45859

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1930-1931

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

RÉPÉTITIONS ÉCRITES

DE

DROIT ROMAIN

rédigées d'après le Cours avec l'autorisation
exclusive et le contrôle

de

M. FLINIAUX

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

50

Première Année

134217

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

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

26 NOV 1931
DEPOT LEGAL
B.N. VOLUMES
Editeurs
A 11970

BIBLIOTHEQUE CUJAS
D 060 354164 7

Source : BIU Cujas



Source : BIU Cujas

INTRODUCTION

Il y a plus de 2.500 ans, en Italie, sur les bords du Tibre, une ville fut fondée qui s'appela Rome. Chacun sait quelles furent les destinées de cette cité qui devint la Ville par excellence, la Ville tout court, Urbs, et qui en arriva à dominer l'ensemble du monde connu, auquel fut donné le nom d'orbis romanus, le monde romain. Aux yeux du profane, le peuple romain apparaît surtout comme un peuple de conquérants, qui, à l'esprit guerrier, joignait le génie de l'organisation. C'est qu'en effet, dans le domaine de presque toutes les productions intellectuelles, qu'il s'agisse de l'art, de la philosophie, et même de la littérature, Rome se révèla manquant d'originalité, vivant presque entièrement d'emprunts faits à la Grèce.

Le droit création originale du génie romain.

Le Droit seul fait exception . Le Droit, peut-on affirmer sans crainte d'être contredit, constitue une création vraiment originale du génie romain, un produit spontané et pur de la race.

Veut-on sur ce point des témoignages faisant autorité ? Voici celui d'un Français et celui d'un Allemand.

Le Français est Paul GIDE qui a écrit dans son beau livre, La condition privée de la femme, page 89: " Ce n'est pas dans les productions de la littérature et des arts qu'apparaît le contraste entre le génie latin et le génie hellénique. Dans les arts comme dans les lettres, Rome est disciple et fille d'Athènes. La création vraiment originale de Rome, l'oeuvre qui lui appartient en propre, c'est son Droit".

L'Allemand est de Jhering. Nous lisons dans son Esprit du droit romain, Traduction Meulenaere, I, page

Source : BIU Cujas

424: " Pour les Romains, le Droit était ce que furent la religion pour le peuple hébreux, l'art pour le peuple grec: un objet d'orgueil national vis-à-vis de tous les peuples étrangers, la supériorité dont ils étaient les plus certains."

Ainsi donc, le peuple romain fut avant tout un peuple de juristes, c'est-à-dire, de gens versés dans la science et la pratique du Droit.

Mais qu'est-ce que le Droit?

Définition du Droit.

Voici, parmi toutes les définitions qui ont été proposées, celle qui me paraît la meilleure:

Le Droit est l'ensemble des règles qui gouvernent les rapports des hommes vivant en société et qui sont rendues obligatoires au moyen de sanctions positives.

Arrêtons-nous sur cette définition, pour dégager les éléments essentiels qui la composent.

I° - Le Droit apparaît partout où existe un groupement humain, une société.

D'où il résulte:

a)- qu'il n'y a pas de Droit possible pour l'individu isolé (Robinson dans son île).

b)- que le Droit apparaît antérieurement à un Etat organisé comportant législateur et juge, (M. Fliniaux repousse la doctrine allemande du XIX° siècle, dite de la Herrschaft, suivant laquelle l' Etat est le créateur exclusif du Droit).

2° - Les règles du droit sont rendues obligatoires au moyen de sanctions positives.

Le Droit et la morale.

C'est par là que le Droit se distingue de la morale. La morale est l'ensemble des règles de conduite qui s'imposent à l'homme. Il y a donc une ressemblance indéniable entre la morale et le Droit, puisque tous deux édictent des règles de conduite qui sont obligatoires.

Différence quant à la sanction.

Mais le caractère obligatoire n'a pas le même effet, suivant qu'il s'agit de règles de droit ou de morale. La loi morale est imposée par la conscience, et sa sanction est d'ordre psychologique, le remords, ou d'ordre surnaturel, châtiments divins pendant la vie et surtout après la mort, pour tous ceux qui croient à la survie de l'âme.

Au contraire, le Droit comporte une sanction positive d'ordre social, laquelle en principe résultera de l'intervention de l'Etat (peines pécuniaires ou corporelles), mais qui peut très bien ne pas résulter de l'intervention de l'Etat, ainsi la réprobation de l'opinion publique, quand elle est générale et marquée (précision

Source : BIU Cujas

nécessaire en ce qui concerne le droit international public dont c'est là encore aujourd'hui la sanction presque exclusive).

Leurs domaines respectifs.

Insistons maintenant sur les domaines respectifs du Droit et de la morale. La sphère d'action de la morale est beaucoup plus étendue que celle du Droit. En effet, en plus des devoirs envers ses semblables, la morale propose à l'homme des devoirs envers lui-même. Le Droit, lui, ne comprend que des règles de conduite qui gouvernent l'activité sociale, c'est-à-dire les rapports des hommes entre eux.

Mais en ce qui touche les rapports sociaux, il ne faudrait pas croire qu'il y ait concordance absolue entre le Droit et la morale. Cela apparaît aux deux points de vue suivants:

1° - D'une part, une règle de morale n'est pas toujours une règle de droit. Sans doute, à mesure qu'on avance dans le temps, on voit le Droit sanctionner des préceptes nouveaux ne relevant jusque là que de la morale. Par exemple le précepte moral suivant lequel on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui, a donné naissance à la règle juridique de l'enrichissement sans cause. Mais encore aujourd'hui le domaine du Droit est loin d'avoir recouvert entièrement celui de la morale. Ex. de règle de morale qui n'est pas encore devenue une règle de droit: obligation de secourir ses semblables suivant ses facultés. Ex. de règle de morale près d'être sanctionnée par le Droit: le devoir de reconnaissance. Proposition de loi votée par la Chambre des députés le 17 Novembre 1927, obligeant le propriétaire d'un objet perdu à récompenser la personne qui viendrait à le rapporter après l'avoir trouvé.

2° - D'autre part, à l'inverse, une règle de droit n'est pas toujours une règle de morale. En effet, il y a des choses permises par le Droit et condamnées par la morale. Il peut en être ainsi quand l'exige le bon fonctionnement de la vie sociale. Par exemple, l'institution de la prescription. On devient propriétaire d'un immeuble quand on l'a possédé pendant un certain temps, alors qu'on sait pertinemment qu'on n'a aucun droit sur cet immeuble, quand on est ce qu'on appelle de mauvaise foi.

Sur la définition du Droit et les rapports du Droit et de la morale, consulter en dernier lieu: Louis Le Fur, professeur à la Faculté de droit de Paris, Essai d'une définition synthétique du Droit. (Revue de synthèse historique, 1930, p. 5 et suivantes.)

Le Droit forme un tout complexe.

Nous n'avons pas l'intention de passer à cette place en revue toutes les grandes divisions du Droit.

Source : BIU Cujas

Distinction du droit privé et du droit public.

