartira l'argent provenant de la vente, on tiendra compte des privilèges et des hypothèques, et en première ligne passeront les créanciers privilégiés et les créanciers hypothécaires, Il faudra donc entre les trois espèces de créanciers établir ce qu'on appelle "un ordre de préférence ".

La procédure suivie sera la distribution par ordre (et non plus par contribution).

Incidents de la venditio bonorum : separatio bonorum et action paulienne.

3°- Des créanciers héréditaires et des légataires en face des autres créanciers, Les incidents de la b.v. sont :

a) la separatio bonorum.

b) L'action paulienne (qu'on ne présente pas toujours ainsi)donnée au curator bonorum pour lui permettre de faire rentrer dans la masse les biens qui étaient sortis du patrimoine du decoctor, du failli.

Disparition de la venditio bonorum avec la procédure ordinaire.

La bonorum venditio a été créée, a-t-on dit probablement dans le cas où le débiteur se cachait. Cette procédure est en liaison étroite avec la procédure ordinaire, procédure de l'Ordo, et c'est pourquoi elle a disparu au moment où la procédure formulaire a disparu c'est-à-dire vers le III° siècle de notre ère. Par conséquent on ne trouve pas de rapport de continuité dans le temps entre la venditio bonorum, qui était une procédure de faillite, et la faillite moderne.

On a perdu l'idée de la faillite vers le III° siècle de notre ère, on a abandonné cette procédure logiquement construite et c'est seulement plus tard qu'on a retrouvé la procédure moderne.

Source : BIU Cujas

Section VI.

Les voies de recours contre les jugements.

Complication des voies de recours dans la procedure romaine.

Elles s'appellent aujourd'hui de noms differents: l'appel et le pourvoi en cassation, en particulier.

Les Romains ont eu des voies de recours dont voici les noms :

I°- L'intercessio. L'intercessio est impossible contre la sentence du juré, elle ne se donne que contre les actes administratifs accomplis par les magistrats. C'est une vieilles procédure romaine qui remonte très haut et appartient au droit public.

I°- L'intercessio contre les actes administratifs.

2°- La Revocatio in duplum est une sorte de cassation (qui n'est d'ailleurs pas d'origine de la cassation moderne). Elle est ainsi appelée parce que celui qui demande qu'on reprenne le procès s'expose à payer le double. C'est une voie de nullité pour vice de forme ou pour vice de fond.

2°- La revocatio in duplum voie de nullité pour vice de forme ou de fond.

3°- La Restitutio in integrum- C'est en quelque manière une voie de recours. Le procès est porté devant le magistrat qui rescinde des actes faits antérieurement et en particulier des procès déjà jugés : c'est un véritable procès complet qui aboutit à la délivrance d'une formule qu'on appelle "le judicium restitutorium" sur laquelle un juge se prononcera.(v. plus loin).

3°- Restitutio in integrum action en rescision des procès déjà jugés.

N.B. - Il n'y a pas d'appel dans la procédure ordinaire comme on l'a cru longtemps.

Section VII.

La représentation juciaire et ses conséquences.

Distinction en matière de représentation de la cognitore et de la procuratelle.

L'idee nous paraît très simple aujourd'hui que, si une des parties ne peut aller elle-même en justice, elle peut se faire représenter.

Les Romains ont deux sortes de représentants : les cognitores et les procuratores.

Remarque : les avocats ne représentent pas leur client, ils l'assistent; ce sont les avoués, autrefois appelés procurateurs, en latin procuratores, qui les représentent.

Source : BIU Cujas

§ I - Les procédés de représentation.

Ils sont au nombre de deux : la cognitare, lorsqu'on donne un cognitor, la procuratelle, lorsqu'on donne un procurator.

Comment apparaissent-elles ?

Principe de la non représentation dans la procédure des actions de la loi.

Tout le monde est d'accord pour reconnaître que l'idée de la représentation en justice n'a penétré vraiment -certains disent définitivement,- à Rome qu'avec la procédure formulaire sous les actions de la loi, pas de représentation possible Gaius et Justinien répétent le vieil adage : "Nemo alieno nomine lege agere potest"."Personne ne peut agir par action de la Loi au nom d'autrui" (Gaius,4,82 Inst. de Just. 4,6,pr.)

Le formalisme des actions de la loi: Raison de la non représentation sous cette procédure.

Raison et principe de la non représentation. Le Droit Romain primitif est un droit extrêmement rigoureux et formaliste en même temps que simpliste. Il n'admet pas que Primus accomplisse les actes,prononce les paroles dans une action de la Loi qui intéresse Secundus. Comment, d'ailleurs, concevoir qu'un tiers, qui ne se prétend pas du tout être propriétaire vienne dire : "Je prétends que telle chose est à moi de par le droit des Quirites" alors qu'on peut facilement nier cette affirmation.

Cas exceptionnels dans lesquels la représentation était admise sous les actions de la loi.

Cependant-et c'est cela qui embarrasse - Gaius et Justinien disent qu'il y avait des exceptions : pro populo, pro libertate - pro tutela, lege Hostilia. "Pro populo " ce sont, a-t-on dit, les cas où n'importe qui peut intenter une action populaire; " pro libertate" c'est la cause de la liberté où intervient un tiers, un adsertor libertatis, individu qui revendique la liberté d'un esclave qui ne peut le faire lui-même; "pro tutela" le crimen suspecti tutoris, qui est d'ailleurs une action populaire; enfin "lege Hostilia" où on a supposé qu'une tierce personne pouvait agir furti dans l'intérêt du volé lorsque celui-ci était absent. Mais la question est de savoir si ces quatre cas sont des exceptions à la règle et il ne le semble pas à M. Collinet. Ce sont, dit-il des pseudo-exceptions.

Une vraie exception se présente pour la cognitare qui existerait déjà sous les actions de la loi(I), du fait que la cognitare, d'après Gaius est donnée avec des paroles solennelles. Gaius cependant ne dit pas que la cognitare constitue une exception à la rè-

---

(I) Thèse de M. Debray 1892, Paris et Thèse de M. Wirbel, Nancy 1911.

Source : BIU Cujas

gle. La cognitura existerait sous les actions de la loi, peut-être seulement apud judicem .

Comment fonctionnent ces deux modes de représentation ?

A - Cognitura. Gaius est très clair et son texte est extrêmement précieux parce que la cognitura a disparu plus tard, et a été rayée du Digeste : "La cognitura dit-il (4,83) se constitue en présence de l'adversaire, même en l'absence du cognitor qui devra, lorsqu'il connaîtra la charge qui lui a été imposée, l'accepter".

Forme solennelle de la cognitura constituée en présence de l'adversaire.

La datio du cognitor est faite en termes solennels qui sont groupés deux à deux:
Dans le Ier groupe (action in rem) le demandeur dira : "Parce que je réclame de toi ce fonds, je te donne pour cette affaire comme cognitor Lucius Titius". "Quod ego a te fundum peto in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do".

Si c'est le défendeur qui constitue un cognitor il dira : "Parce que tu me réclames ce fonds...., je te donne pour cette affaire Maevius comme cognitor."Quia tu a me fundum petis, in eam rem tibi Maevium cognitorem do".

Dans le 2ème groupe (action in personam), le demandeur dit : "Quodego tecum agere volo,in eam rem cognitorem do"."Parce que je veux agir contre toi je donne dans cette affaire un cognitor". Le défendeur dira : "Parce que tu veux agir contre moi je donne un cognitor dans cette affaire". "Quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do".

Caractère unilatéral de la cognitura-ce n'est ni un mandat ni une gestion d'affaires.

Le cognitor est un représentant ; mais comme il n'intervient aucun contrat entre lui, le demandeur et le défendeur,ce n'est pas un mandataire; le cognitor n'est pas non plus un negotiorum gestor. C'est un acte sui generis, qui n'a pas de correspondant dans les législations modernes. C'est un acte unilatéral; un jussum formaliste a-t-on dit.

B- La Procuratio - (procuratelle) est un acte beaucoup plus voisin des notions connues. Pendant longtemps on a vécu sous la conception à peine discutée que le procurator était un mandataire et on comparait la procuratio au mandat actuel, ce contrat qui intervient entre deux personnes, l'une appelée "mandant", l'autre "mandataire" qui représente le mandant en justice.

La procuratio n'est pas à l'origine un mandat. Le procurator est un intendant général des affaires d'autrui.

Cette notion a été ébranlée par Bonfante et par M. Le Bras (I). Il n'est devenu un mandataire qu'en vertu d'une conception byzantine, dans les interpolations du Digeste.

(I) Thèse Paris, 1922.

Source : BIU Cujas

Qu'est-ce que le procurator ? - C'est l'individu qui agit dans l'intérêt d'autrui, mais, primitivement, sans mandat. La procuratio est une institution de la vie économique courante : un grand propriétaire romain a des procuratores , ce ne sont pas ses mandataires, ce sont ses employés, ses subordonnés. Par conséquent, la procuration primitive a commencé par être une procuration générale. Ces procurateurs sont des intendants généraux, des affranchis chargés d'administrer les domaines d'un riche propriétaire et qui s'occupent de tout. C'est un vice dominus, un représentant du maître. Il le représente, quand il est absent, en justice, parce qu'il ne faut pas que les affaires du maître souffrent, mais au début il n'a pas de mandat. Les Romains ont discuté pour admettre la procuratelle ne portant que sur une affaire spéciale. (Ulpien, Dig. 3,3,I,I). Gaius nous dit suivant une opinion de son temps , quelqu'un peut se porter procurator d'une autre personne sans mandat "pourvu qu'elle prenne l'affaire en main de bonne foi et qu'elle fournisse la cautio ratam rem dominum habiturum". (Gaius, 4,84) : c'est la cautio de rato, caution de ratification - promesse de ratification.

Possibilité au temps de Gaius de se porter procurator sans mandat sous l'obligation de fournir la cautio de rato.

Il y a donc un rapprochement à faire entre ces procuratores et les tuteurs qui gèrent l'ensemble des affaires du pupille, les curateurs, les syndics des personnes morales, les administrateurs des villes, Cette assimilation est faite par Gaius, 4,85 .

§ 2 - La capacité en matière de représentation.

En principe, tout le monde est capable d' être représentant. La capacité est la règle, l'incapacité est l'exception.

Différents degrés d'incapacité d'être représentant : sanction par les exceptions cognitoria et procuratoria.

I°- Au point de vue du dominus litis : sont incapables de se faire représenter l'esclave, le fils de famille, la femme, le pupille, les personnes frappées d'infamie.

2°- Au point de vue du représentant les militaires et les femmes, les infâmes qui ne peuvent être représentants qu'in rem suam non in rem alienam .

La sanction de l'incapacité est tantôt l'exceptio cognitoria (Gaius 4, I24), et tantôt l'exceptio procuratoria.

Source : BIU Cujas

§3 - Fourniture des cautions en matière de représentation.

Ier Cas - Les parties agissent elles-mêmes en justice. En principe pas de garanties à fournir pour le demandeur (G, 4,96).

Lorsque les parties agissent elles-mêmes il n'est dû en principe de garantie que par le défendeur et, en matière réelle.

Au contraire, si c'est le défendeur qui agit pour soi-même dans les actions réelles, tout défendeur est tenu à fournir des garanties (on les a déjà vues dans les plus anciennes procédures); dans la proc. per formulam petitóriam, c'est la cautio ou "satisdatio judicatum solvi" qui a trois chefs : de re judicata, de re defendenda, de dolo malo (Ulp., Dig. 46,7,6).

Dans les actions personnelles, le défendeur ne doit pas en principe, de garanties, parce que là, ce n'est pas une chose, c'est la personne qui est attaquée, elle répond sur elle-même. Le défendeur en doit cependant, dans quelques cas , par exemple quand il s'agit d'une personne suspecte (Gaius 4,102).

2ème cas.- Les parties agissent par représentant.

I°- La représentation du demandeur.

Lorsque les parties agissent par un représentant : a) le cognitor du demandeur ni celui-ci ne doivent de garanties car le cognitor déduit en justice le droit du demandeur.

a) Si c'est un cognitor pas de garanties à fournir ni par le demandeur ni par le cognitor. Cela est tout-à-fait significatif : c'est parce que les garanties sont demandées quand il y a un risque couru : ici il n'y en a pas. Quel était en effet, le risque à craindre ? c'était que l'on recommençât le procès. Or, le cognitor représente le demandeur d'une façon parfaite, il y a absorption du demandeur par le cognitor; le procès ne pourra donc pas recommencer; Gaius (4,97) dit: "parce que, par l'effet des paroles certaines et quasi solennelles, le cognitor est substitué exactement au maître de l'affaire" "merito domini loco habetur".

En conséquence, quand le cognitor fait la demande en justice, c'est comme si c'était le maître lui-même qui agissait. Or, quand le maître agit, on ne lui demande pas de garanties. On n'en demande donc pas au cognitor qui est substitué au maître de l'affaire, au demandeur.

b) Le procurator du demandeur doit au contraire fournir la

b) Le procurator au contraire ne se substitue pas du tout au dominus. Il est chargé de son affaire mais il ne le représente pas (au sens moderne). Par conséquent il y a danger que le maître de l'affaire n'étant pas content du résultat du procès recommence

Source : BIU Cujas

cautio de rato.

un autre procès. Le droit romain a voulu protéger le défendeur contre ce risque et le procurator devra fournir au défendeur la cautio de rato : la promesse avec fide-jussores, que le demandeur ne recommencera pas le procès (Gaius 4,98).

Evolution dans le sens de l'assimilation du procurator et du cognitor.

L'évolution du droit romain a consisté dans la dispense de plus en plus grande pour les procuratores, de cette cautio, autrement dit, dans un rapprochement de plus en plus complet du procurator et du cognitor; autrement dit dans le développement du principe de la représentation : ces trois idées sont similaires. Voici l'évolution telle que la conçoit M. Collinet.

Avant Gaius déjà certains procuratores ne devaient pas la caution, c'étaient certains tuteurs (Gaius 4,99) (probablement les tuteurs datifs). Ce fut ensuite le procurator praesentis "dont le mandant assiste au procès" (Frag. du Vatican, 333).

La caution n'est plus exigée que du procurator absentis.

On ajoute souvent : le "procurator apud acta" celui qui a été constitué devant le magistrat, avec insertion au procès-verbal, ou bien constitué par un acte écrit, qui est annexé aux acta. Cet acte écrit c'est ce qu'on appelle encore aujourd'hui "la procuration" le "pouvoir", ou bien par mandat notifié au défendeur.

Certains auteurs déclarent que le rapprochement était effectué au temps d'Alexandre-Sévère, en 227, mais M. Collinet pense que ce mouvement ne s'est achevé qu'au Bas-Empire. En tout cas, on distinguait en droit classique deux sortes de procuratores, le procurator praesentis (à mandat certain) et le procurator absentis (à mandat incertain); le premier ne doit pas la caution, le second continue à la devoir.

2°- La représentation du défendeur.

1°- en cas de cogniture, le défendeur doit la caution dans le cas où il la devrait s'il plaidait lui-même.

a) Cas du cognitor. Au point de vue passif, le cognitor du dominus défendeur le représente complètement, il y a absorption complète et tout se passe comme si c'était le dominus lui-même qui se défendait. En matière réelle, le maître défendeur devra la cautio judicatum solvi, comme si c'était lui-même qui se défendait (ce n'est pas le cognitor qui la doit), la représentation est parfaite.

2°- en cas de procuratio, le procurator doit toujours la cautio judicatum solvi.

b) Cas du procurator. Le procurator devra fournir la cautio judicatum solvi personnellement dans tous les cas, car il y a un risque c'est que le défendeur n'exécute pas la condamnation.

Jamais on n'a fait remise de cette caution, à aucun procurator, et encore sous Justinien, les procuratores, les tuteurs, doivent la fournir cette caution parce que le danger subsiste toujours (Inst. 4,II;3, 4,5) (I).

(I) V.P. Collinet, Proc. par libelle.

Source : BIU Cujas

§ 4 - Les effets de la représentation.

Il intervient par hypothèse un jugement de condamnation. La question est de savoir à qui et contre qui se donne l'action judicati (l'action en exécution du jugement).

I°- En cas de cognitore, l'actio judicati est donnée au maître de l'affaire ou contre lui.

I°- Cas du cognitor : si le demandeur a agi par cognitor, c'est lui qui l'a puisqu'il y a confusion; réciproquement, si le cognitor était pour le défendeur, c'est le dominus et non pas le cognitor, qui la subit. La représentation est parfaite, c'est une absorption.

2°- En cas de procurator, au contraire l'actio judicati est donnée au procurator ou contre lui.

2°- Cas du procurator : celui-ci est, au contraire, un étranger au maître de l'affaire, une extranea persona (pas de représentation, tout se passe comme si le procurator agissait pour lui-même) en conséquence l'action judicati est donnée au procurator ou contre lui.

Ce droit romain a évolué, ici comme pour la remise des cautions (suprà). On a rapproché les procuratores à mandat certain des cognitores; on a introduit une représentation.

Comment s'est faite cette évolution ?

Tendance à assimiler au point de vue de l'actio judicati le procurator praesentis au cognitor.