Tenons-nous en simplement à la division du Droit quant à son objet. A ce point de vue, le Droit se divise en deux branches principales. On distingue le droit privé et le droit public.

1° - Le droit privé embrasse les rapports des individus en se plaçant sur le terrain de leurs intérêts personnels. Il règle les actes des hommes poursuivant dans leurs relations mutuelles la satisfaction de leurs besoins personnels. Citons comme droits de droit privé, le droit de propriété, le droit des contrats et le droit de la famille.

Le droit privé comprend des droits spécialisés: le droit civil, et le droit commercial, qui sera étudié en troisième année.

2° - Le droit public embrasse les règles qui régissent les rapports de l'individu avec le groupe social auquel il appartient, l'Etat, la commune, etc.... et aussi les rapports des Etats entre eux. Le droit public comprend comme droits spécialisés: le droit constitutionnel, étudié en première année, le droit administratif, et le droit criminel, qui seront étudiés en seconde année, le droit international public qui est au programme de la troisième année.

L'élaboration du droit.

Le droit, dont nous venons de donner une idée d'ensemble, comment s'élabore-t-il, se forme-t-il?

Nous rencontrons sur ce point deux conceptions qui s'opposent nettement l'une à l'autre.

La conception rationaliste du droit.

Une première conception, qu'on a appelée la conception rationaliste du droit. Le droit, d'après cette conception, est une création du raisonnement de l'homme. Le droit est un pur produit de la volonté, de la pensée humaine. L'homme peut donc, par les seules ressources de sa raison, créer un droit idéal, à la fois immuable et parfait, qu'on appelle le droit naturel, droit dont le législateur doit, dans les prescriptions positives qu'il édicte, et qu'on appelle le droit positif, s'approcher le plus.

Cette conception a été mise en lumière par les philosophes et les jurisconsultes du XVIIème siècle, qui forment une école comptant des représentants dans les divers pays, et qu'on désigne sous le nom d'école du droit de la nature et des gens. Ses principaux représentants sont : en Hollande, Grotius, fondateur du droit international public; en Suède, Puffendorf; en Angleterre, Locke; en France, Domat. Cette conception fut reprise par les philosophes du XVIIIème siècle (Rousseau).

Ses représentants.

A cette conception rationaliste du droit s'oppose l'autre conception, que nous appellerons la concep-

Source : BIU Cujas

La conception historique du droit.

tion historique du droit. Le droit, dans cette conception, est le produit du milieu social, et non du raisonnement. Le droit naît et se transforme sous l'action de facteurs politiques, économiques, moraux. "En tous pays, comme l'a écrit Jhering, le droit naît et grandit comme un végétal". En effet, le droit est, lui aussi, soumis à la grande loi universelle de l'évolution. Il est dans un état de perpétuel devenir.

Cette conception apparaît déjà au XVIIIème siècle chez Montesquieu, qui dans son Esprit des lois, s'est attaché à prouver que "les hommes ne sont pas uniquement conduits par leur fantaisie", que les lois qu'ils font leur sont dictées par "un ensemble de circonstances, qui en expliquent l'infinie variété, comme le physique du pays, sa situation, sa grandeur, le genre de vie de ses habitants, leur religion, leurs inclinations, leur commerce, leurs moeurs." (Esprit des lois, préface et livre I, chap. 3).

Cette conception s'est affirmée avec force au début du XIXème siècle, avec l'école historique du droit

L'école historique du droit.

Le chef de cette école est l'Allemand de Savigny auteur du "Système de droit romain". Son nom bien français s'explique par ses origines. Il était descendant d'une noble famille lorraine.

A l'école historique du droit se rattache aussi Jhering, auteur de "Esprit du droit romain". L'école historique, née en Allemagne, n'a pas tardé à avoir des adhérents dans tous les pays. Elle compte notamment en France de nombreux représentants, parmi lesquels, - pour ne parler que des morts - nous citerons au premier plan, Paul Frédéric GIRARD, qui fut professeur à la Faculté de droit de Paris.

De ces idées générales, passons au droit romain.

Utilité de l'étude du droit romain.

L'utilité de l'étude et de l'enseignement du droit romain, reconnaissons-le franchement, a été contestée et est encore aujourd'hui contestée. Disons-le ouvertement, le droit romain a mauvaise presse. Pourquoi, a-t-on dit, étudier en plein XXème siècle un droit mort, ou presque mort, car le droit romain n'est plus appliqué aujourd'hui dans le monde entier, comme législation positive, qu'en Ecosse et dans l'Afrique du Sud? D'autre part si l'on veut à tout prix étudier un droit mort, pourquoi étudier plutôt le droit romain? Il y a eu d'autres droits dans l'antiquité. Pourquoi choisir le droit romain dans l'ensemble des droits du monde antique? Pourquoi n'avoir pas choisi plutôt le droit égyptien, qui remonte au 3° millénaire avant J.C., et qui est aujourd'hui connu de nous par de nombreux travaux

Source : BIU Cujas

scientifiques, notamment en France par les grands travaux de Révillout ? Ou le droit babylonien, dont on a retrouvé il n'y a pas très longtemps un Code, le fameux code d'Hammourabi promulgué vers 2.000 ans avant J.C., ou le droit hittite (Code hittite vers I350 avant J.C.) qui tous les deux ont fait aussi l'objet de travaux scientifiques, notamment en France, ceux de Mr. Cuq? Pourquoi n'avoir pas porté son choix sur le droit grec? Les lois de Lycurgue remontent au IX° siècle avant J.C. la loi de Solon, au VI° siècle, la loi de Gortyne au V° siècle, et le droit grec a été étudié scientifiquement en France par Dareste, Beauchet et Glotz. Pourquoi enfin n'avoir pas choisi le droit hébraïque ?

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

La loi de Moïse remonte vers l'an 1500 avant J.C. et le droit hébraïque nous est connu par les travaux considérables qui ont été faits en tous pays sur la Bible et le Talmud.

Son double intérêt.

Pourquoi étudie-t-on le droit romain? Pourquoi enseigne-t-on le droit romain dans les Facultés de droit françaises. Est-ce seulement parce qu'on en a l'habitude? Non, c'est parce que le droit romain présente comme nous allons le montrer, un double intérêt, à la fois historique et pratique.

Un intérêt historique. Cet intérêt historique apparaît à deux points de vue:

Son intérêt historique.

I° - le droit romain est, de tous les droits du monde antique, celui qui est le mieux connu.

2° - le droit romain est, de tous les droits du monde antique, celui dont le développement a été le plus complet, aussi bien dans le temps que dans l'espace.

Reprenons ces deux points.

A - le droit romain est, de tous les droits du monde antique, le mieux connu. De très nombreux documents permettent l'étude historique du droit romain. Ces documents constituent ce qu'on appelle des sources (Ière acception du mot source, nous aurons bientôt l'occasion d'en rencontrer une autre).

Parmi les documents ou sources se rapportant au droit romain, on peut distinguer les deux groupes suivants, distinction très importante pour l'histoire générale du droit romain:

Les sources préjustiniennes.

a)- les sources préjustiniennes, c'est-à-dire les sources antérieures aux compilations de l'empereur Justinien.

Nous nous contenterons de citer ici celles dont nous ne tarderons pas à faire usage: I° en ce qui concerne les documents législatifs, la loi des XII Tables,

Source : BIU Cujas

Code qui remonte aux premiers temps de la République; le Code Théodosien, recueil de constitutions impériales promulgué par l'Empereur Théodose II en 438 après J.C.- 2° - pour ce qui est des ouvrages de doctrine, les Institutes de Gaius, petit traité de droit composé pour les étudiants au II° siècle après J.C.

Sources justiniennes.

b) - les sources justiniennes, c'est-à-dire les compilations faites, au début du VI° siècle après J.C., par l'empereur Justinien. Ces compilations sont au nombre de quatre:

1° - Les Institutes, manuel rédigé pour les étudiants.

2° - Le Digeste ou les Pandectes, c'est-à-dire un recueil d'extraits des ouvrages des jurisconsultes romains.

3° - Le Code, recueil de constitutions impériales.

4° - Les Novelles, recueil de constitutions impériales postérieures au Code.

Importance du développement du droit romain.

B.- Passons au deuxième point de vue qui constitue aussi l'intérêt historique du droit romain; de tous les droits antiques, le droit romain est celui dont le développement a été le plus complet aussi bien dans le temps que dans l'espace. C'est donc l'histoire générale du droit romain que nous avons à exposer dans un tableau qui ne peut être ici que brossé à larges traits. Pour plus de clarté, nous distinguerons deux périodes:

1° - Jusqu'à la chute de l'empire romain.

2° - Après la chute de l'empire romain.

Durée de l'empire romain.

1° - Jusqu'à la chute de l'empire romain.

a) - Dans le temps, le droit romain s'étend depuis la fondation de Rome, 754 avant J.C. suivant la chronologie traditionnelle, (il faut bien retenir cette date, que [illegible] les étudiants ignorent à l'examen) jusqu'à la mort de Justinien (565 après J.C.). C'est donc une étendue de treize siècles au cours desquels il est donné d'assister à la naissance d'un droit et à ses modifications successives, aussi bien à ses progrès qu'à sa décadence.

b) - Dans l'espace, le droit romain, d'abord limité à un territoire des plus restreints, à la Ville de Rome, s'est progressivement étendu, avec les conquêtes, à un territoire immense qui finit par comprendre les pays qui correspondent aujourd'hui à l'Italie, à la France, à une partie de l'Angleterre, à l'Espagne, à une partie des Etats Balkaniques, au Portugal et à l'Asie Mineure (Turquie, Syrie, Palestine) à l'Egypte, à la Lybie, à la Tunisie, à l'Algérie, au Maroc, d'une façon générale à l'ensemble du bassin de la Méditerranée.

Source : BIU Cujas

2° - Après la chute de l'Empire romain.

Le droit romain dans les royaumes barbares.

La chute de l'empire romain n'a pas entraîné la disparition du droit romain dans tous les pays qui en faisaient partie. Quand l'empire d'Occident s'écroula à la fin du V° siècle après J.C. (476) sous la poussée des invasions barbares (Ostrogoths, Wisigoths, Burgondes, Vandales, etc...), le droit romain n'a pas disparu du même coup. Certains rois barbares sentirent le besoin de faire des recueils pratiques de droit romain pour leurs sujets gallo-romains. Exemple: La loi des Wisigoths, la loi des Burgondes, qui furent appliquées aux populations gallo-romaines du Sud et de l'Est de la France. Ces recueils furent composés avec les sources préjustiniennes, les seules qui existaient à cette époque, et dans la loi romaine des Wisigoths, l'apport principal est le Code Théodosien cité plus haut.

Dans l'empire byzantin.

Quant au droit de Justinien, il a survécu en Orient, jusqu'à la chute de l'empire byzantin, c'est-à-dire jusqu'à la prise de Constantinople par les Turcs, (1453), commencement des temps modernes.

Après la chute de l'empire d'Occident, la législation de Justinien fut même introduite en Italie au fur et à mesure des victoires remportées par ses généraux sur les Ostrogoths (Chapitre II de la constitution de 554, appelés des mots par lesquels elle commence: Pro petitione Vigilii, sur la demande de Vigilius, le pape qui siègeait à Rome à cette époque. Publié comme appendice VII dans l'édition des Novelles de Schoellkroll).

en Occident.

Et quand les Lombards chassèrent les troupes byzantines presque entièrement d'Italie, la législation justinienne resta en vigueur dans les régions où l'autorité de Byzance se maintint quelque temps encore (en particulier, dans l'exarchat de Ravenne jusqu'en 751).

La Renaissance du droit romain en Italie.

Après une longue eclipse, ou peut-être après y avoir vécu d'une une vie végétative - (la question est discutée chez les savants modernes. Après les travaux de Fitting et de Max Conrat, nous renvoyons à un article récent, écrit en latin, de Naber, dans les Mélanges Paul Fournier 1929, page 572) - on vit refleurir l'enseignement du droit romain de Justinien en Italie au début du XII° siècle. C'est ce qu'on appelle la Renaissance du droit romain de Justinien, évènement capital, a-t-on pu écrire, pour l'histoire de la civilisation des peuples modernes.

L'école de Boulogne.

L'école des arts libéraux de Bologne, avant même la fondation de l'Université de Bologne, servit de centre à cette Renaissance. Le maître qui y commenta le premier, avec un succès énorme, les compilations de l'empe-

Source : BIU Cujas

reur Justinien, auxquelles on donna à l'époque le nom de Corpus juris civilis (Corps, ensemble du droit civil), fut Irnerius, qui enseigna à Bologne jusque vers II25, appelé par ses étudiants lucerna juris, la lanterne du droit. Il forme avec ses successeurs (les quatre docteurs, ses disciples Bulgarius, Martinus, Hugo, Jacobus; puis plus tard, Azon, le célèbre auteur de la Summa Codicis, Somme sur le Code de Justinien, et Accurse, l'auteur de la Grande Glose), l'école qu'on appelle "l'école de Bologne", ou encore "l'école des Glossateurs", ainsi nommée de la méthode employée par cette école pour étudier le droit romain, à savoir la méthode exégétique ou d'interprétation littérale (qui a aussi été appliquée d'abord à l'étude du Code Civil français). Du point de vue matériel, cette méthode, chez les Bolonais, s'extériorise sous forme de gloses (en latin, glossa). Par gloses, on entend des notes écrites en caractères plus fins entre les lignes ou mieux dans les marges du manuscrit.

Les Glossateurs.

Le mouvement qui partit ainsi de l'Italie s'étendit ensuite à l'Europe occidentale, à l'Angleterre, à la France, enfin à l'Allemagne.