Il ne paraît pas douteux qu'on a commencé par les tuteurs. L'actio judicati passera sur la tête du pupille. Si le tuteur est attaqué, il oppose une exception : l'actio judicati ne passe donc sur la tête du pupille que prétoriennement (G.4,90). On trouve la même solution chez Scaevola, Papinien, Caracalla.

En ce qui concerne le procurator praesentis, c'est-à-dire dont le mandant assistait au procès, il n'est pas douteux que l'action judicati était donnée prétoriennement contre lui, ou à lui, parce que le mandat était certain (Frag. du Vatican, n° 331).

L'évolution n'a jamais été terminée, dit M. Collinet, et sous Justinien encore, des personnes supportent l'action judicati ou y ont droit quand elles sont procuratores.

Section VIII

Faits qui arrêtent l'instance.

Faits motivant l'arrêt de l'instance.

On a supposé que l'instance continuait in jure et apud judicem, que le procès se déroulait normalement jusqu'au bout; mais voici quelques faits qui arrêtent l'instance in jure :

I°- Le refus du défendeur de "litem defendere"

2°- La confessio in jure du défendeur.
3°- Le serment in jure.

I°- Refus par le défendeur de "litem defendere". Mais le préteur en cas d'action réelle mobilière autorise le demandeur à se mettre en possession (duci jubere) et en matière réelle immobilière; il lui donne des interdits.

§ I - Indefensio": le défendeur ne fait pas ce qu'il doit faire (uti oportet) : par exemple, il refuse de fournir la cautio judicatum solvi, ou il abandonne le procès; mais notons que nul n'est contraint de defendre à une action réelle (Dig. 50,I7 , I56,pr.)

En matière d'indefensio le système prétorien varie suivant qu'il s'agit d'une chose mobilière ou d'une chose immobilière.

S'il s'agit d'une action réelle mobilière, le préteur autorise le demandeur à emmener l'esclave ou à emporter la chose, (duci vel ferri jubere) (I).

Pour les actions réelles immobilières, le préteur donnera des interdits pour permettre au demandeur de se mettre en possession de la chose. Ces interdits sont (Inst. d'Ulp. fr. 4) dits" interdits secondaires"; on les nomme d'après les premiers mots de leur formule : Interdit quem fundum - pour un fonds de terre; interdit quam hereditatem - s'il s'agit d'une hérédité; interdit quem usum fructum, s'il s'agit d'un usufruit : nous ne connaissons que les premiers mots de ces interdits.

2°- Confessio in jure du défendeur.

§ II- Confessio in jure : c'est l'aveu devant le magistrat : Le défendeur reconnaît que le demandeur a raison : Quelle va en être la conséquence ?

Tout le monde est d'accord pour dire que le procès s'arrête, mais M. Collinet n'est pas d'accord avec Demelius, Girard et M. Giffard (2), quant aux conséquences de cet arrêt du procès sous les L.A.- Demelius disait:Sous les actions de la loi, l'individu qui ne se défend pas ou qui avoue est toujours réputé judicatus condamné - et par conséquent quelle que soit la source du droit du demandeur, celui-ci peut procéder à la manus injectio, Or la règle des XII Tables (III, I) ne vise que les aere confessi, ceux qui avouent une dette d'argent, pour les autres, ceux qui confessent une dette de certa res ou d'incertum selon M. Collinet et l'opinion ancienne pas de M.I.

Sous la procédure formulaire, les deux systèmes se rencontrent : la distinction entre les aere confessi et les autres est faite par les ch. XX - XXI de la Loi Rubria de Gallia Cisalpina :

Au Ier cas, le magistrat permet au demandeur d'emmener le défendeur avouant (duci jubere);

Au 2ème cas, le préteur ordonne la saisie, l'affichage et la vente en bloc du patrimoine du défendeur.

(I) V.H. Pissard, dans Et. dédiées à P.F. Girard I,p. 24I et s.

(2) V.P. Collinet,N.R.H. I905, p. I7I et s. Références

Source : BIU Cujas

Ce système prétorien de missio in possessionem et de bonorum venditio prouve précisément que, sous les L.A., n'existait aucune sanction directe dans ce cas.

Le texte célèbre d'Ulpien (Dig. 42,2,6) exprime la distinction en disant au princ. : "Certum confessus pro judicato erit incertum non erit". C'est la règle connue": Confessus pro judicato habetur. "Certum désigne la certa pecunia. Mais(§I) en cas de confessio d'incertum ou de corpus on doit contraindre le défendeur à avouer un certum c'est-à-dire une somme d'argent. Après la confessio , 30 jours étaient laissés au défendeur pour payer, d'après les XII Tables, l'oratio Marci , S.C. de Marc-Aurèle, dont parle Ulpien (§ 2), accordant un délai de grâce se réfère à la procédure extraordinaire (V. Infrà).

En matière réelle, en cas d'aveu du défendeur le demandeur doit agir contre les cautions.

Dans les actions réelles le système est tout à fait différent.

L'Aveu s'appelle alors "in jure cessio". En effet, dans l'in jure cessio le demandeur dit " la chose est à moi", et le défendeur ne répond pas , avoue par son silence qu'il acquiesce à l'affirmation du demandeur . Comment Primus exécutera-t-il l'addictio du magistrat qui, reconnaît son droit ? (Ulpien, loi 6,2), dit que c'est comme si un demandeur avait gagné. A moins que le confessus ne s'exécute en nature, étant donné qu'on ne peut pas saisir la chose directement dans la procédure formulaire, peut-être le demandeur agira-t-il contre les cautions et celles-ci feront pression sur le défendeur pour le forcer à s'exécuter.

Ce serait la suite du régime des "praedes".

§ III - Le serment nécessaire.

3°- Le serment nécessaire déféré par le demandeur au défendeur qui doit ou jurer ou référer le serment.

Le serment nécessaire, jusjurandum necessarium, comme l'indique son nom, est un serment qui doit nécessairement être prêté ou référé, "référer le serment" c'est renvoyer le serment au demandeur.

Le serment est prêté in jure devant le magistrat. Si le défendeur refuse de le prêter, il peut le "référer" le renvoyer au demandeur; - s'il ne le prête pas ou ne le réfère pas il est assimilé au confessus: c'est un aveu implicite.

Le demandeur dit : "Jure que tu n'es pas débiteur" - si l'autre refuse de jurer, cela veut dire qu'il est débiteur.

Il pourrait également référer le serment et dire: "Je ne jurerai pas que je suis débiteur, mais jure que tu es créancier".

C'est dans quelques actions seulement que le serment nécessaire est prononcé comme l'a établi Demelius

---

Suite note N° 2- de Gérard p. 1067, n.1)

Source : BIU Cujas

Actions dans lesquelles existe le serment nécessaire.

par la méthode des inscriptions: dans l'action certae creditae pecuniae, la condictio certae rei, le judicium operarum, l'action de pecunia constituta (Voir Girard et la Thèse de M.G. de la Pradelle, 1894).

TITRE II

LA PROCEDURE EXTRAORDINAIRE.

Matière importante parce qu'elle est la source de la procédure moderne et parce qu'elle est encore l'objet de bien des discussions.

Chapitre I

NOTION ET HISTOIRE.

Section Ière

Caractères et notion.

La Cognitio extra ordinem; ses caractères distinctifs.

La procédure extraordinaire, ,cognitio extra ordinem est celle que ne suivant pas l'Ordo judiciorum privatorum, qui était "en dehors de l'Ordo".

Qu'est-ce que l'Ordo ?

Quel est le critérium qui permet de distinguer la procédure ordinaire et la procédure extraordinaire ?

1° - pas de renvoi à un juré.

On dit souvent (Mommsen et Girard) que ce qui caractérise l'ordo, c'est la présence du juré qui est choisi librement par les parties. On ne trouve pas ce critérium dans les textes, et M. Collinet pense que si l'idée est exacte en partie, il faut cependant la compléter par ce qu'on voit dans les textes. Or, un passage de Gaius auquel on ne prête pas suffisamment attention, est caractéristique (G. 2,278 et 279). Gaius oppose les legs aux fideicommis, les legs obéissant à la procédure ordinaire, les fideicommis se réglant par la procédure extraordinaire. Et Gaius dit en propres termes que ce qui les différencie, c'est 1° - l'existence ou l'absence de formules; 2° - l'existence ou l'absence du "rerum actus".

2° - pas de formules.

Les Formules sont une première caractéristique de l'Ordo et on verra qu'on ne conçoit pas les Formules dans la procédure extraordinaire, qui pourrait

Source : BIU Cujas

même s'appeler "procédure sans formules", et cela en vertu d'un texte interpolé du Digeste (3,5,46,1°) texte du Bas-Empire mis sous le nom de Paul.

3° - pas d'application du rerum actus.

Un second critérium, c'est le "rerum actus": le rerum actus, c'est l'ensemble des règles de compétence, de temps et de lieu qui font que le procès doit être soumis à tel magistrat, à tel moment, à tel endroit. La procédure extraordinaire échappe aux règles strictes du rerum actus. Elle est beaucoup plus libre. C'est ce que dit Gaius pour les fideicommis; c'est ce qu'on voit pour les interdits dans un texte significatif de Justinien (Institutes, 4,15,8). Voilà les deux critères de Gaius.

Il n'est pas question du "judex electus". Cependant on peut en tenir compte parce qu'on peut dire que les Formules sont en rapport direct avec la présence du Judex: mais ce critérium est secondaire et les autres sont plus importants (1).

La procédure extraordinaire se rattache dans ses origines à la procédure administrative reposant sur l'imperium du magistrat.

Cette procédure est souvent déclarée (Girard, p. 1135 et suiv.) une procédure administrative (acte de police), tandis que la procédure ordinaire était une procédure judiciaire. On dit que la procédure extraordinaire est fondée sur l'imperium du magistrat, tandis que la procédure ordinaire était fondée sur la jurisdictio, le pouvoir d'organiser l'instance: le pouvoir judiciaire.

S'il y a une part de vérité dans cette conception cependant il ne faut pas la pousser jusqu'au bout comme le font certains auteurs. En étudiant les origines de la procédure extraordinaire, on verra que le magistrat s'est, en effet, servi de son imperium pour organiser le procès; mais cela ne se rapporte qu'aux origines de la procédure extraordinaire et il est impossible de ne pas reconnaître qu'au Bas-Empire, par exemple, les magistrats se sont appuyés sur leur pouvoir juridictionnel pour organiser l'instance.

Elle se caractérise par le fait que le magistrat qui juge est non un arbitre mais un fonctionnaire disposant de la force publique.

La caractéristique de la procédure extraordinaire doit être cherchée plus au fond. Pour M. Collinet, la procédure ordinaire était une procédure arbitrale; la procédure extraordinaire a un tout autre caractère; on verra, soit en étudiant ses origines et son histoire, soit en étudiant la marche du procès, que le juge n'y joue plus le rôle d'arbitre; il tranche le procès d'autorité et il a ce que n'avait pas le

(1) L'importance du rerum actus auquel est soumise la procédure de l'ordo et auquel échappe la cognitio extraordinem a été nettement mise en lumière par M. Girard dans plusieurs cours de Pandectes et dans ses cours de Droit Romain approfondi professés au doctorat N d. R.

Source : BIU Cujas

judex ancien - la puissance de faire exécuter sa sentence. Le juge de la procédure extraordinaire est en effet, comme en Droit moderne, un fonctionnaire de l'autorité publique ayant le pouvoir de coercition, et il n'a aucun rapport avec le judex ordinaire, le juré arbitre, simple particulier sans puissance.

Bien qu'échappant aux règles de l'Ordo elle est soumise à des règles de forme qui lui sont propres.

On dit aussi: les autres traits de l'ordo ont disparu, et c'est vrai. Mais, ce qu'il faut ajouter, c'est qu'ils ont été remplacés par des traits nouveaux. Ainsi, il ne faudrait pas croire que le procès n'obéit plus à des règles de compétence, de temps et de lieu; et sous le Haut-Empire, comme sous le Bas-Empire, la procédure extraordinaire a eu aussi des règles parfois influencées par le christianisme à partir de Constantin. Toute procédure est liée à des règles formelles plus ou moins strictes.

On a dit également que la procédure nouvelle se caractérisait par des traits secondaires. Cela est vrai en partie, mais il ne faut pas généraliser et appliquer à la procédure extraordinaire du Haut-Empire ce qui n'est exact que pour la procédure extraordinaire du Bas-Empire. Ainsi on a dit "c'est une procédure où il n'y a que des actes écrits". Bien que cette procédure extraordinaire reste assez mal connue encore (1), on verra qu'elle comporte des actes oraux et des actes écrits qui se mélangeaient.

Elle combine des actes oraux et écrits; elle n'est pas gratuite et est en partie secrète.

On a dit: c'est une procédure qui n'est pas gratuite. C'est vrai, mais à partir seulement du V° siècle où le plaideur doit des sportulae aux avocats et aux agents de justice (2).

La procédure extraordinaire est encore, dit-on, secrète. Elle est, en effet, en opposition avec la procédure ordinaire qui se passait au grand jour, qui se traitait au Forum, sur la place publique, ou dans les Basiliques (grands marchés). Cependant, il y avait déjà des phases secrètes dans cette procédure, et les délibérations du Tribunal des Centumvirs se faisaient dans des Chambres privées, ce qu'on appelle aujourd'hui les Chambres du Conseil.

La procédure extraordinaire est secrète en ce sens que les délibérations se tiennent dans des cabinets séparés qui portent différents noms.

Le jugement se rendait publiquement, dans la partie de la Basilique, qui était ouverte au public et qui était séparée du fond (abside) par des voiles et des grilles (cancellum) d'où vient le nom de chancellerie.

---

(1) V. Girard, p. 1132 et suiv. et P. Collinet, La proc. par libelle, Paris, 1932.
(2) V.P. Collinet, op. cit. Appendice I.- Inscr. de Timgad (Girard, Textes, p. 182-183).

Source : BIU Cujas

Elle est surtout caractérisée par une notion nouvelle de l'actio se traduisant dans l'importance de l'assignation.

De plus et surtout, on trouve une opposition complète entre les deux procédures, quant à la notion même de l'action. On étudie toujours l'action de la procédure ordinaire: quelle est la nature de l'action dans la procédure extraordinaire ?

Le mot "action" a en réalité changé de sens avec chacune des trois phases de la procédure romaine. Il a d'abord signifié "acte" (legis actio, action légale); puis "formule" judicium; dans la procédure extraordinaire où il n'y a ni acte ni formule, que veut dire "actio" ?

Le point fondamental est l'assignation, par laquelle, avant le début du procès, le défendeur va être instruit de l'objet de la demande. L'action s'intègre aux modes d'assignation ou procédés d'introduction de l'instance (V. plus loin). Cela est nouveau. Tout cela vient du caractère judiciaire.

Section II

Origines.

La procédure extraordinaire s'est progressivement substituée à celle de l'ordo et elle était généralisée en 294.

Pendant longtemps, on s'est imaginé que cette procédure avait remplacé celle de l'ordo à une date déterminée, en 294, d'après une Constitution de Dioclétien et Maximien (Code de Justinien, 3,3,2).

Dans cette constitution de 294, les empereurs recommandent aux gouverneurs de province de statuer par eux-mêmes sur les affaires qui leur seront soumises, au lieu de les renvoyer à des juges-délégués, Judices pedanei (de pes: pied); ainsi appelés parce que ces juges se tiennent sur leurs pieds (debout) tandis que le magistrat se tient assis.

Aujourd'hui, on ne croit plus que la procédure extraordinaire ait remplacé la procédure ordinaire en 294. Cette Constitution suppose que le régime extraordinaire fonctionne déjà partout et normalement, et non pas seulement en quelques matières, comme dans Gaius, C'est une observation d'ordre général que les Constitutions de Dioclétien et Maximien ne sont pas des Constitutions qui créent le droit, mais rappellent le droit existant beaucoup plus qu'ils ne font du droit nouveau.

De même, il ne faudrait pas croire que la procédure Formulaire, que les Formules, ont été supprimées en l'année 342 exactement, date d'une Constitution célèbre des fils de Constantin: la vérité s'est beaucoup compliquée; depuis que le Droit Romain est étudié par des historiens, car l'histoire est essentiellement complexe.

Source : BIU Cujas

Voici la théorie que l'on enseigne d'après Pernice et Girard, p. 1135 et suiv..

Développement de la procédure extraordinaire:

Il faut distinguer ce qui se passait à Rome (où la procédure extraordinaire est apparue plus tard) et dans les provinces.

A- A Rome elle est exercée à l'époque où fonctionne la procédure de l'ordo, dès le Haut-Empire.

A - A Rome - La procédure extraordinaire existe déjà du temps où fonctionnait la procédure ordinaire, ce n'est pas douteux. La procédure ordinaire a disparu vers le milieu du III° s. à Rome - probablement dans la seconde moitié. La procédure extraordinaire fonctionnait soit dans les cas où il n'y avait pas possibilité de délivrer de formule, soit dans les cas où la procédure Formulaire aurait pu jouer, mais où l'on préférait prendre une autre procédure. Dès le Haut-Empire, les magistrats suivent de temps en temps la procédure extraordinaire:

Ce sont:

Magistrats qui en font usage:

a) Consuls.