Extension de la Renaissance à l'Angleterre.

a) - A l'Angleterre. Théobald, archevêque de Cantorbury appela au milieu du XII° siècle en Angleterre Magister Vicarius, Maître Vicarius, comme on le nommait, élève de l'école bolonaise, qui vint professer à Canterbury. Ce fut le point de départ de ce qu'on a appelé la première Réception du droit romain en Angleterre. L'aboutissement de ce mouvement fut l'ouvrage célèbre de Bracton, écrit en latin, De legibus, et consuetudinibus Angliae. Des lois et coutumes de l'Angleterre (I250 à I258), livre imprégné de droit romain.

Bracton.

Mais en Angleterre, à la différence des autres pays, l'autorité du droit romain ne se maintint pas. On assista au triomphe de la common law, c'est-à-dire du droit purement anglais, de formation presque entièrement coutumière, qui constitue encore aujourd'hui la base fondamentale du droit anglais. A la différence des autres peuples de l'Europe, l'Angleterre n'a pas, en effet, de Codes.

La common law.

b) - A la France. C'est une partie de l'histoire de nos Universités que nous allons en même temps évoquer

La Renaissance en France.

Vers la fin du XIIème siècle, un maître de Bologne, Placentin, vint enseigner à Montpellier, avant même que le pape Nicolas V n'eût créé l'Université de cette ville par la Bulle du 26 Octobre I289. Le droit romain de Justinien y fut enseigné par Placentin suivant la méthode de Bologne, la méthode exégétique, et il ne tarda pas à être appliqué comme une législation positive

Source : BIU Cujas

Les pays de droit écrit.

dans le Midi de la France, dans les régions qu'on appela " pays de droit écrit".

Création des Universités.

Sans doute ce fut avec la même méthode que le droit romain de Justinien fut enseigné à l'Université de Paris, la plus vieille Université française, jusqu'au jour où le pape Honorius III interdit, en I929,l'enseignement du droit romain dans cette Université. Cette interdiction d'ailleurs ne fut pas du tout inspirée par une hostilité contre le droit romain, Honorius III chercha simplement à réserver l'Université de Paris à la formation des seuls canonistes et théologiens.

En I229 fut créée par le traité de Paris l'Université de Toulouse (dont on a célébré à Toulouse avec éclat en Juin I929 le septième centenaire) dans le but politique et religieux de lutter contre l'hérésie des Cathares. C'est un épisode de la croisade des Albigeois.

Les décrétistes à l'Université de Toulouse.

Une disposition du traité de Paris imposait en effet à la charge du vaincu, le comte de Toulouse, Raymond VII, le traitement de plusieurs professeurs, entre autres de deux professeurs de droit canon, de deux décrétistes, comme on les appelait, car ils expliquaient principalement le décret de Gratien, une des sources principales du droit canon. Mais les décrétistes prévus par le traité de Paris ne se cantonnèrent pas dans l'étude du droit canon. Un document contemporain de la fondation de l'Université montre qu'ils enseignaient aussi le droit romain, suivant l'expression de ce document, qu'ils "expliquaient Justinien."

Ce fut même là une des principales causes du succès de cette Université, que vinrent fréquenter une foule d'étudiants désireux d'étudier les lois romaines, qu'on ne pouvait pas étudier à Paris. Dans le dernier quart du XIII° siècle, l'enseignement à Toulouse du droit romain acquit un éclat particulier par la célébrité de quelques-uns de ses maîtres. C'est à Toulouse que professèrent les deux plus grands romanistes de l'époque, deux Français: Jacques de Revigny, puis son élève Pierre de Belleperche.

Applications du droit romain.

Ces professeurs,de Toulouse, allèrent ensuite enseigner le droit romain à l'Université d'Orléans, dont la fondation remonte à I235. C'est ainsi que se répandit dans toute la France au Moyen-Age l'enseignement du droit romain de Justinien, qui fut d'autre part appliqué de façon générale comme droit écrit dans les pays du Midi, et particulièrement dans le Nord, dans les pays de coutumes, jusqu'à la rédaction du Code civil de I804.

c) à L'Allemagne,- Enfin, il restait à l'Allemagne de connaître aussi les bienfaits du droit romain. Ce fut beaucoup plus tardivement. En effet, jusqu'à la fin du

Source : BIU Cujas

XV° siècle, l'Allemagne resta soumise à des coutumes d'origine germanique. A cette époque, se produisit un mouvement très important, auquel on donne le nom de réception du droit romain en Allemagne. Quelles furent les causes directes de la réception en Allemagne du Corpus juris civilis? Les historiens du droit discutent encore aujourd'hui avec passion le problème, et ils sont loin d'être d'accord sur les facteurs culturels et sociaux qui ont rendu possible la réception du droit romain en Allemagne. Quoi qu'il en soit, depuis cette époque, le droit romain de Justinien a été la législation commune à tous les Etats de l'Allemagne, et, comme tel, il a été appliqué dans les tribunaux et enseigné dans les Universités allemandes, sous le nom de droit des Pandectes, Pandektenrecht, ou en latin, usus modernus Pandectarum, et cela jusqu'à l'entrée en vigueur, en I900, du Code civil allemand, le Bürgerliches Gesetzbuch (par abréviation B.G.B.).

La réception du droit romain en Allemagne.

Nous avons terminé avec l'histoire générale du droit romain postérieurement à la chute de l'empire romain. Nous avons dû nous contenter d'un tableau d'ensemble brossé à grands traits. Voici pour plus de détails une bibliographie sur cette matière très intéressante et très importante.

Comme ouvrages où l'on trouvera des renseignements généraux, citons:Savigny, Histoire du droit romain au Moyen-Age, I8I5 - I83I, traduction française I839; un ouvrage récent écrit en Anglais, de Sir Paul Vinogradoff, d'origine russe, professeur à l'Université d'Oxford, aujourd'hui décédé. Le droit romain dans l'Europe du Moyen-Age, 2° édition, I929, donné par un autre professeur de droit romain à Oxford, Mr. de Zulueta.

Bibliographie.

Comme ouvrages spéciaux, citons: pour la France et l'Italie, le Précis élémentaire d'histoire du droit de Mr. Ernest Perrot. Collection de la licence en droit, Librairie du recueil Sirey, I929, notamment pages I98, 207, 347. Spécialement pour la réception du droit romain en Angleterre, on pourra consulter l'ouvrage de Mr. Levy Ullmann. Le système juridique de l'Angleterre, tome I, I928, page 295 et le compte-rendu par Mr.E. MEYNIAL, dans la Revue historique de droit, I928 p. 487, du livre de M. de Zulueta : Le " liber pauperum" de Vacarius.

l'Intérêt pratique du droit romain.

Passons à l'intérêt pratique que présente l'étude et l'enseignement du droit romain. Cet intérêt pratique apparaît aux deux points de vue suivants:

I° - Le droit romain constitue la meilleure préparation à l'étude du droit moderne.

2° - Le droit romain constitue le meilleur instrument d'éducation juridique.

Source : BIU Cujas

I° - Le droit romain constitue la meilleure préparation à l'étude du droit moderne. Il n'est pas besoin d'insister sur ce point, après les développements que nous avons consacrés à l'histoire du droit romain après la chute de l'empire romain. Le droit romain a exercé une influence prépondérante sur la formation du droit moderne. Le Code civil français de I804 est à la fois à la base de droit romain et de droit coutumier, et le Code civil français a inspiré la rédaction de nombreux codes étrangers: les Codes des pays latins: Code italien, Code espagnol et par l'intermédiaire de celui-ci plusieurs Codes de l'Amérique du Sud, Code roumain et même un Code de pays de race germanique, le Code hollandais. Et pour ce qui est des Codes récents s'appliquant à des pays de race germanique, le Code civil allemand entré en vigueur en I900, le Code civil suisse, entré en vigueur en I9I2 (et appliqué aujourd'hui en Turquie) le Code civil autrichien de I8II revisé en I9I7, nombre de leurs dispositions ne peuvent se comprendre qu'avec la connaissance du droit romain. (I) Dans les Universités allemandes, on continue à étudier le droit romain avec la même ferveur qu'avant la promulgation du Bürgerliches Gesetzbuch.

Influence du droit romain sur le droit moderne.

2° - Le droit romain constitue le meilleur instrument d'éducation juridique. Les jurisconsultes romains de l'époque classique ont été des juristes incomparables, qui ont excellé dans l'art de dégager et de coordonner les règles du droit. De là, un ensemble de classifications et de constructions juridiques, qui s'imposent encore aujourd'hui, malgré l'évolution qui ne cesse de transformer le droit, à toute personne voulant faire de sérieuses études de droit. Le droit romain n'a pas cessé de mériter le nom de " raison écrite" qui lui fut jadis donné.

Le droit romain, instrument d'éducation juridique.

Voici à cet égard le témoignage de deux étrangers: Celui de l'Allemand Kuebler, compte -rendu de la brochure de Wenger, L'Etat actuel de la science du droit romain, Munich, I927, dans la Revue de la Fondation de Savigny, I928 , page 659; " Nous devons exiger des juristes de formation scientifique une connaissance du droit romain comme étant la première élaboration scientifique du droit"; et celui du Belge Laurent, dans son ouvrage, Principe du droit civil, I, page 40: "Il n'est pas d'étude plus nécessaire au juriste que le droit romain. Les ouvrages des jurisconsultes romains sont les chefs-d'oeuvres du droit, comme les écrits de Platon

---

(I)Lire Georges Cornil, Les Codes modernes et le droit romain (Bulletin de l'Académie royale de Belgique, classe des Lettres, I9I2, pages 284 et suivantes.)

Source : BIU Cujas

et de Démosthène resteront toujours les chefs-d'oeuvre de la philosophie et de l'art oratoire". C'est pour cette raison que le droit romain est enseigné aujourd'hui dans les pays anglo-saxons, en Angleterre, aux Etats-Unis d'Amérique, dont cependant le droit a échappé à l'emprise romaine.

Méthode à suivre dans l'étude du droit romain.

La question des méthodes.

Si nous laissons de côté la méthode exégètique, ou d'interprétation littérale, que nous avons rencontrée avec les glossateurs, et qui peut encore aujourd'hui être accessoirement utilisée à des fins scientifiques, (exégèse des sources), nous rencontrons deux méthodes principales entre lesquelles il semble qu'il faille nécessairement choisir: la méthode dogmatique et la méthode historique.

La méthode dogmatique.

a) La méthode dogmatique s'en tient à l'exposé du pur droit de Justinien, à l'exposé des solutions des compilations de Justinien, du Corpus juris civilis, étudiées en elles-mêmes, comme une sorte de législation positive, ces solutions étant présentées comme des dogmes, d'où le nom de méthode dogmatique.

Ses représentants.

C'est la méthode qui fut mise en honneur par l'école des Bartolistes au XIV° siècle, ainsi appelée du nom de son principal représentant, Bartole, qui enseignait à Pise et à Pérouse. C'est la méthode suivie en Allemagne en ce qui concerne le droit des Pandectes, l'usus modernus Pandectarum. C'est aussi la méthode qui fut appliquée en France presque exclusivement jusqu'au XIX° siècle, entre autres par Pothier, dans son ouvrage Pandectae in novum ordinem digestae, Les Pandectes mises dans un nouvel ordre, et parfois même au XIX° siècle, notamment par Accarias, Précis de droit romain.

La méthode historique.

b) A la méthode dogmatique s'oppose la méthode historique. Son but est de retracer, sans souci de la pratique, l'histoire des institutions juridiques de Rome, depuis le commencement jusqu'à la fin du droit romain, en s'efforçant de dégager les facteurs de l'évolution, qui sont à la fois sociaux, politiques, économiques et moraux. Dans ce but, la méthode historique utilise non seulement les textes de Justinien, mais encore tous les textes, quels qu'ils soient, qui peuvent fournir des renseignements au sujet de l'état du droit romain à un moment quelconque de son évolution.

Les sciences auxiliaires de l'histoire du droit.

La méthode historique suppose donc l'étude critique des sources, et par sources, il faut entendre, ici encore, les documents de toute espèce susceptibles de fournir des renseignements sur une institution juridique

Source : BIU Cujas

quelconque. Cette critique des sources se fera en utilisant ce qu'on appelle les sciences auxiliaires de l'histoire du droit: l'histoire, la philologie, la sémantique ou histoire du langage, l'épigraphie ou science des inscriptions, la paléographie ou art de lire les anciens manuscrits, etc,...

Représentants de la méthode historique.

La méthode historique était déjà au XVI° siècle celle des jurisconsultes humanistes de la Renaissance: en Italie, Alciat, (Nous renvoyons à la thèse de M. Paul Emile Viard, André Alciat, 1492-1550, Faculté de droit de Paris 1926); en France, Guillaume Budé et surtout Cujas, grand jurisconsulte et en même temps grand humaniste. Citons textuellement la formule dont s'est servi à son égard M. Ernest Perrot, ouvrage cité, page 351, pour caractériser son oeuvre: "Le grand jurisconsulte s'est appliqué dans ses leçons et dans ses ouvrages à dégager le sens et la portée des textes de Justinien, en les rattachant aux ouvrages des jurisconsultes romains de l'époque classique dont les avaient extraits les compilateurs de Justinien, en les remettant à leur place dans le plan de l'ouvrage, en les restituant dans leur état primitif, et en les éclairant par toutes les données de la philologie et de l'histoire".

La méthode historique fut ensuite développée et mise en valeur au XVIII° siècle, en Italie, par Vico, en France par Montesquieu. C'est celle qu'adopta l'école historique du droit au début du XIX° siècle.

Processus de la méthode historique.

Si l'on veut mettre en oeuvre pratiquement la méthode historique dans l'étude du droit romain, voici le processus obligatoire des opérations auxquelles on doit se livrer pour étudier, conformément à la méthode historique, une institution juridique déterminée, le mariage par exemple.

Recherche des documents.

a) Il faut d'abord rechercher tous les documents relatifs à l'institution juridique qu'on se propose d'étudier. Or, les documents sont nombreux pour le droit romain, et de nature fort diverse. Nous allons en présenter un tableau succinct:

Les documents sources du droit.