1°) Les Consuls, en matière de fidéicommis, en matière de tutelle, ou d'obligation alimentaire, ou d'obligation de doter pour le pater, ou pour les procès de liberté, ou pour les procès d'ingénuité.

Dans certains de ces cas, il n'existait pas de formule; dans d'autres cas de liberté et d'ingénuité, les plaideurs préféraient la procédure extraordinaire devant le Consul à la procédure régulière devant le préteur (1).

b) préteurs spéciaux.

2°) Les préteurs spéciaux: Ces préteurs spéciaux, dits administratifs ont pris les pouvoirs des Consuls. Ils se sont substitués à eux: préteur fidéicommissaire, préteur tutélaire, préteur de liberalibus causis,- peut-être aussi un préteur spécial compétent pour les réclamations des honoraires: devant eux, c'est la procédure extraordinaire qui joue.

c) préfets.

3°) Les préfets - fonctionnaires purement administratifs,- s'arrogeant la connaissance de certains litiges qui naissent à propos de leur fonction.

Ainsi, le préfet de l'annone statue sur les procès relatifs aux grains - le préfet des Vigiles s'occupe de certains actes qui troublent la tranquillité publique,- le préfet de la ville (praefectus urbi) connaît des actes de dépossession violente, des voies de fait commis par le maître sur son esclave, par le père sur les enfants, des contestations qui naissent entre les banquiers (lesquels ont leurs comptoirs sur la place publique et dans les basiliques), ou entre bouchers qui y ont aussi leurs étaux. Le préfet du prétoire, chef militaire, commandant de la Garde impériale, commence à juger dès le Haut-Empire: nous en

---

(1) V. M. Nicolau, thèse Paris, 1933.

Source : BIU Cujas

avons un exemple très célèbre: Papinien lui-même; il a eu comme assesseurs des jurisconsultes fameux comme Ulpien et Paul (Digeste, 12,1,L.40, dite "Loi Lecta" de son premier mot).

d) préteurs judiciaires.

4° - Les préteurs judiciaires - qui connaissaient normalement des affaires par la procédure formulaire et dont le rôle était d'organiser les instances ordinaires, statuent parfois extra ordinem.

Par conséquent, tous ces magistrats aident à la transformation de la procédure. La raison est que la procédure extraordinaire est plus rapide, n'étant pas soumise à l'ordo.

e) Empereur soit en appel soit en première instance.

5° - L'empereur qui était la plus haute autorité de Rome, juge également extra ordinem en 1ère Instance, mais surtout en appel. Etant donné la constitution du Principat et les idées sur lesquelles il reposait (pas au début, mais plus tard), le pouvoir impérial, surtout à partir d'Hadrien, est souverain en fait. Aussi l'Empereur a-t-il usurpé le pouvoir judiciaire comme le pouvoir législatif.

L'Empereur a connu de certaines affaires:

a) en 1ère Instance: lorsque les parties demandent à l'empereur un "Rescrit";procédure par rescrit très usitée à Rome (1).

b) en appel,- l'appel consiste à reprendre l'affaire quand elle a été jugée en 1ère instance: si la sentence du magistrat inférieur ne satisfait pas le plaideur, il porte son affaire à l'Empereur qui la fait étudier. (La procédure de l'appel a fait l'objet de travaux importants; on ne l'étudiera pas, cf. Girard, p. 1115).

B - En province elle s'est appliquée avant de s'appliquer à Rome et dans certaines provinces on n'a jamais appliqué que la procédure E.O.

B - En province.

C'était en province que la procédure extraordinaire avait fonctionné tout d'abord (découverte de Pernice, répandue par Girard).

On a d'ailleurs découvert de nombreux papyrus grecs d'Egypte qui nous ont appris que la procédure extraordinaire fonctionnait dans ce pays de bonne heure. M. Collinet pense que la procédure extraordinaire vient d'une influence grecque, M. Girard croit que la procédure Formulaire vient de Sicile: mais les textes qu'il cite avec d'autres auteurs se rapportent beaucoup plus à la procédure extraordinaire qu'à la procédure ordinaire et en Egypte, où il n'y a jamais eu de Formules, la procédure a toujours été "extraordinaire", même dans les temps qui suivent Alexandre.

Raisons de cette particularité.

Pourquoi la procédure extraordinaire s'est-elle développée en province ? Pour plusieurs raisons.

(1) V. E. Andt, thèse Paris 1920 (à compléter par Ed. Cuq, Le Conseil des Empereurs).

Source : BIU Cujas « Les Cours de Droit » 3, Place de la Sorbonne, 3 Répétitions Ecrites Reproduction Interdite

On a dit; c'est parce que les magistrats de province sont loin de la capitale et qu'ils ne sont pas sous l'influence directe de la capitale; ils ont plus de liberté. C'est vrai, mais cela n'aurait pas suffi pour expliquer l'épanouissement de la procédure extraordinaire. En effet, les gouverneurs de province sont toujours d'anciens magistrats de Rome: anciens Consuls, anciens préteurs, et on concevrait très bien qu'ils eussent apporté avec eux les Formules et eussent appliqué la procédure Formulaire - et ils l'ont fait dans certaines provinces.

La véritable raison, c'est que les Formules n'ont jamais fonctionné dans certaines provinces, où l'influence grecque a été plus pressante que l'influence romaine.

Les Romains ont suivi à l'égard des provinciaux une politique tout à fait recommandable: celle du libéralisme vis-à-vis des indigènes; et on comprend que la procédure extraordinaire, si elle est grecque (comme le pense M. Collinet) ait été conservée en Egypte où les Romains ont été trop faibles pour imposer leur droit propre, quoiqu'il y eût pénétré en partie; mais ils l'ont fait pour d'autres provinces.

Voilà la véritable raison: persistance plus ou moins forte des Coutumes et même des lois grecques dans certaines provinces et en particulier en Egypte.

Extension de la procédure E.O. avec la prédominance des influences provinciales.

Dès le milieu du III° siècle, mais surtout au Bas-Empire, dès que l'influence provinciale devient prépondérante et que diminue la puissance de la capitale, on comprend que la procédure extraordinaire se soit généralisée, non pas à partir d'une date précise - 294 - mais par vagues, comme se font tous les développements dans l'humanité.

Dès la moitié ou dans la seconde moitié du III° siècle, la conquête était faite et la procédure extraordinaire était répandue non-seulement dans les provinces, mais encore à Rome (1).

Chapitre II

LA MARCHE DE L'INSTANCE DANS LA PROCEDURE EXTRAORDINAIRE.

Il y a encore beaucoup de difficultés à ce sujet, mais elles s'éclairent peu à peu par les décou-

(1) V. une hypothèse de M. Collinet, Le Rôle de la Doctrine, etc,... p. 22 et suiv.

Source : BIU Cujas

vertes que l'on fait actuellement.

Le sujet est important parce que la procédure extraordinaire est la source directe de la nôtre par l'intermédiaire de la procédure canonique.

La procédure canonique est imitée de la procédure par libelle du temps de Justinien, et notre procédure moderne est dérivée de la procédure canonique.

La procédure canonique a été adoptée par les tribunaux royaux au moyen âge par réaction contre la procédure féodale. Il y a donc continuité entre la procédure de Justinien, la procédure canonique, la procédure de la grande Ordonnance de 1667 et le Code de procédure actuel. Mais, comment s'est formé le Droit de Justinien ?

Section I

Introduction de l'instance.

3 procédés d'introduction de l'instance.
I. Avant Constantin.

L'introduction de l'instance se fait suivant les époques, par trois procédés différents: la privata testatio, la denuntiatio ,(dite litis denuntiatio), et le libellus conventionis.

§ I - Depuis les origines jusqu'à 322:

La privata testatio.

1°) par un acte du demandeur se manifestant.

La procédure extraordinaire commence par un acte unique de la part du demandeur.

Cependant, selon M. Collinet, il faut distinguer deux modes d'introduction de l'instance à cette époque: le libelle et la denuntiatio, comme on le voit en matière de Querela inofficiosi testamenti, dans un texte de Paul supposé à tort interpolé (Dig. 5.2.7.). On y voit que l'exhérédé se plaint, soit par libelle, soit par dénonciation.

a) par une plainte adressée au magistrat (libelle).

1° - La procédure commencera par une plainte adressée au magistrat: c'est le cas de l'esclave ou du fils de famille qui ont à se plaindre du chef de famille; ils ne peuvent pas lancer une assignation contre le père ou le maître; ils adresseront une plainte au magistrat. Ce sera une requête écrite sollicitant le magistrat d'intervenir: c'est ce qu'on appelle à juste titre un "libelle" (petit livre), on en voit des quantités dans les papyrus d'Egypte et dès l'époque du Haut-Empire et même avant.

Convocation du défendeur par le magistrat.

Le magistrat saisi de la plainte citera le défendeur, en vertu de son droit d'evocatio, par l'un des trois moyens suivants: a) denuntiationibus, invi-

Source : BIU Cujas

tation verbale à comparoir transmise par un appariteur (viator) (1); b) edictis, édit proclamé par un héraut (praeco) et affiché; c) litteris, réquisition écrite. M. Collinet pense - car il reste beaucoup d'obscurités pour cette 1ère période - que le magistrat joindra à sa convocation une copie de la plainte, pour faire connaître au défendeur l'objet de la poursuite. Une editio extrajudiciaire accompagnera la citation.

b) par privata testatio ou denuntiatio.

Les auteurs récents (M. A.-J. Boyé, Fliniaux, Monier) voient le 2ème mode sous la forme d'une denuntiatio semi-officielle, disent-ils, parce que le demandeur devrait obtenir du magistrat la permission d'assigner. La denuntiatio se ferait ex auctoritate, mais par un acte privé avec témoins (privata testatio). Cette doctrine se fonde sur la pratique judiciaire de l'Egypte, la parangélie (paraggelia). Mais il n'est pas sûr qu'une telle pratique ait passé à Rome. Pour M. Collinet, la denuntiatio ex auctoritate n'intervient que dans la procédure par défaut (V. plus bas). La denuntiatio est synonyme de privata testatio, visée par Constantin en 322 (V. Infrà); elle ne requiert pas le recours au magistrat (sic, L. Aru, Il processo civile contumaciale, 1934); c'est une sommation privée du demandeur au défendeur d'avoir à comparaître devant le magistrat. Elle s'accompagnait de l'editio actionis extrajudiciaire, lui faisant connaître l'action qui sera intentée: "speciem futurae litis demonstrare" (C.J. 2,1,3) (202).

§ 2 - La litis denuntiatio.

II. A partir de Constantin (322). La litis denuntiatio faite apud acta.

Une Constitution célèbre de Constantin de 322 a ouvert une nouvelle période (Code Théodosien 2,4,2).

Elle a organisé une nouvelle procédure qu'on appelle Litis denuntiatio (2).

L'empereur abroge la testatio privata qui prête à des fraudes; il exige que la denuntiatio soit faite "apud acta", c'est-à-dire qu'elle soit enregistrée au Greffe chez tous les fonctionnaires qui possèdent le jus acta conferendi ou chez les magistrats.

Délai de 4 mois donné au défendeur.

Cette procédure de denuntiatio est caractérisée encore par le délai laissé au défendeur. Ce délai est de 4 mois. On n'a pas très bien expliqué d'où ve-

---

(1) A.J. Boyé, La denuntiatio introductive d'instance sous le Principat, thèse Bordeaux, 1922.

(2) V. Girard, p. 1142, n. 1 - On n'admet plus que la lit. denunt. aurait été introduite à Rome par Marc-Aurèle (Girard, p. 1138, n. 4).

Source : BIU Cujas

nait ce délai, peut-être se rattachait-il à un grand changement survenu dans l'organisation judiciaire: l'abolition des assises périodiques du magistrat (conventus). C'est la procédure normale du Code Théodosien, qui est de 438. On la trouve encore dans les Leges seculares, appelées par les Allemands "le Coutumier Syro-Romain" qui nous montre la procédure telle qu'elle fonctionnait en Syrie et dans les pays orientaux au V° siècle. Cette procédure de dénonciation n'a pas duré extrêmement longtemps. Elle a été remplacée dans des circonstances encore inconnues par une autre qui a eu un succès très grand (qui est la procédure actuelle): la procédure par libelle.

§ 3 - La procédure par libelle.

3°) par Libellus conventionis présenté au magistrat pour obtenir la citation du défendeur.

On n'attache pas à cette procédure l'importance qu'elle mérite, parce qu'on ne la connaît pas assez. (1) Elle se caractérise par l'emploi d'un "Libellus", c'est-à-dire la requête présentée par le demandeur au magistrat dont on a déjà vu les traces bien avant l'arrivée des Romains en Egypte, mais qui va jouer dans la procédure de Justinien un rôle beaucoup plus considérable. Ce libellus s'appelle: "libellus conventionis". Son but est d'obtenir de lui le permis de faire citer le défendeur. "Conventio" veut dire "citation".

Antériorité de ce procédé à Justinien.

A quelle époque apparaît la procédure par Libelle ? Au début du V° s. (P. Oxy. 1876 et s.). M. Collinet pensait qu'elle avait été généralisée par Zénon, vers 474-487; M. Steinwepter, qui avait critiqué tout l'ouvrage (2), le conteste. Voici la marche:

Examen du libelle par le magistrat.

Le magistrat examine la requête et prononce un véritable jugement par lequel il accorde ou il refuse le permis de citer le défendeur. S'il l'accorde, la citation est faite par un agent du magistrat, le Viator, puis plus tard: l'exsecutor, qui représente assez bien l'avoué et l'huissier d'aujourd'hui, à la fois, dit M. Cuq à propos du papyrus du Caire (67.032) avec le demandeur pour le représenter, pour suivre son affaire. En même temps qu'on cite le défendeur, on lui indique l'action que l'on intente. C'est l'Editio actionis qui se fait par la remise de la copie du libelle au défendeur. (Voir Ulpien, Dig. 2,13,1, I interpolé)

Citation par un agent public.

Délai d'ajournement.

Le délai d'ajournement, qui était de 10 jours avant la Novelle 53 de Justinien, est porté à 20 jours après cette Novelle. D'après certains auteurs, l'exsecutor peut amener, après ce délai, le défendeur, s'il

(1) V. P. Collinet, La Procéd. par libelle, 1932 (bon résumé dans Monier, t. I, p. 231-233).
(2) Z.S.S. t. LIV, 1934, p. 373 et suiv.

Source : BIU Cujas

résiste devant le magistrat: c'est unein jus vocatio nouvelle.

Réponse du défendeur: libellus contradictionis.

Le défendeur a le droit de répondre; il présente les arguments de sa défense dans un libelle qu'on appelle: "Le libellus contradictionis", libelle contradictoire, libelle de défense.

§ 4 - La procédure par rescrit (1).

Introduction de l'instance par un libelle adressé à l'Empereur qui désigne un juge pour statuer.

La procédure peut s'engager par la remise d'un libelle à l'Empereur "Libellus principi oblatus". Ce qui est particulier, c'est que l'Empereur désigne un juge qui va être appelé à juger. Ce peut être le juge ordinaire, le gouverneur de province; mais ce peut être un juge extraordinaire: (précédent de ce qu'on appellera dans l'ancienne France "les jugements par commissaires".

Si le juge est un juge ordinaire, le rescrit de l'empereur sera inscrit aux "acta", sur le registre du greffe; s'il s'agit d'un juge spécial, la procédure commencera par un acte qu'on appelle "postulatio deposita in judicio": l'exposé de la demande par un avocat. Puis le juge autorisera la citation du défendeur, ou il ne l'autorisera pas. S'il l'autorise, il y a conventio par un Viator - un appariteur. Le défendeur fournira sa réponse.

N.B.- Avant de décrire la procédure apud judicem, M. Collinet fait observer que quelques auteurs (MM. Boyé, Fliniaux, Giffard, Steinwenter) pensent que la requête au magistrat (libellus postulatio) était représentée aussi par l'acte nommé dans les textes postulatio simplex. M. Collinet (suivi par M. Monier) attribue à cet acte un autre rôle que l'on va voir.

Section II

Le Procès contradictoire (2)

§ I - Les actes du procès.

a) Vérification de l'identité des parties.

1°) Les auteurs ne disent jamais (et cependant il y a un texte formel à ce sujet) par quoi s'ouvre le procès: lorsque les deux parties sont réunies devant le magistrat assistées de leurs avocats, le procès s'ouvrira par la reconnaissance des qualités des parties (dem. ou déf. en personne ou leurs procureurs) (on le voit par les papyrus et une Constitution de

(1) V. P. Collinet, op. cit., p. 398 et s.
(2) V. L'ouvrage de M. P. Collinet (résumé par Monier, t. I, p. 233 et s.)

Source : BIU Cujas

382 (1). La plupart des auteurs disent: le procès commence par la "Narratio"; ensuite vient la "contradictio", et après se place la litis contestatio. (V. M. Girard, p. 1144); la narratio, c'est pour eux l'exposé des moyens de droit et de fait du demandeur, fait par l'avocat; la contradictio, c'est l'exposé des moyens de droit et de fait du défendeur par son avocat.

M. Collinet tire des textes ou des papyrus d'autres idées (contestées d'ailleurs par les auteurs cités qui défendent l'ancienne doctrine). Voici, pour lui, l'ordre des actes:

b) Litis contestatio.

2° - La litis contestatio ne se place pas après ces deux actes comme le prétend l'opinion traditionnelle venant de la Glose. Le texte de Justinien (Constitution de 530, au Code, 3,1,14,4) "Lorsqu'il y a eu litis contestatio, après la narratio proposée et la contradictio objectée, "cum lis fuerit contestata, post narrationem propositam et contradictionem objectam", ne définit pas la place de la l.c.; il y a là trois actes séparés et non pas apposition. La litis contestatio est antérieure à la narratio et à la contradictio, comme le déclare formellement un texte absolument opposé à l'opinion traditionnelle: au Code la Constitution de 202 (3,9,1).

Moment auquel se place la Litis Contestatio.

Elle dit que la litis contestatio se place au moment où le juge commence à entendre la cause par la Narratio negotii, par conséquent, ce n'est pas après la narratio proposée et après que la contradictio est objectée, c'est au moment où la partie ou son procureur commence l'exposé de l'affaire, par la fixation du point de fait.

Enfin, dans l'idée de M. Collinet, la litis contestatio n'a jamais changé de place. Elle était un peu avant le judicium dans la procédure ordinaire; dans la procédure extraordinaire, elle est au moment le plus voisin de son ancienne place, celui où le juge commence à entendre la Narratio. En tout cas, tous admettent qu'elle est un moment du procès et plus un acte.

La L.C. a perdu ses effets anciens.

La Litis Contestatio a perdu ses effets anciens: (C.J. 2,1,3):

1° - elle ne fixe plus les éléments du débat;

2° - son effet extinctif ne dure plus, depuis Justinien, qui par la célèbre Constitution 28, au Code (C. 8,40) a abrogé l'effet extinctif de la L.C. en cas de cautionnement et de solidarité;

3° - L'effet créateur de la L.C. n'a plus de raison de se produire puisque, dans la procédure extraordinaire la condamnation est une condamnation ad ipsam

(1) V. P. Collinet, op. cit, p. 176 et s.

Source : BIU Cujas

rem "droit à la chose" et qu'elle peut être exécutée manu militari;

4° - Ce n'est plus elle qui interrompt la prescription; c'est la citation.

Cela s'explique parce que la procédure extraordinaire n'a pas le caractère fondamental de la procédure ordinaire. C'est une procédure administrative, dit-on: M. Collinet dit "procédure d'autorité"; c'est la justice, c'est-à-dire l'Etat, qui intervient directement et le juge a la force nécessaire pour faire exécuter la condamnation. (Il n'y a plus de raisons de faire changer l'objet du droit).

Son seul effet: départ de la péremption d'instance.

La L.C. n'a qu'un seul effet: servir de point de départ à la péremption d instance, qui est de 3 ans sous Justinien (C.J. 3,1,13,1).

c) Narratio du demandeur.

3° - La narratio est purement et simplement l'exposé du point de fait par le demandeur (pap. de Berlin); car celui-ci, en général, ne saurait exposer le point de droit;

d) Contradictio du défendeur.

4° - La contradictio est l'exposé du point de fait par le défendeur; car celui-ci, en général, n'est pas un juriste.

Ces deux actes sont les antécédents des "positions" du droit canon et de la vieille procédure française.

e) Jusjurandum de calumnia.

5° - Après la l.c., la narratio et la contradictio, Justinien a obligé les parties à prêter le serment, de calomnie (et aussi les avocats): Constitution citée de 530: jusjurandum calumniae, serment par lequel on jure que l'on est sûr de son bon droit et qu'on ne fait pas le procès par esprit de chicane.

f) fourniture de la cautio judicio sisti.

6° - Ensuite, le défendeur doit fournir la cautio judicio sisti en toutes matières (1).

g) postulatio simplex (exposé de la question de droit par l'avocat du demandeur).

7° - Tous ces actes constituent encore des préparatifs: M. Collinet pense que c'est à eux que convient l'expression de la c. de 295 (Consult. V,7): "ordinatis actionibus". La même constit. déclare qu'alors le demandeur doit genus litis edere: c'est, selon M. Collinet, l'editio actionis judiciaire . Cette editio se fait, selon lui, par les soins de son avocat (car le plaideur ignore souvent le droit): c'est l'acte que plusieurs textes appellent: "la postulatio simplex" (Code,3,9,1). C'est l'acte le plus mystérieux de tout le Droit Romain; "postulatio simplex", cela veut dire "demande unilatérale" (en grec, monomerês entychia). Les auteurs qui se sont occupés de lui (dont il n'est pas question dans les Manuels) se sont imaginés que c'était la même chose que la requête, l'acte introduc-

(1) V. P. Collinet, op. cit., p. 145 et s.

Source : BIU Cujas

tif d'instance, M. Collinet, se fondant sur l'inscr. de Timgad (Girard, Textes, p. 183), ne peut l'admettre: a) le tarif des honoraires de l'avocat, d'après cette inscription est trop élevé pour qu'il s'agisse d'une requête; idem du tarif du greffier; b) la postulatio désigne parfois le libelle sans doute, mais on doit supposer que le plerumque fit correspond à la définition du postulare par Ulp. (Dig. 3,I,I,2): " desiderium suum vel amici sui in iure.... exponere": c) enfin la doctrine opposée ne peut expliquer l'adj. simplex, tandis que M. Collinet l'explique par le fait que la postulatio est unilatérale dans la procédure extraordinaire, tandis qu'elle était double dans la procédure ordinaire (Fr. Vat. II2).- En somme, pourlui et selon la définition d'Ulpien, la post. simplex est l'exposé par le demandeur ou, en fait, par son avocat de ses"conclusions " de droit (I).

h) contradictio (exposé du point de droit par l'avocat du défendeur).

8°-Les mêmes arguments conduisent M. Collinet à admettre qu'une seconde contradictio, distincte de la réponse du défendeur (vue plus haut), est présentée par le défendeur ou, en fait, par son avocat (cf. Dig. 3,I,I,2:".... vel alterius desiderio contradicere") pour faire valoir le point de droit, les "conclusions" du défendeur. En particulier, le tarif des honoraires dans l'inscription de Timgad est trop élevé pour qu'il s'agisse d'un libelle de réponse (en ce sens déjà M. Wlassak, cité par M. Collinet, op. cit. p. 252, n.I). Les moyens de droit invoqués dans la 2de contradictio sont des défenses au fond ou des exceptions (2).

i) res in judicium deducta.

9°- On arrive ainsi au moment où la"res "est "in iudicium deducta" après quoi, viennent les preuves.

j) Les preuves dans la cognitio extraordinaria.

IO° - Sur la question des preuves quelques modifications importantes se voient dans la procédure extraordinaire.

On peut toujours faire la preuve par titres (instrumenta) - par témoins, mais le juge peut employer les interrogationes à tout instant du procès (c'est ce qu'on appelle aujourd'hui, "un interrogatoire sur faits et articles"), de même, pour l'aveu, il s'est produit une transformation importante.

Généralisation de la règle "confessus pro judicato habetur". Remonte-t-elle à un rescrit de Marc Aurèle ?

Sous la procédure formulaire, l'aveu se faisait "in jure": confessio in jure", La règle "confessus pro judicato habetur" fonctionne, tout le monde le reconnaît, d'une façon beaucoup plus complète, dans la procédure extraordinaire que dans la procédure formulaire. Dans la procédure formulaire, elle ne fonctionnait que d'une façon relative : au contraire,dans la procédure extraordinaire, la règle est absolument

---

(I) V.P. Collinet op. cit. p. 24I et s.
(2) V. id. , p. 297 et s.

Source : BIU Cujas « Les Cours de Droit » 3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions Ecrites Reproduction Interdite U

générale : toutes les fois qu'un défendeur a fait "confessio" - aveu devant le juge il est tenu pour condamné "confessus pro judicato habetur"; d'autre part, l'aveu peut se produire à tout moment du procès. l'aveu équivaut à la condamnation.

Comment s'est faite cette généralisation ?

D'après Demelius et Girard, elle aurait été faite par un senatus-consulte de Marc-Aurèle,"l'Oratio Marci"visée par Ulpien dans le texte fondamental (Dig. 42,2,6,2). C'est ce texte qui a servi de base à la discussion pour la procédure ordinaire, qui servira de base ici - et qui a été l'objet de l'article de M. Giffard en réponse à l'article de M. Collinet. Il n'est pas douteux que la loi 6 ne contienne cette règle; il n'est pas douteux , d'autre part, que le texte fasse allusion non-seulement à toutes les actions mais à tous les interdits et donc que le texte ait été interpolé, qu'il ne révèle pas du tout l'état du droit au temps d'Ulpien, mais seulement l'état du droit de Justinien. Sur ces trois points, M. Collinet ne conteste pas la théorie la plus répandue. Mais est-ce à dire que ce soit l'Oratio Marci qui ait généralisé la règle "confessus pro judicato habetur" ? M. Collinet ne le croit pas : la généralisation des règles est une affaire de doctrine, ce n'est pas une affaire législative : jamais le législateur ne pose de règles : c'est la doctrine qui les crée. L'"Oratio Marci" avait en réalité un autre but : elle donnait au confessus un délai pour exécuter, et c'est ce délai que Justinien ou les interpolateurs ont généralisé.

Quant à la règle qui se trouve dans ce texte, elle est générale, c'est évident, mais elle n'a pas été introduite par l'Oratio, mais seulement par un compilateur à la suite d'une généralisation qui s'est faite dans la pratique sous l'influence de la nature nouvelle de la condamnation(c'est l'idée maîtresse de l'art. de M. Collinet).

§ II - Les jugements.

Différentes sortes de jugements.

Les jugements sont de plusieurs sortes comme déjà sous la procédure ordinaire.

Les jugements interlocutoires ou "avant faire droit" sont des jugements qui interviennent au cours du procès pour régler un incident ou pour préparer la solution définitive.

Jugements définitifs.

Le jugement définitif est le jugement de condamnation ou d'absolution du défendeur.

Pouvoirs absolus du juge;

Pour le prononcé du jugement, le juge de la procédure extraordinaire possède des pouvoirs beaucoup

Source : BIU Cujas

il peut prononcer une condamnation ad ipsam rem.

plus larges que n'en possède le judex unus - et c'est une des caractéristiques de la procédure extraordinaire. En effet, le judex unus était un arbitre et le juge, dans la procédure extraordinaire est, ou bien le magistrat lui-même ou bien son délégué (qu'on appelle à tort :juge-commissaire) ou bien le judex pedaneus. Tous les trois ont le même caractère : ce sont des agents publics, soit directement, soit par délégation, ils sont munis de pouvoirs publics.

Ainsi , comme on le voit dans un papyrus - quand un officier de cavalerie d'Egypte tranche dans des affaires au nom du gouverneur de l'Egypte, il agit en vertu d'une délégation; il est muni de pleins pouvoirs, comme le préfet lui-même.

Le juge n'est plus lié par une formule mais seulement par la loi. Généralisation de la règle "Omnia judicia sunt absolutoria".

Ces personnages ont tous des pouvoirs larges; ils ne sont liés que par la loi, ilsne sont plus liés par des formules. De là des conséquences juridiques encore existantes :

I°- "Omnia judicia absolutoria sunt" : "Toutes les instances sont absolutoires" - ce qui veut dire : Si le défendeur s'exécute au cours du procès, il est absous.

2°- Le juge peut condamner même le demandeur sur la demande reconventionnelle du défendeur.

La condamnation peut être prononcée contre le demandeur.

3°- Le juge peut modérer la condamnation dans le cas des exceptions dites minutoires. Sous la procédure formulaire, il n'y avait pas d'exceptions minutoires, et avec le système formulaire toutes les exceptions étaient absolutoires, c'est-à-dire que si le défendeur prouvait son exception, elle amenait son absolution, du fait que le demandeur n'avait pas tenu compte de ce qu'il devait au défendeur, si celui-ci opposait l'exception de dol, il était absous.

Exceptions minutoires.

Dans le système extraordinaire il y a des exceptions absolutoires et des exceptions minutoires: cette dernière introduit diminution de la condamnation pour le défendeur. Par exemple : en matière de compensation : le demandeur réclamait 200; le défendeur était créancier de I50 : il opposait l'exception de dol pour 50, - le juge condamnait à la différence, c'est-à-dire à 50 il faisait compensation pour les I50. A l'époque classique sous la procédure formulaire, il aurait absous le défendeur même s'il était créancier de I50 : (V. II° Année).

Atténuation des effets de la plus petitio.

4°- La plus petitio a changé d'effets en ce qui concerne la plus petitio re : quand le demandeur avait demandé une trop grande quantité , il était débouté sous la procédure formulaire : sous la procédure extraordinaire, il obtiendra une condamnation diminuée. Mais comme des frais supplémentaires ont été

Source : BIU Cujas

faits(parce qu'ils sont calculés proportionnellement au montant du litige) le demandeur devra les restituer au triple, pour le punir d'avoir trop demandé (Inst. 4 6, 33 et 24) (I). Mais il vaut mieux encore payer les sportulae au triple que de perdre son procès.

En ce qui concerne la plus petitio tempore, si le demandeur avait agi avant le temps, sous la Procédure Formulaire, il aurait perdu son procès; sous la Procédure extraordinaire, il ne le perd plus, mais on double le restant du délai à courir.

§ III - Contenu et prononcé de la sentence.

Droit pour le juge de condamner à la chose même.

Ici, tout a été transformé : la décision du juge a changé de nature, comme l'a montré M. Biondo Biondi, Studi Bonfante, vol. IV, p. 31 et s.. Sous la procédure formulaire elle était l'avis donné par le Judex unus le particulier arbitre, elle étaitle judicatum et la condamnation ne pouvait jamais être qu'une condamnation pécuniaire. Sous la procédure extraordinaire, la décision émanera du magistrat lui-même, qui est l'autorité vivante, soit d'un de ses délégués : elle est une vraie sententia de condamnation. De là, le principe des condamnations a changé : le juge condamne à la chose même ad ipsam rem autant que possible (Cela existe encore dans le Code Civil). Ainsi : lorsque le débiteur devra de l'argent ou un corps certain.

Cas où le juge doit condamner à de l'argent. Possibilité dans le droit de Justinien de condamner à une chose certaine au lieu de condamner à de l'argent.

Cependant Justinien, dans un passage important des Institutes (4,6,32) conseille aux juges de veiller toutes les fois que cela est possible à condamner non pas ad ipsam rem, mais à une certa pecunia ou à une certa res. Que veut-dire Justinien ? il prend surtout pour exemple l'incerta quantitas, une obligation incertaine; par exemple, l'obligation de livrer une marchandise à telle date (marché à terme); le juge devait estimer approximativement l'objet de l'obligation du défendeur et condamner ce personnage à "l'aestimatio". Ce qu'il y a de curieux c'est que Justinien conseille au juge de condamner non seulement à une certa pecunia mais encore à une certa res (aurei, solidi). Le juge pourra condamner ou bien à 100 sous d'or (on ne compte plus en sesterces au Bas-Empire), ou bien à tant de mesures de blé: c'est que la monnaie métallique est rare au Bas-Empire, et on la remplace par des équivalents en nature. Les sportulae des fonctionnaires sont payées soit en or, soit en boisseaux de blé (V. l'inscr. de Timgad) (2).

Prononcé de la sentence.

La sentence préparée s'appelle periculum; tandis que le procès s'était déroulé à huis-clos, la senten-

(1) v. P. Collinet op.cit. App. I.
(2) Cf. aussi P. Collinet, dans les Studi Perozzi.

Source : BIU Cujas

ce est lue publiquement par le juge même.

§ IV.- Exécution de la sentence.

En principe l'exécution n'a plus lieu contre la personne mais contre la chose.

En principe, il n'y a pas d'exécution sur la personne restée toujours possible sous la procédure formulaire. Cependant il a fallu plusieurs constitutions pour abolir la saisie de la personne parce que dans l'anarchie du Bas-Empire, cette saisie réapparaissait c'est en effet, à cette période que le système romain fait place au système franc : ce sont des phénomènes que l'on ne remarque pas assez.

Cependant en fait on voit renaître la contrainte par corps.

Ce qui est curieux à cet égard, c'est que les phénomènes de décomposition et de recomposition qui ont donné naissance au système féodal en Occident, se retrouvent même en Orient; en Egypte, par exemple, où il n'y a jamais eu d'invasion des barbares.

On voit donc renaître la contrainte par corps. On n'obéit plus aux Constitutions des empereurs défendant la justice privée et quand un débiteur ne paie pas sa dette, son créancier s'en empare illégalement.

De même il n'y avait plus de bonorum venditio : l'Edit du préteur était tombé en désuétude avec l'ordo, cela a été un recul énorme, on l'a dit.