1° - Les textes juridiques proprement-dits, c'est-à-dire les textes extraits des ouvrages des jurisconsultes romains et les textes législatifs romains.

2° - Les textes littéraires. Nous trouvons des renseignements précieux sur le droit romain principalement dans les oeuvres de Varron, de Tite Live, de Plaute, de Cicéron, d'Aulu Gellé, de Denys d'Alicarnasse, etc,...

3° - Les textes épigraphiques, c'est-à-dire qui se trouvent sur des inscriptions découvertes dans les fouilles, par exemple des tables de bronze, ou de pierre. Nous possédons, par l'intermédiaire des inscriptions,

Source : BIU Cujas

le texte authentique de plusieurs monuments législatifs romains de la plus haute importance.

Il faut y joindre les fameux papyrus égyptiens, documents écrits sur des feuilles d'un roseau appelé papyrus.

Critiques des sources.

b) - 2ème Opération: le classement des documents, opération beaucoup plus délicate. En effet, ce classement doit s'effectuer aux deux points de vue suivants:

ocuments pocryphes.

1° - Au point de vue de la valeur intrinsèque des sources, une sélection s'impose. Parmi tous ces documents, les uns offrent toutes les garanties d'authencité quant à la forme et au fond. D'autres, au contraire, ne doivent être utilisés qu'avec la plus grande prudence. Certains sont en effet nettement apocryphes, par exemple les soi-disant lois royales. Dans l'histoire du droit français, on trouve aussi de faux capitulaires et de fausses décrétales.

nterpola- ions.

Certains autres documents ont été tout au moins fortement remaniés , de telle sorte que les renseignements qu'ils fournissent se rapportent à un état de droit postérieur. C'est ce qu'on appelle les interpolations. Par exemple les textes interpolés du Digeste.

lossèmes.

Enfin certains textes se présentent avec des additions explicatives intercalées dans le texte, et provenant de copistes postérieurs du manuscrit. C'est ce qu'on appelle, par opposition aux interpolations, des glossèmes.

lassement hronologi- ue.

2° - Cette sélection étant faite entre les documents, un autre travail de classement doit être repris. Il s'agit de situer dans le temps les renseignements qu'ils nous donnent et de les classer d'après leur ancienneté respective. Tantôt ce degré d'ancienneté sera révélé par le document lui-même qui donne le renseignement; Ex: lettre de Cicéron datée, qui nous apprend que l'année même où il écrit; le préteur fit une réforme en ce qui touche une institution juridique déterminée. Tantôt au contraire, ce degré d'ancienneté ne sera fixé qu'à la suite de longues et difficiles recherches. Exemple typique: Recherche de la date de la loi Aebutia que des documents se contentent de montrer comme ayant joué un grand rôle en matière de procédure civile.

c) Ce n'est qu'à la suite de toutes ces opérations préliminaires qu'on pourra avec le moindre risque d'erreurs reconstituer les différentes phases de l'évolution de l'institution juridique étudiée.

'histoire mparée du droit.

d) Mais parfois il faut aller plus loin. L'étude critique des sources romaines ne suffit pas. Il peut y avoir des "trous" dans l'histoire de l'institution. Très souvent les origines, faute de textes, de documents demeurent mystérieuses. Alors on tentera de combler les

Source : BIU Cujas

lacunes au moyen de la méthode comparative, qui en réalité, n'est qu'une des formes particulières que revêt la méthode historique . On recherchera les indications dans le droit des peuples appartenant à un stade équivalent de civilisation, dans les droits antiques (voir plus haut leur énumération) le droit hindou, le droit germanique, le droit scandinave, etc... et aussi dans les coutumes dites primitives. On utilisera dans ce but les grands travaux d'histoire comparée du droit, principalement les ouvrages allemands de Post et de Kohler.

La sociologie et le droit romain.

La méthode comparative se rattache à une science plus générale qui s'appelle la sociologie. Cette science remonte guère qu'à Auguste Comte qui lui a donné son nom (sur l'histoire de la sociologie, lire René Maunier, Professeur à la Faculté de droit de Paris, Introduction à la sociologue, Alcan I929). La sociologie a pour objet la description, la comparaison et l'explication des diverses coutumes et institutions sociales, aussi bien celles du passé(étude des institutions antiques - historiques) que celles du présent (études des coutumes des populations de l'Afrique, de l'Amérique du Nord, de l'Australasie, etc... - l'exotique). Exemple: comparaison de la famille chez les Romains avec la famille chez les Hébreux. Cette étude a été faite par Mr. Léon Baban Institutions juridiques des Romains comparées aux Institutions juridiques des Hébreux. I. Les personnes, Thèse Paris I926. Exemple: comparaison de la famille romaine avec la famille kabyle , c'est l'objet d'une conférence de Mr. Maunier publiée dans l'ouvrage cité ci-dessous sur les rapportsde la sociologie et du droit romain lir sociologie et droit romain. Conférences faites en I929 I930 à la Faculté de Droit de Paris, salle du travail d'ethnologie juridique, dirigée par Mr. René Maunier, Editions Domat -Montchrestien, I930.

Quelle méthode doit-on adopter?

Emploi de la méthode historique.

M. Fliniaux estime qu'il est possible d'utiliser à la fois les deux méthodes, la méthode dogmatique et la méthode historique, avec toutefois une prédominance à attribuer à la méthode historique. En ce qui concerne méthode historique, il va de soi que, dans ce cours élémentaire de licence, Mr. Fliniaux ne fera pas assister aux diverses opérations qu'il vient de décrire, et que met en oeuvre la critique des sources. Ces opérations sont faites dans des cours spéciaux de doctorat, principalement dans le cours de Pandectes. Ici donc on s'en tiendra exclusivement aux résultats obtenus. Mais encor était-il indispensable d'indiquer brièvement comment se résultats auront été obtenus.

Emploi de la méthode dogmatique

En ce qui concerne l'emploi de la méthode dogmatique, elle sera utilisée en ce qui touche le droit de

Source : BIU Cujas

Justinien, qui, tout en marquant l'aboutissement du droit romain, constitue en même temps le point de départ pour le droit moderne. Souvent, au cours de cette année, et encore plus souvent l'année prochaine, nous aurons à constater que le Code civil s'en est tenu aux solutions romaines, celles du droit de Justinien, qu'il n'a fait en quelque sorte qu'entériner. Parfois cependant nous rechercherions en vain dans le droit romain certains principes du droit moderne, par exemple, en matière de propriété, le grand principe moderne du transfert de la propriété par le seul consentement, que vous rencontrerez dans le cours de droit civil de cette année. Ces principes sont pourtant en germe dans le droit romain de la dernière époque. Ils n'ont été consacrés que postérieurement au droit romain, mais on ne peut les comprendre, si l'on ne recherche pas leur origine dans le droit romain.

En résumé, voici la devise que M. Fliniaux propose aux étudiants : vers le droit romain, reconstitué le plus scientifiquement possible, mais, au-delà du droit romain, vers le droit moderne. C'est en définitive, avec toutefois plus de précision, la formule célèbre de Jhering : " Durch das römische Recht hindurch über das römische Recht hinaus ", Par le droit romain, mais au delà du droit romain.