La procédure extraordinaire a pratiqué 3 systèmes d'exécution en usage concurremment.

1°- Exécution en nature quand elle est possible. Possibilité dans certains cas de recourir à la manus militaris.

1°- L'exécution en nature:un individu était condamné à restituer le fonds Cornélien à Primus, et ne s'exécutait pas : on saisissait le fonds on l'expulsait le perdant et le propriétaire gagnant s'installait à sa place. Ce procédé est parfait; il a été appliqué par les Romains du Bas-Empire, comme le prouve le texte fameux du Digeste (6,I,68), sous le nom d'Ulpien qui admet la manus militaris contre celui qui ne défère pas à la condamnation du juge. Cette loi 68 est interpolée : la manus injectio n'était pas possible sous la procédure formulaire. Au contraire, au Bas-Empire, le juge,fonctionnaire public, peut requérir les hommes de police, la force armée, c'est ce qu'on appelle la manus militaris ; on en a des exemples dans les papyrus d'Egypte. Mais c'est un procédé qui n'est pas toujours possible.

2°- Exécution au moyen du pignus ex causa judicatum captum.

2°- Un deuxième procédé d'application assez rare, c'est le"pignus ex causa judicati captum": c'est une saisie de gage : la chose est vendue et le prix est remis au créancier.

3°- La procédure la plus pratique - qui correspond, d'un peu loin à la saisie moderne - c'est la "distractio bonorum" : la vente des biens. C'est une

Source : BIU Cujas

3°- Distractio bonorum : saisie en bloc des biens du débiteur suivie de vente au détail.

procédure qui (suivant Girard) viendrait du Droit public, mais que M. Collinet croit plutôt venir du droit provincial : cette procédure est une saisie en bloc et une vente en détail. Elle nécessite que les créanciers soient munis d'un titre exécutoire.

Le titre exécutoire le plus fréquent, c'est le jugement, mais il y a des titres qui ne sont pas des jugements et qui emportent exécution comme étant assimilés aux jugements. Ceci vient du vieux droit grec. Ces actes emportent exécution parée, c'est-à-dire "sont prêts à être exécutés, grâce à la clause "comme s'il y avait eu jugement". C'est le propre, aujourd'hui, des actes authentiques, Le créancier, donc muni d'un titre exécutoire, jugement ou titre emportant exécution "parée", peut saisir tout le patrimoine, même s'il a une toute petite créance. C'est la main-mise qui arrête les actes du débiteur saisi. Apprenant cela, les autres créanciers vont s'empresser de prendre jugement, à la suite de quoi, après les délais, il y aura vente des biens du saisi. Mais la différence fondamentale entre la bonorum venditio et la bonorum distractio, c'est que, dans cette dernière la vente se fait en détail. Le mot "distrahere" en effet, veut dire en latin "vendre en détail" : cette vente est faite par un curator, un syndic. Ce n'est pas la bonorum venditio, et ce n'est pas la saisie moderne. La source est d'origine grecque.

Nécessité pour y procéder d'un titre exécutoire.

§ V - Voies de recours : les Appels

Appellationes.

Possibilité de déférer la sentence à un juge supérieur.

L'appel "appellatio", a pour effet de suspendre l'application de la sentence. On remonte de juridiction en juridiction jusqu'à l'empereur.

Pour faire appel, il faut obtenir des "lettres demissoires" - ou apostoli (mot grec) .

Section III.

La procédure par défaut (I).

Signification du mot défaut.
Le défaut du défendeur : Eremodicium

Il y a "défaut" lorsque le défendeur ne comparaît pas; il y a également défaut du demandeur, mais le défaut du défendeur est d'ailleurs, le plus fréquent.

Il s'appelle en latin eremodicium - mot qui vient du grec "eremos" et "dikion" : c'est la "lis deserta" romaine : c'est le procès abandonné, le procès déserté. L'individu qui ne comparaît pas s'appel-

(I) V.P. Collinet op. cit , p. 375 et s.

Source : BIU Cujas

constitué par trois sommations mettant le défendeur en demeure.

le "contumax". Pour qu'il y ait contumace, voici les conditions:

I°- Le demandeur obtient du magistrat d'intervenir dans l'affaire et de faire sommer ce défendeur récalcitrant par l'un des procédés déjà vus: litteris edictis, denuntiationibus répétés trois fois, ou bien par une sommation unique : la denuntiatio ex auctoritate (P. Lips. 33; au 368)(Girard, textes, p. 9II - 9I6)disparue sous Justinien. Le défendeur ne comparaissant pas, le demandeur fait valoir son droit; le juge condamne ou absout le défendeur (on a cru autrefois que le défendeur était nécessairement condamné, c'est inexact). Le jugement n'est pas susceptible d'appel.

Le défaut du demandeur.

2°- Le défaut du demandeur a été réglé par Justinien (Lex properandum, code, 3,I,I3, nov. 53; nov. II2). Le défendeur attendra I0 jours après les 2 mois dans lesquels le demandeur devait faire litis contestatio, puis il le fera citer par trois édits et, après un an, il exposera ses défenses et le juge tranchera le procès.

Section IV.

La représentation en justice.

Transformation de la représentation en justice. Double courant auquel on a obéi.

La représentation en justice a subi une transformation profonde dans la procédure extraordinaire et surtout à partir du Bas-Empire (I). Il existait deux sortes de représentants dans la procédure ordinaire : les cognitores et les procuratores. On est arrivé seulement sous Justinien, ou un peu avant lui, à ne plus admettre qu'une seule catégorie de représentants : les procuratores.

Comment s'est fait le mouvement ? Les auteurs (Debray) ont imaginé un double mouvement convergent en suite duquel les cognitores et les procuratores auraient fusionné.

Ier mouvement : il concerne les cognitores.

I°- Obligation pour tout représentant de faire enregistrer son titre aux actes du procès.

La cognitore en droit classique était formaliste. Elle comportait des paroles solennelles en présence du magistrat. Une constitution de Gratien, 382, (Code Théodosien, 2,I2,3) ordonna que le juge demandât à tout individu "in principio quaestionis" au commencement de l'affaire, s'il agit, ou non, avec un mandat "mandato accepto": c'est ce qu'on a appelé plus haut l'interrogation du juge sur la qualité de la personne. Symmaque, qui écrivait ses "Lettres" peu de temps après cette Constitution (384 à 388), dit que cette Constitution doit s'interpréter comme exigeant que

(I) V.P. Collinet, op. cit. (Table);

Source : BIU Cujas

les représentants fassent enregistrer leur titre aux actes du procès, aussi bien les cognitores que les procuratores.

Constitution des cognitores apud acta comme les procuratores.

En pratique, les cognitores se constituent "apud acta" "au Greffe", absolument comme les procuratores. C'est ce qu'on voit, en effet, dans l'Interpretatio du Code Théodosien (texte visigothique de la fin du 5° siècle).

Elle donne (2,12,7) une définition du cognitor tout à fait inattendue si nous n'avions pas les lettres de Symmaque et qui contraste avec la définition de Gaius: "Cognitor est cui sine mandato causam suam agendam praesente judice litigator injungit": "On appelle cognitor la personne à qui, sans mandat un plaideur présent a confié sa cause à conduire, en présence du juge". Il n'y a pas de mandat, mais on arrive à un acte qui ressemble singulièrement au mandat, une constitution de cognitor, en présence du juge, au Greffe- apud acta; si bien que après le V° s. la cognitore s'est confondue avec la procuratelle, qui se faisait souvent apud acta.

Confusion de la cognitore et de la procuratelle.

Disparition de la cognitore dans le Droit de Justinien.

La conséquence a été la disparition de la cognitore dans la législation de Justinien, et dans le titre des Institutes qui est consacré aux représentants (4,11), il n'est pas question de la cognitore, pas plus que dans le Digeste et dans le Code. Mais, dans sa reconstitution, Lenel a retrouvé les cognitores facilement: on a effacé le mot "cognitor" pour le remplacer par "procurator".

Peut-être aussi que la cognitore ne s'était plus appliquée en Orient, et comme la législation de Justinien présente un caractère oriental tout-à-fait marqué, c'est peut-être la raison du remplacement de cognitor par procurator.

2° - Tendance de la procuratelle à absorber la cognitore.

2ème mouvement: La procuratelle va de son côté au-devant de la cognitore. On a déjà indiqué par avance les débuts de ce mouvement sous la procédure ordinaire. On a dit que le procurator praesentis, ayant un pouvoir certain, défini, ressemblait au cognitor.

La procuratelle se donnait très fréquemment apud acta, et c'est même une obligation dans la plupart des cas depuis la Constitution de 382. En conséquence, il y avait analogie avec la cognitore. Dans le Droit de Justinien on ne trouve plus que des procuratores.

Différentes sortes de procuratores dans le Droit de Justinien. Procurator absentis.

En matière de capacité, Justinien a abrogé l'incapacité des infâmes (Inst. 4,13,11).

Quant aux différentes sortes de procureurs que connaît le Droit de Justinien, en voici l'énumération d'après les Institutes (4,11) très complètes sur ce point - ce qui ferait supposer un remaniement par Justinien. Il faut distinguer: le procurator absentis et le procurator praesentis.

Source : BIU Cujas

I°- Le procurator absentis (par. 3 et 4) est un véritable gérant d'affaires. Il n'a pas de mandat. C'est l'individu qui se présente en justice pour autrui, en l'absence du dominus, de l'intéressé.

Procurator praesentis.

2°- Le procurator praesentis est constitué par une personne qui est là : il faut distinguer le procurator praesentis du côté du demandeur et celui du côté du défendeur.

A - Du côté du demandeur , deux sortes ; le procurator extra- judiciaire et le procurator judiciaire.

Procurator extra-judiciaire.

Le procureur extra-judiciaire était constitué par un mandat, un contrat qui se donne en dehors de la présence du juge. Ce mandat , on l'appelle en français "pouvoir" ou procuration. Il est insinué aux Acta (enregistré aux actes)(par. 3).

Procurator judiciaire.

Le procureur judiciaire est celui qui est constitué devant le juge. Il est moins fréquent que le procurator extra-judiciaire.

Cautions dues au cas de representation. Rareté du cautionnement en cas de représentation du demandeur.

B- Du côté du défendeur, c'est au contraire le procurator judiciaire qui est le plus fréquent parce que,le défendeur fournit la satisdatio judicatum solvi. Mais on trouve également le procureur extra-judiciaire,alors c'est ce procureur qui doit fournir la satisdatio, l'intéressé lui sert de fide-jussor, de cautio, (par. 4). Cela nous amène à la question des cautions.

Du côté du demandeur, le procurator absentis doit toujours fournir la cautio de rato, promesse avec fidejusseur aux termes de laquelle il s'engage à faire ratifier la décision par l'intéressé dès son retour.

En ce qui concerne le procurator praesentis pas de caution à fournir. Cette dispense de caution avait commencé dès avant Justinien et la doctrine générale admet même que le mouvement était achevé avant lui. M. Collinet le conteste et dit que les textes sont des textes interpolés au Bas-Empire. En tout cas, c'est la suite du mouvement qui a amené les procuratores praesentis à être dispensés de caution. En conséquence, il est certain qu'il n'y a plus de caution pour le procurator constitué au Greffe (apud acta), ni quand le "pouvoir" a été notifié à la personne, ni probablement pour le "pouvoir" (mandat) contenu dans le Libelle adressé au prince dans la procédure par rescrit.

Ainsi la fourniture d'une caution est extrêmement rare quand il s'agit du procureur du demandeur.

Pour le procurator du défendeur la cautio judicatum solvi est toujours due : mais elle a changé d'objet (les trois clauses étant in judicio permansurum, citiore usque ad finem perducturum, judicatum soluturum). Elle est due par le défendeur même s'il a délégué un procurator praesentis (Inst 4,11,4). Elle est due en cas de procurator absentis par celui-ci même (par. 5).

Source : BIU Cujas « Les Cours de Droit » 5, Place de la Sorbonne, 3 Répétitions Ecrites Reproduction Interdite U

TITRE III

LES VOIES DE DROIT ou VOIES PROCEDURALES.

Jusqu'ici on a parlé de la procédure en visant toujours la procédure de l'action. C'est que l'action est le moyen de procédure le plus fréquent, et le plus fort, c'est le moyen d'attaque. Le mot Actio, a-t-on dit déjà, a changé de sens avec les procédures. L'action de la Loi, était un ensemble d'actes aboutissant à l'instruction d'un procès, du moins dans la plupart des cas: le sens du mot "actio" sous la procédure formulaire et son sens sous la procédure de Justinien sont différents. Cela montre qu'il y a un rapport étroit entre la procédure et la voie de droit: la procédure, c'est la forme des voies de droit; les voies de droit, ce sont les moyens qui sont donnés à une personne pour faire valoir son droit.

Définition de voies de droit.

Les voies de droit sont assez nombreuses, assez compliquées. Pendant longtemps, l'action a été la seule; puis les préteurs ont créé des moyens de procédure autres que l'action.

Chapitre 1er : les actions.
Chapitre 2 : Les autres voies de droit.

Chapitre 1er

LES ACTIONS.

L'action est définie aux Inst. 4,6,pr.: "Jus persequendi judicio quod sibi debetur: le droit de poursuivre en justice ce qui vous est dû"; cf. Celsus, D.44,7,51, pr.

Nous n'avons à revenir ni sur l'origine de l'action, ni sur l'évolution du sens du mot, ni sur la procédure des Actions. Nous insisterons d'abord sur le rapport de l'action et du droit.

Grand nombre des actions depuis la procédure formulaire.

Les actions romaines, surtout à partir de la procédure formulaire, étaient extrêmement nombreuses, il y avait autant d'actions que de droits: énumérer les actions, c'est énumérer les droits: c'est un procédé romain que de prendre les choses par le côté sanctionnateur, qu'on oppose au droit ordonnateur ou

Source : BIU Cujas

Le droit ordonnateur et le droit sanctionnateur.

déterminateur. En Italie, on fait la même distinction, en d'autres termes: on distingue "le droit substantiel" qui est le droit déterminateur, et le "droit procédural" qui est le droit sanctionnateur.

Il est bien évident que droit et sanction ne font qu'un (sauf les obligations naturelles, pas de droit sans sanction); mais les peuples primitifs regardent la sanction du droit comme étant le droit même; ils ne regardent que "le droit en mouvement". Les peuples plus avancés considèrent, au contraire, le droit en soi indépendamment de sa sanction, sans négliger la sanction.

Importance attachée par le droit romain à la sanction du Droit.

Le Droit Romain, comme toutes les législations primitives, considère surtout le droit en mouvement: la sanction. Il ne comprend le droit que quand il est violé.

Les peuples modernes, au contraire, considèrent les droits au repos, presque jamais les sanctions, et dans l'exposé du Droit Civil, la sanction ne tient qu'une place infime.

Une question intéressante est de savoir quelle position Justinien avait prise entre le système ancien et le système moderne. Quand on s'occupe du Droit de Justinien (ce qui est très rare), on a une tendance à considérer que Justinien était déjà dans les idées modernes: M. Collinet est arrivé à une conclusion réservée à cet égard; d'une part, Justinien est beaucoup plus près du Droit moderne que du Droit Romain classique; c'est déjà un homme du Moyen Age, car la coupure entre l'antiquité et le Moyen Age s'est faite avant lui, au IV° siècle probablement. Mais, d'autre part, il faut convenir que Justinien ou ses Commissaires, avec les professeurs de Béryte, qui ont préparé la codification, selon M. Collinet, ont, en même temps accentué l'idée de sanction: il y a eu là un retour au système classique (tendance archaïsante de Justinien, objet de controverse entre certains modernes), on trouve beaucoup plus de sanctions dans le Droit de Justinien que dans le droit classique: et quantité de textes ont été interpolés pour y introduire des sanctions.

Donc; d'abord, sanctions très développées, puis les droits; puis retour sous Justinien aux sanctions, et finalement au Moyen Age, les droits triomphent et les sanctions prennent moins de place.

Le système anglais des "writs" (écrits) vient du Droit normand et, en définitive du Droit Romain par l'intermédiaire du droit canonique: c'est du droit de Justinien passé dans le droit normand (Lire les rapprochements très judicieux qui ont été faits par Paul

Source : BIU Cujas

Gide entre les actions romaines et les "writs" dans "La condition privée de la femme").

Formation du D.R. par le développement des sanctions.

Le développement du Droit romain s'est fait par le côté actions: autant d'actions que de droits; un Romain dira: "J'ai l'action en revendication", il ne dira pas "j'ai le droit de propriété". La doctrine juridique romaine s'est bâtie sur l'étude des formules et sur l'étude des actions: notre doctrine se base sur l'étude des droits et a pour but d'analyser les droits. Cela revient au même.

Nécessité pour les Romains de classer les actions.

A Rome, les actions étant très nombreuses, il a fallu les classer, certaines classifications dans les actions remontent très haut. D'autres, au contraire, ne viennent que de l'époque de la procédure formulaire (fin de la République) ou du commencement de l'Empire. D'autres enfin (telles les a. arbitraires) de Justinien.

Section I

Les classifications générales des actions.

I. Classifications générales.

Elles sont au nombre de quatre:

I° - (les actions pénales.
(les actions reipersécutoires,
(les actions mixtes.

(qu'on verra en application surtout en II° Année).

1°) Act. pénales, rei persécutoires, mixtes.

A. Actions pénales:

A. Act. pénales tendant à faire prononcer une poena en argent.

Ce sont celles qui ont pour objet une poena, c'est-à-dire une amende. Elles ont pour but d'infliger au défendeur coupable, une peine pécuniaire (ex. les actions furti).

B. Act. reipersécutoires tendant à faire entrer une valeur dans le patrimoine.

B. Actions reipersécutoires.

Ce sont des actions où l'on poursuit la Res, c'est-à-dire la chose elle-même ou sa valeur, ou bien, plus généralement, la mise d'une valeur dans le patrimoine du demandeur (ex. l'action en revendication, les condictiones).

C. Act. mixtes

C. Actions mixtes:

L'action mixte est à la fois rei-persécutoire, pour une part, pénale pour une autre part: ce sont des actions peu nombreuses (ex. l'a. legis Aquiliae).

II°- Actions perpétuelles ou temporaires.

(Les actions perpétuelles,
II° - (Les actions temporaires.

L'action civile est en principe per-

"Perpétuelles", cela veut dire qui peuvent être intentées toujours par le titulaire du droit ou par ses héritiers. Puis l'action perpétuelle a été ramenée à 40 ou 30 ans par une Loi sur la prescription extinctive des actions, de Théodose II en 424. En prin-

Source : BIU Cujas

pétuelle tandis que l'act. prétorienne ne dure ordinairement qu'un an.

cipe les actions civiles sont perpétuelles.

"Temporaires": Ce sont les actions prétoriennes qui ne durent qu'un an, durée primitive de la fonction du préteur. Il y a également des moyens de droit qui durent 5 ans, par ex. certaines Querelae. N'oublions pas qu'une fois intentées en justice (semel inclusae judicio), elles durent éternellement.

III°- Act. transmissibles ou non.

III° (les actions transmissibles ou intransmissibles.

"transmissibles", c'est la règle générale des actions reipersécutoires;

"intransmissibles", c'est la règle des actions pénales et des a. vindictam spirantes (p. ex. qu. inoff. test.) (On l'a vu à propos de l'hérédité). Une fois intentées, elles sont transmissibles.

IV°- Act. populaire ou non.

IV° (Les actions sont populaires ou non populaires.

"populaire", celle qui peut être intentée par "quivis ex populo" - par n'importe qui (1). Ces actions sont rares.

II - Classifications spéciales.

Section II

Les classifications spéciales.

Elles reposent tantôt sur le fond, tantôt sur la forme dans la procédure ordinaire et surtout formulaire.

1°) D'après le fond: Actions in rem et actions in personam. L'act. in rem c'est celle qui produit effet à l'égard de tous.

1ère classification, qui est basée sur le fond, c'est la classification très importante qui existe encore aujourd'hui, des actions en actions réelles et en actions personnelles, ou mieux en actiones in rem et actiones in personam. Elle vient du sacramentum, car la procédure du sacramentum in rem n'était pas la même que celle du sacramentum in personam. L'action in personam est apparue la première. Elle est dirigée contre la personne. Plus tard est apparue l'action in rem, dirigée contre la chose; en réalité, le droit de propriété est un droit relativement récent.

On dit souvent que l'action in rem est celle qui sanctionne le droit réel; l'action in personam est celle qui sanctionne le droit de créance (ou obligation); mais ce n'est exact qu'en partie. En effet, s'il

---

(1) Détails dans Girard, p. 1077, n. 3

Source : BIU Cujas

en était ainsi, l'action en pétition d'hérédité ne serait pas une action in rem, puisqu'elle ne sanctionne pas un droit réel; le droit héréditaire n'est ni un droit réel, ni un droit personnel. La classification en actions in rem et en actions in personam répond à autre chose: l'origine est dans les deux sacramenta: in rem et in personam; mais il ne suffit pas de dire cela; il faut savoir dans quels cas s'applique le sacramentum in rem et dans quels cas s'applique le sacramentum in personam. La meilleure explication est la suivante: L'action in rem (dérivant du sacramentum in rem) est une action dont les effets se produisent à l'égard de tous, à l'égard de la chose, par conséquent, à l'égard de toutes personnes erga omnes et pas seulement du défendeur (p. ex. la R.V.).

L'a in personam ne produit effet qu'à l'égard du défendeur.

L'action in personam, au contraire, ne produit ses effets, qu'à l'égard de la personne qui a été touchée par l'action, à l'égard du seul défendeur,- puisque l'action est dirigée contre sa personne.

On comprend ainsi que l'action en pétition d'hérédité soit une action in rem, que les praejudicia soient in rem; et même que l'action metus, l'action qui sanctionne la violence, soit in rem scripta.

Caractéristique de la formule in rem: pas de nom du défendeur dans l'intentio.

Les actions in rem, quant à la forme, se caractérisent extérieurement en ce sens que le nom du défendeur ne figure ni dans les paroles du sacramentum, ni dans l'intentio de la Formule. Ainsi, l'on dit "s'il apparaît que Titius soit propriétaire du fonds Cornélien..."- il n'est pas question du défendeur. L'action metus, qui est une action personnelle sanctionnant un délit, ne contient pas le nom du défendeur, et c'est pourquoi elle est "scripta in rem". Il y a là une difficulté si on n'a pas la clef; on pourrait se demander pourquoi une action personnelle est scripta in rem ?- c'est parce que "in rem" veut dire erga omnes - à l'égard de tous.

Nous avons, d'ailleurs, un criterium de comparaison très utile à signaler; en 2ème année, on verra deux sortes de pactes de remise d'une dette: quand le créancier fait remise de la dette, le pacte "de non petendo" est tantôt in rem, et tantôt in personam. Il est in rem si c'est un pacte absolu, radical, à l'égard de tous les débiteurs; il est in personam, s'il a trait à un seul des débiteurs, si on spécifie le nom d'une personne. Par conséquent, les actions in rem sont des actions absolues et les actions in personam sont des actions relatives.

Certaines actions in rem intéressantes sont les Actiones praejudiciales ou praejudicia.

Les praejudicia

Les praejudicia "in rem esse videntur" semblent

Source : BIU Cujas

tendant à faire trancher un point préalable dont on tirera la conséquence dans une autre action.

être des actions in rem (Inst. 4,6,13). Le praejudicium (action préjudicielle) est une action qui a pour objet de faire trancher une question de droit préalable, c'est-à-dire une question de droit dont on tirera les conséquences seulement plus tard.

Il existait deux sortes de praejudicia:

Praejudicia relatifs à l'état des personnes.

I°- Les praejudicia de statu, en matière d'état des personnes de libertate, de libertinitate de ingénuitate de partu adgnoscendo pour la filiation de l'enfant). Ces praejudicia sont antérieurs à une autre action parce que ce sont des questions qui doivent être réglées pour préparer la solution d'autres questions (P. ex. d'hérédité).

Exemple : le praejudicium de libertate. Il s'agit d'établir qu'un homme est libre. On conteste sa qualité d'homme libre. Celui-ci fera intervenir un "adsertor libertatis" qui soutiendra le procès en son nom, et le juge jugera la question de savoir s'il est libre ou s'il est esclave. S'il est libre, il peut acquérir l'hérédité pour lui, et il intentera la pétition d'hérédité.

Praejudicium relatif à la consistance de la dot.

2°- Pour savoir, par exemple, quelle est la consistance de la dot : (Gaius 4;42): la femme a droit à un praejudicium rei uxoriae s'il y a contestation sur le contenu de la dot. Une fois établie, elle pourra intenter l'actio rei uxoriae - en restitution de dot.

Particularité de la formule des praejudicia : pas de condemnatio.

Ces praejudicia, au point de vue de leur forme n'ont qu'une intentio (Gaius 4,44 et Inst. 4,6,9).

Rédaction in rem de tous les praejudicia.

Cette intentio de la formule est toujours conçue dans la forme interrogative : (sous-entendue de la question de savoir)"an Moevius liber esto" "Qu'un Tel soit juge de la question de savoir si Moevius est libre". Faute de condemnatio dans cette formule, le juge n'a ni à condamner ni à absoudre. Il ne prononce pas un jugement, il profère seulement une pronuntiatio : autrement dit, il fait une déclaration.

Classifications d'après la forme.

Les praejudicia sont tous conçus in rem, parce que les effets des praejudicia (quand une personne est reconnue libre, ou l'enfant reconnu né d'un Tel) s'opèrent erga omnes à l'égard de tous et non pas seulement à l'égard de la personne qui a intenté le procès. Ceci est très intéressant au point de vue de la définition des actions in rem et de leur différence avec les actions d'après la formule sont les plus nombreuses; elles se rattachent aux différentes parties de la formule.

Accroissement du nombre des actions par suite des créations du préteur et de la doctrine depuis la procédure formulaire.

Cela tient à ce que la civilisation romaine a fait des progrès sous Justinien malgré la disparition des formules, la plupart ont subsisté et d'autre ont été créées.

Les actions se sont développées à partir de la

Source : BIU Cujas

procédure formulaire d'abord parce que le préteur et les Ediles ont créé des actions, mais aussi parce que le Droit Civil, la jurisprudentia, la doctrine en ont créé beaucoup. Les jurisconsultes ont été obligés de faire des classifications qui ont passé dans Justinien (Inst. 4,6 au titre célèbre "De actionibus"). (I)

2°- Actions civiles et act. honoraires.

2ème classification : Actions civiles et actions honoraires.

On sait que le Droit honoraire a été créé par les préteurs et les édiles et qu'il tient une grande place dans le Droit Romain.

Postériorité des a. prétoriennes à l'introduction de la procédure formulaire.

Le magistrat romain, surtout, le préteur, qui a pour premier devoir d'appliquer la Loi, c'est-à-dire le Droit civil et qui à ce titre délivre ou contrôle les formules civiles, a également le pouvoir d'émettre des formules imaginées par lui: ces formules prétoriennes n'existent qu'à partir du moment où il a rendu des Edits, c'est-à-dire à partir de la procédure formulaire. (G. 4, 11). Les actions civiles sont donc les actions qui dérivent de la Loi des S.C., de la "coutume" (doctrine); les actions honoraires viennent de la jurisdictio du préteur ou des édiles; elles sont précédées d'un édit où le magistrat déclare "Dans tel cas, je donnerai une action, judicium dabo".

Il n'y a pas à insister sur les actions civiles à ce point de vue. Il faut distinguer dans les actions honoraires, les actions prétoriennes et les actions Ediliciennes qu'on verra plus loin.

A- Classification des A. prétoriennes en actions utiles et en a. in factum.

A - Les actions prétoriennes se divisent en deux grandes catégories: 1° - Les actions utiles, d'une part; 2° - les actions in factum, d'autre part.

1° - Les a. utiles . Le terme "action utile" s'oppose à "Action Directe" (d'où une classification en "actions directes" et "actions utiles"). Notons ici qu'"action directe" s'oppose aussi à "action contraire" (par ex. tutelle); (d'où encore une classification). On se rappelle qu'en matière de tutelle, par ex. on a parlé d'action utile et d'action directe; en parlant de la Publicienne, on a dit "c'est une action utile, tandis que la revendication, c'est une action directe. L'action directe, c'est l'action qui est donnée dans les cas normaux.

1°) L'A. utile est une action étendue par le préteur en dehors de son cas normal

L'action utile, c'est l'action qui est donnée, dans des cas anormaux, quand il manque une condition fondamentale de l'action directe: "utilitatis causa", et par extension. Elle a donc toujours un prototype civil. C'est toujours une a. in jus concepta.

---

(1) Nous n'avons pas encore l'étude qu'il faudrait sur les sources de ce titre De Actionibus.

Source : BIU Cujas

d'application en se fondant sur l'équité.

Les actions utiles reposent sur l'équité, tandis que l'action directe repose sur le jus et les Romains ont connu une opposition entre le jus et l'aequitas, comme les Anglais ont eu longtemps deux sortes de droit: le droit commun "common law" et le droit d'"equity", qui étaient jugés par des tribunaux différents.

Double forme des actions utiles:

Le droit d'équité est représenté à Rome par des actions utiles. Elles sont de deux sortes: les actions fictices et les actions à transposition de sujet, toutes deux exigeant une modification de la formule directe.

a) actions fictices supposant l'existence d'une condition du Droit Civil qui fait en réalité défaut.

a) - Les Actions Fictices.- On les connaît déjà: ce sont des formules ordinaires qui ont été modifiées à l'aide de l'insertion d'une fiction, d'une petite phrase très courte qui indique l'existence supposée d'une chose: la fiction est toujours une fiction de Droit Civil.

Ainsi l'action fictice-type, est la Publicienne où l'on feint que le possesseur de bonne foi a accompli l'usucapion: par conséquent, on lui donne l'action en revendication comme s'il avait accompli cette usucapion: "Si anno possedisset", "S'il avait possédé un an" - il serait propriétaire; on suppose qu'il a possédé un an : voilà l'action publicienne.

Il y avait également des fictions très curieuses: les fictions d'actions de la Loi. (Gaius, 4,10) - Gaius n'étudie pas les actions de la Loi directement, parce qu'elles n'existent plus de son temps, mais il les indique à propos de la fiction.

Cependant il n'y a pas de fiction pour la Condictio (G.4,33); c'est encore une énigme de savoir pourquoi. Ces fictions sont énumérées dans Gaius (4,34 et 38). Les actions fictices n'existent plus sous Justinien; le mot "fictice" ne se trouve plus dans la Compilation de Justinien.

b) Actions avec transposition de sujets portant un nom différent dans l'intentio et dans la condemnatio par exemple en cas de venditio bonorum et d'actio adjectitiae qualitatis.

b)- Les actions à transposition de sujets ou de noms.

Dans la formule de ces actions, un nom figure dans l'intentio et un autre dans la condemnatio : il y a transposition de sujets. D'abord le cas de la représentation judiciaire. Primus fait un procès. Il est le dominus litis, l'intéressé,et ne pouvant agir lui-même, il se fait représenter par Secundus, son procurator.

On a vu que l'actio judicati est donnée au procurator ou contre le procurator. En conséquence, il faut que la Formule subisse transposition de noms: elle dira, dans l'intentio, que le droit appartient à Primus "S'il apparaît que Primus était propriétaire

Source : BIU Cujas

du fonds Sempronien", et dans la condemnatio "que le juge condamne le défendeur envers Secundus, le procurator (le représentant de Primus)....": voilà la transposition.

Il y a également transposition de sujet dans les actions qui sont données contre le maître du fait de l'esclave ou du fils de famille: "actiones adjectitiae qualitatis". L'action indique le nom de l'alieni juris qui a contracté, dans la demonstratio et le nom du maître dans la condemnatio. "De ce que l'esclave Stichus a vendu telle chose au tiers, Juge, condamne le tiers envers le maître... (Gaius 4,86). Enfin, on en trouve pour le bon. emptor en cas de faillite d'un vivant (formule Rutilienne).

II°- Actions honoraires in factum fondées sur le fait. Toutes les A. in factum sont honoraires.

2° - Les actions in factum. Elles s'opposent aux a. in jus (d'où une nouvelle division des actions en actions in jus et en actions in factum).

Les actions in jus sont celles qui invoquent un droit. Les actions in factum sont celles qui sont fondées sur un fait, que le Droit Civil n'avait pas transformé en Droit, c'est-à-dire pas sanctionné; ce fait, le préteur le sanctionne.

Toutes les actions in factum sont donc honoraires; la plupart prétoriennes et deux Ediliciennes (v. plus loin).

Quant à l'action in factum civilis, en matière de contrats innomés, elle est le fruit d'une interpolation; c'est une création byzantine (V. II° année).

Les actions in factum ne comportent pas d'intentio, remplacée par un élément initial décrivant les faits, telle est l'idée de M. de Wisscher (sur Gaius, 4,46 et 60); mais cette idée est combattue (V. Monier, t. I, p. 212).

En tout cas le mot "oportere" manque dans leur début. On le comprend puisque ce mot veut dire "devoir". La rédaction de la Formule des Actions in factum et des actions in jus est très différente. On trouve deux excellents modèles côte à côte dans le § 47 du Commentaire 4 de Gaius. Gaius dit que l'action de dépôt a deux formules: la formule in factum et la formule in jus. Beaucoup d'autres sont dans le même cas. L'action in factum s'appuie sur le fait du dépôt ou mieux sur sa non-institution par le dol du défendeur, l'action in jus repose sur le droit, sur le dépôt-contrat.

B. Les deux a. édiliciennes.

B. Les actions Ediliciennes, au nombre de deux, sont in factum: c'est l'action redhibitoire - "action en rescision d'un achat"; et l'action "quanti minoris". "en diminution du prix d'achat",- lorsque l'acheteur

Source : BIU Cujas

découvre des vices cachés dans la chose vendue, l'esclave, les animaux, etc,...

Survivance de ces classifications sous Justinien malgré la disparition des formules.