Plan général du cours.

Objet des cours de droit romain.

L'objet des cours de droit romain de première et de deuxième années de licence peut être ainsi libellé: Etude des institutions du droit romain privé dans leur développement historique et dans leurs rapports avec le droit moderne. Mais il est nécessaire de faire précéder cette étude des institutions du droit privé par une sorte de large introduction historique qui porte, dans une terminologie ancienne et courante, le titre d'histoire externe du droit romain, et au cours de laquelle nous donnerons quelques aperçus sur le droit public (constitutionnel, administratif et criminel) et sur la procédure. Dans notre conception l'Histoire externe du droit Romain doit en effet jouer en quelque sorte le rôle d'une Introduction générale, historique à l'étude du Droit.

Plan du cours.

Donc Ière partie du cours : Histoire externe du droit romain.

Après cette première partie, qui nous retiendra un certain temps, nous aborderons l'étude des différentes institutions du droit privé romain. Voici le titre que Mr. Fliniaux donne à cette seconde partie, faite autant que possible en vue du droit moderne : Système

Source : BIU Cujas

général du droit privé romain (à l'exclusion du droit des obligations, qui est réservé pour le programme de seconde année).

Voici quelques indications bibliographiques:

A- Bibliographie générale.

Mr. Fliniaux recommande seulement comme manuels les trois ouvrages imprimés suivants, qui rentrent seuls dans la conception de l'enseignement du droit romain.

Deux ouvrages purement scientifiques, utiles seulement à ceux qui pensent poursuivre leurs études de doctorat: Paul Frédéric Girard, Manuel élémentaire de droit romain, 8ème édition 1929, par Félix Senn, professeur à la Faculté de droit de Nancy; Edouard Cuq, professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris, Membre de l'Institut, manuel des Institutions juridiques des Romains, 2ème édition 1928.

Pour ceux qui ne veulent pas dépasser la licenc Le Précis élémentaire de droit romain de MM. Collinet et Giffard, Ière année, 3° Edition 1930 (Collection des petits Précis Dalloz) peut servir à combler les lacunes du cours.

Comme recueil de textes de droit romain, Mr. Fliniaux recommande Paul Frédéric Girard, Textes de droit romain, 5° édition 1923; Levet et Perrot, Textes de droit romain avec traduction (en cours d'impression)

B- Bibliographie spéciale.

Pour la littérature française (jusqu'en 1928 inclus) Collinet, Bibliographie des travaux de droit romain en langue française, Paris 1930.

Pour la littérature italienne (jusqu'en 1923) guide bibliografiche. Il diritto romano, Roma 1923.

Source : BIU Cujas

Ière PARTIE

HISTOIRE EXTERNE DU DROIT ROMAIN. (1)

La fondation de Rome.

La date de la fondation de Rome a été fixée par la tradition en 754 avant J.C., c'est-à-dire au milieu du VIII° siècle avant J.C.. Cette fondation se trouve entourée de légendes qui ont obscurci la vérité historique. On connaît les récits fabuleux des historiens latins Romulus et Rémus etc... Aujourd'hui la vérité commence à s'entrevoir, grâce aux travaux critiques de nombreux

Légendes et critique.

savants, dont les résultats sont condensés dans un ouvrage des plus intéressants : Léon Homo, professeur à la Faculté des Lettres de Lyon : L'Italie primitive et les débuts de l'impérialisme romain, Paris I925, Bibliothèque de synthèse historique.

Les fouilles entreprises vers la fin du XIX° siècle et poursuivies presque sans interruption sur le sol de la ville de Rome ont jeté de vives lumières sur les origines de sa fondation. Le résultat important auquel on est arrivé est le suivant : Cette fondation semble plus récente que ne le dit la légende. Elle n'aurait eu lieu qu'un siècle plus tard, vers 650 avant J.C. et elle aurait consisté, non pas dans la création de toutes pièces d'une ville, mais, dans la réunion en une seule cité de villages déjà exitants. Ces villages étaient des refuges fortifiés, aménagés sur les crêtes de quelques-

Les villages albains et sabins.

unes des collines de la rive gauche du Tibre, par les habitants du Latium, qu'on peut, au point de vue ethnique, ranger en deux groupes : le groupe des Albains et celui des Sabins. Mais au point de vue de la civilisation, ces deux peuples étaient au même niveau : c'étaient tous deux des peuples de pasteurs et de cultivateurs.

Le premier refuge ainsi établi paraît l'avoir été IOOO ans environ avant J.C. par des Albains, sur l'épe-

---

(I) - Il y a lieu de recommander l'ouvrage très important de M. Bonfante professeur à la Faculté de droit de Rome, L'Histoire du droit romain, 3° édition, traduite en français par M.M. Carrère et Fournier, Librairie du Recueil Sirey, I928.

Source : BIU Cujas

ron occidental du Mont Palatin. C'est le résultat des fouilles faites en 1907 par l'italien Vaglieri sur le Palatin. On découvrit des restes de fortifications, qu'on put faire remonter jusqu'à vers l'an 1000 avant J.C.

D'autres refuges furent ensuite créés par les Albains sur le Palatin et les collines avoisinantes, et d'autre part, par les Sabins sur le Capitole, le Quirinal, le Vinimal.

Leurs confédérations.

Tous ces villages étaient indépendants les uns des autres à l'origine, mais il ne tarda pas à se créer entre eux des ligues, des confédérations : par exemple la confédération albaine des sept monts, Septimontium, dont le souvenir s'est maintenu jusque sous l'Empire.

La domination étrusque et la fondation de Rome.

Les choses restèrent ainsi en l'état, jusqu'à ce que, vers 650 avant J.C., un autre peuple venu d'Asie Mineure, le peuple étrusque, qui s'était fixé dans le voisinage du Latium, et appartenait à une civilisation plus avancée que les peuples du Latium, vint assujettir les habitants des villages Albains qui faisaient partie du Septimontium, ainsi que les habitants des trois villages Sabins du Capitole, du Quirinal et du Vinimal, et les força à ne plus former qu'une cité, qui fut organisée sur le plan des cités étrusques, etrusco ritu, et à laquelle fut imposée le nom de Rome, qui veut dire en langue étrusque, ville du fleuve. L'Etat romain était alors fondé.

Nous passerons successivement en revue les trois grandes périodes de son histoire, dans trois chapitres distincts: la Royauté, la République et l'Empire, en étudiant spécialement dans chaque chapitre, sous forme de trois sections distinctes:

1° - L'organisation politique et les sources du droit. Nous entendrons ici par source, nouvelle acception du mot, les modes de formation du droit. Exemples: la loi, la coutume, etc...

2° - L'organisation judiciaire et la procédure.

3° - Les caractères généraux du droit privé.

Chapitre I

LA ROYAUTE.