Sous Justinien, il n'y avait plus de formules; elles ont disparu dans le courant du III° s. de l'ère chrétienne. Dès lors, il n'aurait pas dû y avoir de classification basée sur la formule.- On a vu une application de ce principe à l'égard des actions fictices: en effet, il n'en est plus question; mais toutes les autres subsistent. Il y a des actions utiles, et des actions in factum,- c'est une survivance et avant tout, une question de nom, la preuve est qu'un texte interpolé de Paul (Dig. 3,5,46,1) déclare que la distinction a. directa et a. utilis, sous le régime sans formules, est une "suptilitas supervacua".

3° - Actions in jus reposant sur le droit civil caractérisées par les mots "Ex Jure quiritium" ou "oportere" figurant dans l'intentio.

3ème classification: Actions in jus et a. in factum. Nous connaissons la nature des secondes; les a. in jus invoquent un droit, qui peut être un jus in re. (ainsi : dans la revendication l'intentio porte: "Si paret fundum Cornelianum A°A° ex jure quiritium esse") ou un jus in persona (obligation) (oportere) . Ainsi, dans l'actio Certae creditae pecuniae l'intentio est : "Si paret $N^m N^m$ (défendeur), A°A° (demandeur) centum dare oportere"; ou dans l'action de dépôt: "Quidquid dare facere oportet ex fide bona". "Tout ce que le défendeur devra faire ou donner en faveur du demandeur, d'après la bonne foi".

Ces exemples nous amènent à un autre classement.

4° - L'A. certaine est celle qui a un objet déterminé; l'A. incertaine a un objet indéterminé.

4ème classification: Les actions certaines et les actions incertaines.

On appelle action certaine celle qui a un objet déterminé, une certaine somme d'argent ou un corps certain (une alia certa res).

On appelle action incertaine celle qui n'a pas un objet déterminé, un incertum .

Exemples d'actions certaines.

Les actions certaines sont les plus anciennes. Elles sont in rem ou in personam. On citera: la revendication, la pétition d'hérédité, et, parmi les actions personnelles, l'action certae creditae pecuniae; l'action qui porte sur une certa res, la condictio certae rei ou triticaria, toutes actions civiles. Parmi les actions prétoriennes, les actions in factum sont toutes des actions certaines.

Intentio: "Si paret" (a. certaine) quidquid paret (incertaine).

Dans la procédure formulaire, il est facile de reconnaître une action certaine: l'intentio commence toujours par les deux mots: "Si paret"à quoi s'oppose "S.N.P.A., c'est une alternative: "s'il apparaît" que le défendeur doive 100.000 sesterces au demandeur, Juge, condamne; sinon, "si cela n'apparaît pas", Juge, absous le défendeur".

L'action incertaine se reconnaît également dans l'intentio. On y trouve les mots "Quidquid paret":

Source : BIU Cujas

"tout ce que" le défendeur doit faire ou donner au demandeur".

Les actions personnelles incertaines sont plus fréquentes que les a. in rem incertaines (p. ex. vindicatio incertae partis), se caractérisent en outre dans la procédure formulaire par le fait qu'elles ont une demonstratio ou une praescriptio Loco demonstrationis.

Demonstratio des actions personnelles incertaines.

La demonstratio, c'est le premier élément de la formule, c'est là où le magistrat indique la cause du droit; "Quod..."- "de ce que A.A. a vendu un esclave à N.N.": voilà la cause du droit, la formule de l'action empti continue "Quidquid paret, etc,... "

De ces formules, on trouve des modèles chez Gaius (4,47 etc,..)

Les actions incertaines sont de plusieurs catégories:

Différentes espèces d'actions incertaines de droit strict et de bonne foi.

1° - de bonne foi (très importantes) les "Judicia bonae fidei" (v. Infrà).

2° - de droit strict, par ex. l'action ex stipulatu incerta, qui sanctionne une stipulation incertaine; la condictio incerti (mais, très probablement, c'est une création byzantine). La condictio de l'incertum n'avait pas de formule spéciale, en tout cas, qu'elle fût précédée d'une praescriptio ou d'une demonstratio, c'est une opinion aujourd'hui abandonnée (Cuq, p. 856, n. 3, d'après Lenel); donc l'a. praescriptio verbis des Byzantins, sanction des contrats innomés, ne peut sortir d'elle (contra,Giffard, Précis, t. II).

La condemnatio des actions incertaines de droit strict comporte une taxatio (dumtaxat sestertium X milia condemna) (Gaius, 4,5I).

Date discutée des A. incertaines.

La question est encore discutée de savoir si elles ne sont pas toutes postérieures à l'introduction de la procédure formulaire, et s'il y en avait sous les actions de la Loi, parce que dans les procédures primitives, le juge doit être mis en présence d'un objet certain. Mais la tendance paraît en faveur de l'existence de l'a. ex stipulatu, sous les actions de la Loi (difficulté de son fonctionnement).

5° - La distinction des A. de droit strict ou de bonne foi ne s'applique qu'aux actions personnelles reipersécutoires.

5ème division: Actions de droit strict,
Actions de bonne foi,
Actions in aequum et bonum conceptae.

Cette classification n'est pas générale, car elle ne convient qu'aux actions civiles, personnelles et reipersécutoires.

D'autre part, les actions in aequum et bonum conceptae sont des actions prétoriennes.

Cette division très importante en droit romain, et dont on trouve surtout des applications à propos des

Source : BIU Cujas

obligations, se rattache aux pouvoirs du juge.

Importance de cette distinction au point de vue du pouvoir d'interprétation du juge.

Dans les actions de droit strict, le juge a des pouvoirs très étroits d'interprétation; il est obligé de suivre la formule à la lettre et surtout d'interpréter le plus étroitement possible le rapport qui unit les deux parties.

Ainsi, le juge est obligé de s'en tenir aux termes de la stipulation, même s'il s'aperçoit qu'elle n'a pas de cause, qu'elle est fondée sur un motif illégal, qu'elle a été obtenue par dol ou par violence: il est obligé de condamner le défendeur dans ces cas. L'idée d'équité est absolument étrangère aux actions de droit strict. (On verra en II° Année les modifications à ce régime rigoureux).

A. Enumération des A. de Droit strict.

A - les actions de droit strict se divisent en 2 catégories bien tranchées:

1° - Les condictiones.

1°- Condictiones. Caractère abstrait de la formule de condictio.

Ce sont des actions de droit strict qui se caractérisent par ceci que leur formule ne comporte pas l'indication de la cause: ce sont des actions abstraites. "S'il apparaît que le défendeur doive 100.000 sesterces au demandeur", voilà l'intentio.

En vertu de quoi le défendeur doit-il ? Est-ce en vertu d'une stipulation ? d'un contrat littéral ? Est-ce parce qu'il a volé le demandeur ? Est-ce parce qu'il s'est enrichi sans cause à son détriment ? - On ne le dit pas.

Il y a trois condictiones quand on se place au point de vue de leur objet et de la formule:

a) Condictio certae pecuniae.

a) L'action certae creditae pecuniae, qui porte sur une somme déterminée d'argent qui est due.

b) Condictio certae rei.

b) La condictio certae rei triticaria ou qui porte sur une certa res: un esclave, une maison, le fonds Cornélien.

c) Condictio incerti (byzantine).

c) La condictio incerti, dont il est très difficile de reconstituer la Formule (probablement parce qu'elle n'existait pas sous la procédure formulaire, comme on l'a dit).

2° - Les autres actions de droit strict sont des actions qui expriment leur cause. Il y en a trois:

a) A. ex-testamento.

a) L'Actio ex testamento, qui sanctionne le legs per damnationem, et sous Justinien, tous les legs.

b) A. ex stipulatu.

b) L'Actio ex stipulatu,- qui sanctionne la stipulation d'un incertum (la stipulation incertaine).

Ainsi, la promesse du tuteur de bien gérer,- la promesse d'un usufruitier de conserver la chose et de la restituer; ces satisdationes sont incertaines.

c) A. judicati.

c) L'action judicati, en exécution d'un jugement sous la procédure formulaire.

Dans ces trois actions, on indique la cause; on

Source : BIU Cujas

indique que le défendeur doit au demandeur "en vertu de".

B- Actions de bonne foi (intentio ex fide bona). Le juge apprécie en se plaçant au point de vue de l'équité.

B - Les actions de bonne foi (judicia bonae fidei) datant de la procédure formulaire, sont celles dont l'intentio comporte (Gaius, 4,47): "Tout ce qu'il apparaît que le défendeur doive faire ou fournir au demandeur en vertu de la bonne foi: "ex fide bona". Elles ont toutes en tête une demonstratio, contenant la cause de l'obligation (par ex. vente).

Le juge se placera pour évaluer le procès sur un tout autre terrain que plus haut: sur le terrain de l'équité, il aura de larges pouvoirs d'interprétation; il considèrera l'intention des parties, les usages du commerce, les habitudes locales: tout cela n'est pas compris dans les termes du contrat; et, en conséquence le défendeur sera plus ou moins condamné qu'il l'aurait été dans une action de droit strict.

Il tient compte du dol du défendeur et de la compensation.

Le juge tiendra compte aussi du dol du demandeur des manoeuvres frauduleuses commises par le demandeur contre le défendeur, sans qu'il soit nécessaire au défendeur de faire insérer l'exception de dol qui le protège. Enfin, il tiendra compte aussi de la compensation: si le défendeur débiteur est en même temps créancier, il y aura compensation.

Quelles sont les actions de bonne foi ?

On en possède trois listes: 1°) celle de Quintus Mucius Scaevola (Cic., de off. 3,17,70); 2°) celle de Gaius (4,62) (incomplète); 3°) celle de Justinien (Inst. 4,6,28) (Girard, p. 1082, n. 7); Justinien a ajouté à la liste (§ 29) la pétition d'hérédité et l'a. ex stipulatu en restitution de dot. (Pour les détails, V. II° année).- Leur origine est encore très discutée.

C- Actions prétoriennes in factum conçues in aequum et bonum.

C - Quant aux actions in aequum et bonum conceptae, ce sont des actions pénales prétoriennes, où le juge a le maximum de pouvoirs. Ces actions sont fondées sur l'équité et sur l'honnêteté; le juge tient compte de tous les éléments possibles de la cause. Le type de ces actions, d'après les auteurs, c'est l'action rei uxoriae qui est donnée à la femme en restitution de sa dot, ou l'action d'injures.

6° division; actions noxales ou non (en cas de délit d'une personne en puissance).

La 6ème Division comprend les Actions noxales et les actions non noxales. Cette division se réfère à la condemnatio. La condemnatio des formules noxales prescrit au juge de condamner le défendeur ou bien à faire abandon noxal, c'est-à-dire à livrer le coupable (animal, alieni juris) à la victime; ou bien à réparer le dommage. "Aut noxiam sarcire aut in noxam dedere oportere". (V. II° année).

7ème Division: La plupart des actions sont

Source : BIU Cujas

7° Division: Actions au simple ou tendant à obtenir un multiple (à titre de peine).

"au simple" mais il y a également des actions à "un multiple". Bien des actions pénales sont au double, au triple, au quadruple, et la poena consiste précisément dans le multiple. L'unité, c'est la réparation du dommage. Or, il ne se répare qu'une fois. Si c'est une action pénale, le multiple représente la peine. (ex. les actions furti).

8° - Actions qui croissent au double en cas de dénégation (animus manus injectiones).

8ème Division: Actions qui croissent au double contre celui qui nie, c'est-à-dire contre le défendeur qui perd le procès (lis infitiando crescit in duplum): l'action judicati; l'action depensi, donnée à la caution pour se faire rembourser par le débiteur principal; l'actic legis Aquiliae, en cas de dommage commis sans droit; enfin, l'action ex testamento, qui résulte du legs per damnationem certain (Gaius 4,9,171); Paul Sent. 1,19,1, ajoute l'action de modo agri, quand l'acheteur est trompé sur la contenance du champ). On a enseigné longtemps (Girard, p. 1084, n. 4) que le double venait de ce que ces actions s'intentaient d'abord par manus injectio et représentait la peine prononcée contre le vindex qui était intervenu à tort. M. J. Paoli (1) a démontré que les deux premières seules s'intentaient par manus injectio,- que la damnatio des deux autres n'ouvrait pas la m.i.,- que la règle lis infitiando s'est introduite seulement dans l'a. leg. Aquil. qui était au simple au cas de confessio,- enfin que le groupe n'a été constitué que sous la procédure formulaire par extension du régime de cette action qui, encore dans le Droit postclassique, en reste le type.

9°- Actions divisoires.

9° division: Les trois actions divisoires, vues à propos de l'adjudicatio (V. Suprà).

10°- Actions arbitraires.

10° division: Les actions arbitraires ont été vues aussi plus haut.

Chapitre II

LES AUTRES VOIES DE DROIT.

Caractère prétorien, des voies de droit autres que les actions. La défense moyen de droit civil.

Ce sont toutes des voies honoraires, et principalement prétoriennes. L'ancien droit ne connaissait qu'un moyen d'attaque (l'action) et un moyen de résistance, (la défense au fond, la négation directe du droit du demandeur). Le droit prétorien a créé des voies procédurales assez nombreuses. On les classe en voies qui s'appuient sur l'imperium du magistrat (pouvoir de police) et voies qui s'appuient sur sa juris-

(1) V. J. Paoli, thèse Paris, 1933.

Source : BIU Cujas

Classification des voies de droit suivant qu'elles reposent sur l'imperium ou sur la Jurisdictio du magistrat.

dictio,(pouvoir reconnu aux "magistrats judiciaires", d'organiser l'instance).

D'après Girard, les voies tirées de l'imperium sont: L'interdit, la stipulation prétorienne et la missio in possessionem; les voies tirées de la jurisdictio sont: l'exceptio, la praescriptio, la restitutio in integrum. Ces voies sont postérieures à la création de la procédure formulaire, sauf peut-être l'interdit.

Section I

Les praescriptiones.

Les Praescriptiones.

Comme l'indique l'étymologie, les praescriptiones sont des clauses placées en tête de la formule et qui contiennent toujours la réserve d'un droit, soit en faveur du demandeur (praescriptiones pro actore), soit en faveur du défendeur (praescriptiones pro reo).

1°- praescriptiones pro actore permettant au demandeur d'insérer une réserve dans le droit qu'il fait valoir.

1° - Praescr. pro actore.- Le demandeur a parfois besoin de faire des réserves pour l'avenir, pour limiter l'effet de son action. L'effet de l'action est absolu; il épuise tout le droit d'un seul coup; le Droit Romain, comme tous les droits primitifs, ne connaît pas les nuances, il va droit au but. Le demandeur a une action pour un droit.

Le prêteur a jugé nécessaire d'admettre dans certaines formules, des réserves. Ceci lui avait été inspiré par la pratique. La réserve s'exprime généralement par les mots: "Ea res agatur" "qu'il s'agisse de ceci". En conséquence, le droit est épuisé "pour ceci" et il n'est pas épuisé pour le reste. Par conséquent, il y a division de l'action et tel fait étant jugé, on pourra recommencer pour tel autre (Gaius 4,131 et 131 B).

Praescriptio ab actore jouant le rôle de demonstratio.

Parfois la praescriptio pro actore remplace seulement une demonstratio, ainsi dans l'action ex stipulatu (Gaius, 4,136). D'autres fois, la praescriptio sert à exprimer la qualité de celui qui agit (Gaius, 4,135).

Les praescriptiones pro actore ont disparu sous Justinien. C'est un fait qu'on ne note pas toujours; rien ne correspond plus aux Instit. de Just. à ce que dit Gaius (4,130 à 135).

2°- praescriptiones a reo permettant au défendeur de poursuivre son droit.

2° - Les praescriptiones pro reo sont données en faveur du défendeur pour lui permettre de poursuivre son droit. Pendant longtemps, on a donné comme exemple caractéristique de la praescriptio pro reo, la praescriptio longi temporis. Il est démontré aujourd'hui que la praescriptio longi temporis n'est pas une vraie

Source : BIU Cujas

praescriptio (v. plus haut). On trouve dans Gaius, 4,133, un exemple de praescriptio pro reo, très pratique et qui se référait à la matière de l'hérédité. Dans une action intentée contre Q^us, celui-ci défendeur faisait insérer une clause de réserve pour dire: "quelle que soit la solution de la question actuelle, cela ne constituera pas un préjugé sur la question d'hérédité". Il se réservait la question d'hérédité: c'est la praescriptio "ne praejudicium hereditati fiat". La question de savoir s'il est héritier est réservée; grâce à cette clause, elle viendra en discussion plus tard; et même si Secundus était condamné sur le premier procès, la question sera reprise plus tard (Gaius 4,133): "ea res agatur".

Exemple en matière de pétition d'hérédité pour empêcher qu'il ne soit fait un préjugé à la question d'hérédité par une action particulière.

Les praescriptiones sont antérieures aux exceptions et se sont transformées en exceptiones.

Les praescriptiones pro reo, dit Gaius, se sont transformées en exceptions; et, en effet, elles jouaient le même rôle que les exceptions. C'est pourquoi on retrouve dans les textes des exceptions qui s'appellent "praescriptiones". Ainsi, l'exception de chose jugée: exceptio rei judicatae vel in judicium deductae ou "praescriptio rei judicatae".

Différences entre les effets de la Praescriptio pro reo et de l'exceptio au point de vue de la déduction en justice.

Une différence cependant séparait les effets de la praescriptio pro reo et les effets de l'exception; dans la première, le juge n'avait même pas à absoudre le défendeur et s'il triomphait le juge se déclarait dessaisi et n'examinait pas la question de fond. Mais, en revanche, le demandeur n'épuisait pas son droit en justice et pouvait recommencer le procès.

L'exception produit des effets différents qu'on va voir.

Section II

Les exceptions.

§ I- Notion.

Exceptions. Importance de l'exception permettant au défendeur de paralyser le droit du demandeur.

Les exceptions sont extrêmement importantes en Droit Romain; on ne reviendra pas sur leurs variétés (exception simple, réplique, duplique, triplique).

L'exception est un moyen de défense prétorien qui est accordé au défendeur non pas pour contredire directement le demandeur comme la défense du droit civil, mais pour évoquer un fait de la cause contre le demandeur.

Exemples: Ex. de dol.

Les principales exceptions sont les suivantes:

L'exception de dol, qui s'appuie sur le dolus malus du demandeur et qui est la plus importante, (elle existe encore aujourd'hui), qui est fondée sur

"Les Cours de Droit" U Répétitions Écrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3 Reproduction interdite
Source : BIU Cujas

des manoeuvres frauduleuses, coupables que le demandeur a employées pour faire passer un acte au défendeur. On a trouvé déjà l'exception de dol à propos de la propriété. Elle a des variantes: l'exception pacti conventi, l'exception juris-jurandi, en matière de serment. Il faut citer aussi l'exception metus causa, qui est fondée sur la violence; l'exception de la Loi Cincia, en matière de donations; l'exception de la loi Plaetoria, ou Laetoria en matière de minorité de 25 ans; l'exception du Sénatus-consulte Velleien, pour protéger les femmes; l'exception du senatus-consulte Macédonien, pour protéger le fils de famille.

Ex. pacti conventi.

Ex. de la Loi Cincia, du S.C. Velleien.

Origine prétorienne de toutes les exceptions.

Toutes les exceptions sont d'origine prétorienne. Cependant Gaius, 4,118 dit: "Les exceptions viennent soit des lois, soit de la jurisprudence du préteur".- Comment dès lors peut-on soutenir que toutes les exceptions sont d'origine prétorienne ? Tout d'abord, les exceptions sont venues du préteur, parce qu'elles sont fondées sur les Edits: "Exceptionem dabo", disait le préteur, c'est-à-dire "je donnerai une exception pour combattre l'action"; aussi quand Gaius parle d'"exception civile", il ne faut pas entendre que cette exception est donnée par le droit civil, mais que c'est une exception donnée par le préteur sur la base du droit civil.

Mais certaines exceptions servent à sanctionner des règles posées par la Loi ou les S.C., d'autres sanctionnent des règles du préteur.

Ex. d'exception civile: Ex. de la Loi Cincia. Ex. du S.C. Macédonien ou Velleien.

Ainsi, celles qui s'appuient sur la loi: (exception legis Cinciae ou Laetoriae); celles qui s'appuient sur des Sénatus-consultes (Velleien ou Macédonien) (le Sénat invite le préteur à donner une exception, car à cette époque, il n'a pas lui-même conquis le pouvoir de faire le droit); enfin, celles organisées par les empereurs: Hadrien pour le bénéfice de division (sous-entendu de la poursuite entre les cautions; Marc-Aurèle pour l'exception de compensation).

Ex^on de division entre les cautions créées par Hadrien.

Par définition même, l'exception étant une défense, est conçue toujours, dit Gaius (4,119), sous une forme négative; elle se place à la suite de l'intentio du demandeur, tandis que la praescriptio se plaçait avant l'intentio, tout en tête de la formule. Voici l'exc. doli: "Si paret N^m N^m A°A° centum milia sestertium dare oportere, si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat". "Si en cette affaire rien n'a été fait par le dol du demandeur".

Forme négative de l'exception.

Pour condamner le défendeur, il faut donc:

1°) Que le demandeur ait prouvé son intentio, c'est-à-dire son bon droit;

2°) que le défendeur n'ait pas prouvé son exceptio, son bon droit à lui.

Conséquence de l'exception: le défendeur ne peut être condamné que si le préten-

Si le défendeur avait prouvé son exception, il serait absout.

Source : BIU Cujas

tion du demandeur est fondée et que si l'exception ne l'est pas.

L'exception doit être insérée dans la formule, et elle entraîne si elle est vérifiée l'absolution du défendeur.

Transformation de l'Ex. dans la procédure extraordinaire.

Divisions des exceptions.

A. Minutoires et absolutoires.

B. Péremptoires et dilatoires.

C. Exceptions réelles et personnelles.

D. Exceptions rei-cohaerentes et personae cohaerentes.

L'exception doit donc être: 1°) insérée dans la formule généralement dans la formule originaire par ex. dans l'action certae creditae pecuniae, quelquefois dans l'action judicati, (par ex. l'exception du sénatus-consulte Velleien).

2° - L'exception entraîne toujours à l'époque classique l'absolution du défendeur. Sous Justinien, au contraire, il y a des exceptions absolutoires et des exceptions minutoires. (V. Paul Dig. 44,1,22, interpolé).

Sous la procédure extraordinaire, l'exception n'a plus le même traitement; elle est opposée par le défendeur ou son avocat devant le juge dans la seconde contradictio (V. Suprà).

§ II - Divisions.

1° - Exceptions absolutoires et minutoires(déjà vues).

2° - Exceptions péremptoires ou dilatoires.

Une exception péremptoire est celle dont l'effet est de détruire absolument la demande.

Les exceptions péremptoires sont perpétuelles, par conséquent, elles peuvent être opposées à n'importe quel moment, ex. l'exception de dol.

Les exceptions dilatoires sont des exceptions qui ont pour objet d'obtenir un délai. Elles ont pour effet de faire différer le procès; ce sont donc des exceptions temporaires et il faut les invoquer au début du procès (Gaius, 4,120 à 122) Ex. un créancier a convenu avec son débiteur de lui demander la dette seulement dans un mois; s'il agit avant, le défendeur insère l'exception dilatoire.

3° - Exceptions tantôt réelles ou personnelles; mieux: in rem ou in personam.

Quand elles sont réelles (in rem), elles ont effet erga omnes (exc. metus) ; les exceptions personnelles (in personam) ne concernent qu'une personne et le nom du demandeur y figure (p. ex. exception de dol).

4° - Exceptions qui s'attachent à la chose, et qui sont invocables par tous les intéressés: exceptions rei cohaerentes (p. ex. l'exception de la Loi Cincia); et exceptions personae cohaerentes, qui sont invocables seulement par une personne (p. ex. exc. doli).

Source : BIU Cujas

Section III.

La restitutio in integrum.

§ I - Notion.

L'in integrum restitutio moyen prétorien de rescision d'un acte valable jure civili.

Un acte est passé valablement, cependant il lèse l'aliénateur, il lui porte préjudice. Le Droit civil ne donnait aucune espèce de moyen pour invoquer en justice cette lésion.

Les préteurs donnèrent dans des cas déterminés l'in integrum restitutio, qui "rescinde" l'acte valable. Il n'y a pas ici d'annulation, il y a rescision, "remise en état".

La rescision s'obtiendra par une procédure assez compliquée.

Délai très court dans lequel elle doit être demandée.

La restitutio in integrum doit être demandée au magistrat pendant un année utile, sous Justinien, 4 années continues. Elle est donnée comme moyen suprême "ultimum subsidium", par conséquent, toutes les fois que l'individu qui a subi le préjudice ne peut agir par une voie autre (action , exception, ou interdit).

Caractère subsidiaire de ce moyen.

Elle est donnée cognita causa.

Elle est toujours donnée "cognita causa" après instruction de l'affaire. Si les faits de la cause sont prouvés, le magistrat rescinde l'acte. Cela veut dire - et c'est assez délicat à comprendre - que le magistrat remet le demandeur dans l'état où il aurait été si l'acte n'avait pas passé; c'est la remise dans le statu quo ante.

Si l'on suppose un transfert de propriété qui est préjudiciable à Primus, le magistrat rescinde le transfert comme si Primus n'avait pas vendu. En Conséquence Secundus ne veut pas lui retransférer, Primus aura une action contre Secundus, l'action en revendication avec une formule prétorienne appropriée , une formule dite "rescisoire" ou le magistrat feindra que l'aliénation n'a pas eu lieu.

Le rescindant et le rescisoi- action fictice donnée par le préteur à la suite d'une I.I.R. Caractère négatif de la fiction.

Ce sont là toujours des actions fictices négatives, tandis que les actions fictices qu'on a vues jusqu'à présent étaient des actions fictices positives.

Il y a par conséquent deux procédures:

1°- La procédure où le demandeur obtient la rescision; c'est ce qu'on appelle le "rescindant".

2°- La procédure où il agit quand il a obtenu la rescision,où il intente par conséquent l'action fictice,c'est ce qu'on appelle le "rescisoire".

Sous Justinien plus de formule, donc plus de fiction.

Source : BIU Cujas

Quelquefois le magistrat donnera une exception à l'intéressé (p. exem. contre la R.V. du tiers ayant usucapé en mon absence) ou une réplique (P. ex. la dette du mineur était éteinte sur serment du débiteur. Le préteur lui donnera une réplique "comme si l'extinction de la dette n'avait pas eu lieu" contre l'exception de serment du débiteur.

La R.I.I. est accordée soit à un mineur soit à un majeur (dans certains cas).

§ II- Cas de restitutio in integrum

I°- L'in integrum restitutio du mineur de 25 ans : restitutio ob aetatem à cause de l'âge. Elle a été étendue au pupille.

2°- Les restitutiones in integrum des majeurs(I). Si un acte est intervenu qui porte préjudice à un absent: c'est la restitutio ob absentiam. Puis ob capitis deminutionem quand l'acte a été détruit par la capitis deminutio puis ob errorem (erreur), ob metum (violence), ob dolum (dol), ob fraudum (fraude).

Le délai dans lequel peut être intentée la restitutio in integrum part du jour où l'obstacle à la réclamation du préjudice est levé. Ainsi : de la majorité - du retour de l'absent, - du jour où l'erreur a cessé - du jour où la violence a cessé, etc... C'est en somme, la même théorie que la nullité relative en Droit français.

Deux passages des Inst. (4,6,5 et 6) sont difficiles à comprendre sans la restitutio in integrum : ils visent la Publicienne rescisoire et la Paulienne (V. II° Année).

Section IV.

Les stipulations honoraires.

Stipulations cautionales imposées par le préteur pour éviter qu'un préjudice ne se produise au détriment d'une personne.

On a déjà vu les stipulations prétoriennes en particulier : en matière d'usufruit, la cautio usufructuaria, la cautio de rato, la cautio legatorum et la cautio damni infecti. Elles sont imposées par le magistrat pour garantir les droits d'une personne.

Stipulations judiciaires et stipulations communes.

On trouve aussi les stipulationes judiciarae qui sont imposées par le juge comme la cautio judicatum solvi. Enfin les stipulationes communes, comme le vadimonium.

Moyens pour forcer à faire la stipulation

Si la contre partie ne veut pas promettre, par exemple si l'héritier ne veut pas promettre la cautio legatorum, le magistrat peut intervenir à l'aide de son imperium, il fera une saisie de gages sur le patrimoine du récalcitrant, (pignoris capio) ou bien

---

(I) Thèse de M. Charvet Strasbourg 1920.

Source : BIU Cujas

prétorienne.

il enverra l'intéressé en possession des biens du récalcitrant. Cela nous amène à la missio in possessionem.

Section V.

La missio in possessionem.

La Missio in possessionem. Elle peut porter sur un bien déterminé (damnum infectum).

C'est l'envoi en possession d'un bien déterminé d'une personne récalcitrante. Ainsi, un immeuble menaçait ruine, et le voisin menacé par cet immeuble croulant voudrait que le propriétaire réparât la maison. Celui-ci s'y refuse. C'est le "damnum infectum": le dommage menaçant.- Le magistrat va autoriser le voisin à entrer en possession de l'immeuble qui tombe en ruine.

Ou sur l'ensemble des biens d'une personne. (indefensio).

La plupart du temps, l'envoi en possession porte sur tous les biens :"missio in possessionem omnium bonorum". C'est le cas de l'indefensus, de l'individu qui ne veut pas se défendre comme il convient ; on saisit son patrimoine en bloc et on le vend. C'est aussi le cas de l'héritier qui refuse de donner caution au légataire.

Caractère généralement conservatoire et provisoire de la M.I.P.

La missio in possessionem est généralement conservatoire et, par conséquent, provisoire. Elle est parfois définitive; elle entraîne alors pour l'intéressé la concession de l'in bonis, de la propriété prétorienne; ainsi pour le bonorum emptor, pour le voisin dans le cas du damnum infectum.- Le droit de l'intéressé est sanctionné soit par des interdits, soit par des actions in factum.

Section VI

Les interdits.

Les interdits sont une matière extrêmement importante et compliquée du D.R. (autrefois on en parlait beaucoup, et on s'occupait même de la procédure des interdits. Aujourd'hui on passe plus vite).

On a déjà éclairé le sujet à propos des interdits possessoires; mais ils sont loin d'être tous les interdits.

Définition de l'interdit. Divisions de forme : Interdits restitutoires.

L'interdit est un ordre ou une défense du magistrat. 1°- Lorsque le magistrat a donné un ordre positif, on est en présence des interdits appelés "restitutoires" et "exhibitoires".

Les interdits sont "restitutoires" lorsque le magistrat s'adressant au défendeur a prononcé le mot "restituas" - par ex : l'interdit unde vi.

Exhibitoires.

Les interdits sont exhibitoires, quand il a pro-

Source : BIU Cujas

noncé le mot "exhibeas" : "Je t'ordonne d'exhiber..." p. ex. de homine libero exhibendo.

Prohibitoires.

2°- Lorsque le magistrat parle de façon négative c'est-à-dire quand il défend quelque chose , ils sont appelés "prohibitoires"; "Je défends que telle chose soit faite ". C'est le cas de l'interdit uti possidetis et de l'interdit utrubi.

Primaires et secondaires.

3°- L'interdit primaire est rendu sur une première demande (cas normal); l'interdictum secundarium est rendu après le prononcé d'un premier interdit dont le cours est entravé par la mauvaise volonté de celui qui ne fait pas les "cetera ex interdicto" (Gaius, 4, 170) par ex : dans l'interdit uti possidetis.

Distinction les I.au point de vue du fond: I. possessoires sacrés, publics privés.

Voilà pour la forme des interdits. Au fond, on distingue les interdits possessoires qui protègent la possession; les interdits sacrés, qui sont destinés à faire respecter les lieux sacrés; les interdits publics qui sont destinés à faire respecter les lieux publics; les interdits populaires, qui sont accessibles à tous; les interdits privés.

Perpétuels ou temporaires, transmissibles ou non. Interdits pétitoires et I. possessoires.

Il y a des interdits perpétuels et des interdits temporaires qui ne durent qu'un an; des interdits transmissibles aux héritiers (l'interdit unde vi) et des interdits intransmissibles : (l'interdit uti possidetis). Il y a des interdits pétitoires, c'est-à-dire qui engagent la question de fond, (par exemple, l'interdit quorum bonorum) et des interdits possessoires (dans un autre sens du mot), où la question de fond n'est pas engagée, qui sont des interdits préalables, préliminaires (les interdits exhibitoires, par exemple).

Distinction des interdits au point de vue de leur procédure en I. simples et I. doubles. procédure per sponsionem.

Enfin, au point de vue de leur procédure il y a des interdits simples, les plus nombreux, et des interdits doubles.

L'interdit simple est celui où se rencontrent un demandeur et un défendeur.- L'interdit double est celui où chaque partie joue le rôle de demandeur et de défendeur (l'interdit uti possidetis, et l'interdit utrubi).

La procédure des interdits doubles, per sponsionem rappelle le sacramentum in rem qui était double également. Elle est imitée de la procédure per sponsionem de l'action en revendication ou de la pétition d'hérédité, à moins que la procédure per sponsionem des interdits ne soit antérieure à la procédure per sponsionem des actions in rem.

procédure per formulam petitoriam.

Les interdits simples se traitent soit par la procédure per sponsionem très simplifiée, soit par la procédure per formulam petitoriam, la procédure ordinaire.

La procédure per sponsionem des interdits ne suppose pas nécessairement la procédure formulaire, (et on a soutenu que les interdits avec la procédure per

Source : BIU Cujas

sponsionem ont très bien pu exister sous les Actions de la Loi). L'affaire liée devant le magistrat est soumise à un juge (comme l'action). Sous Justinien plus de procédure spéciale de l'interdit : une actio utilis ex interdicto suffit (Inst. 4,15,8).

F I N

-:-:-

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

Cours terminé d'imprimer le 3 juin 1935.

Source : BIU Cujas