L'histoire de la Rome royale, telle qu'elle ressort des récits des historiens latins (Tite Live) et grecs (Denys d'Halicarnasse) ne mérite pas grande confiance. Il semble bien qu'elle soit en grande partie un tissu de légendes. C'est ce que pense la critique moderne, depuis le grand historien allemand Niebuhr dont les travaux ont été continués en Allemagne par Mommsen et en Italie par Pais. Déjà au XVIII° siècle l'Italien Vico

Source : BIU Cujas

avait émis des doutes à ce sujet.

Existence de la royauté.

L'existence même de la royauté a été contestée. Cependant elle paraît attestée par des survivances, à l'époque républicaine, d'institutions qui ne s'expliquent que par l'idée d'une période où il y avait certainement des rois. Par exemple, l'institution du rex sacrorum, et l'existence de l'interrex.

Les rois étrusques.

Dans l'ensemble de la période royale, certains points paraissent établis par la critique moderne, notamment l'existence des rois étrusques. Ce sont les trois derniers rois de l'histoire traditionnelle de Rome : Tarquin l'Ancien, Servius Tullius et Tarquin le Superbe. Cela prouve que Rome se trouva soumise à la domination étrusque. C'est là un fait des plus importants, car la civilisation étrusque était déjà très avancée et avait été influencée considérablement par la civilisation grecque.

Disons, avant d'aborder les facteurs sociaux politiques et juridiques, quelques mots sur les facteurs économiques et moraux sous l'influence desquels va se développer le droit privé de la période royale.

a) - Au point de vue économique, les Romains sont pendant toute la période royale, des cultivateurs. Ils en sont encore à la phase de ce que les économistes appellent la phase de l'économie domestique. C'est la phase pendant laquelle la maison (à Rome, la domus) est en quelque sorte la source exclusive de la vie économique. C'est la maison qui produit tout ce qui est nécessaire à ses membres, par suite, il y a très peu d'échanges entre différentes domus, seulement pour l'excédent des produits agricoles. Les transactions se référant à ces échanges devaient avoir lieu dans des marchés, nundinae, qui se tenaient à jours fixes, probablement tous les neuf jours, d'où leur nom, nundinae (novem dies). Aux alentours du lieu où se tenaient les marchés ne tarda pas à se fixer d'une manière permanente une population comprenant de petites gens venus pour la plupart de l'étranger et exerçant de petits commerces ou de petits métiers.

La maison source exclusive de la vie économique.

Origine de la monnaie à Rome.

Ces transactions commerciales amenèrent les Romains à se servir d'un instrument d'échange ou monnaie.

Cet instrument d'échange semble bien avoir consisté d'abord en têtes de bétail. Deux textes du grammairien Festus, au mot oribus et au mot peculatus, nous apprennent que longtemps se maintint l'usage de fixer en têtes de bétail les amendes arbitraires infligées par le magistrat (mulctae).

Mais on dût assez rapidement utiliser un métal déterminé. Ce métal fut le cuivre ou airain (aes) que l'on employa tout d'abord sous la forme de lingots bruts

Source : BIU Cujas

(aes rude) dont il était nécessaire à chaque transaction de déterminer le poids. D'où l'intervention d'un personnage appelé libripens ou porteur de balance.

Un progrès fut réalisé sous le règne de Servius Tullius, époque à laquelle les lingots furent l'objet d'un poinçonnage officiel ayant pour but d'attester la pureté du métal (aes signatum).

C'est seulement à la période suivante que les Romains, nous le verrons, commencèrent à faire usage de pièces de monnaie proprement dites (aes grave).

Le fas et le jus.

b) - Au point de vue moral, nous voyons la morale se confondre avec la religion et une partie importante du droit relever encore de la religion. C'est la raison pour laquelle le droit fut longtemps, nous le verrons, interprêté à Rome exclusivement par des prêtres, les pontifes (G. le vieux droit babylonien; E. Cuq, Etudes sur le droit babylonien. Paris 1929, p. 339 et suivantes). Le droit religieux ou sacré, s'appelle fas et il s'oppose au droit laïque ou séculier qui s'appelle jus. Les soi-disant lois royales que nous avons rencontrées précédemment ne sont en réalité que des prescriptions religieuses faisant partie du fas.

Après avoir dégagé les facteurs économiques et moraux, abordons les facteurs sociaux, politiques et juridiques qui sont très importants, et qui vont faire l'objet des deux premières sections qui suivent.

Section I

L'organisation politique et les sources du droit.

Sous-section I.- L'organisation politique.

Voici le plan que nous suivrons:

§ I° - Les éléments constitutifs de la société.

§ 2° - Les différents pouvoirs de gouvernement.

§ Ier - Les éléments constitutifs de la société.

1°- Les citoyens.

Si haut qu'on remonte dans la Rome royale, on voit que le noyau de la société est constitué par les citoyens (Cives, Quirites) qui ont seuls la plénitude des droits civiques, à savoir: d'abord les droits politiques, le droit de vote, puis les droits civils, qui se subdivisent en deux:

Source : BIU Cujas

I° - Le conubium, c'est-à-dire le droit de se marier à Rome en justes noces.

Ils ont les droits politiques, le conubium et le commercium.

2° - le commercium, c'est-à-dire le droit de faire à Rome, d'après le droit romain des actes juridiques, par exemple; acquérir ou transmettre la propriété, devenir créancier ou débiteur, intenter des actions devant les tribunaux. D'une façon générale, le commercium peut être défini: le droit de participer à la vie juridique romaine.

La gens.

A l'origine, ne peuvent être citoyens romains que les membres des gentes. On entend par gens, un groupement de familles se rattachant à un auteur commun, l'ancêtre. Cette institution, comme nous le révèle la méthode comparative, a existé chez d'autres peuples Indo-Européens, principalement chez les Grecs, où la gens s'appelait Tó YE Vos (consulter les beaux travaux de M. Gustave Glotz), chez les Celtes, suivant l'indication de César, Guerre des Gaules, chez les anciens Germains, avec la Sippe, comme nous l'apprend Tacite. Chez tous ces peuples, et aussi chez les Romains, dans le droit ultérieur desquels se rencontrent de nombreuses survivances, la gens apparaît avec les trois caractères suivants:

Caractères de la gens.

I° - C'est un groupement religieux, impliquant communauté de culte et de sépulture.

2° - C'est un groupement économique se révèlant par l'exploitation de terres en commun.

3° - C'est un groupement politique ayant à sa tête un chef, appelé pater gentis, chef de la gens.

Sur la gens, ses origines et son histoire, consulter Sir Paul Vinogradoff. Principes historiques du droit, Introduction et droit de la tribu, traduction française, tome I 1924, pages 307 à 373.

Aux citoyens romains membres des gentes, se rattachent d'autres hommes libres, qui vivent en quelque sorte sous leur protection. Ce sont, d'une part, les hospites, d'autre part, les clientes.

Les hospites.

I° les hospites sont les étrangers qui, pour séjourner à Rome à titre temporaire, étaient obligés de se mettre sous la protection d'un citoyen romain. Sans cette protection, ils risquaient d'être réduits en esclavage, car la situation primitive des étrangers à Rome, comme chez les peuples primitifs, était très rigoureuse. Ils étaient traités comme de véritables ennemis,

Sort des étrangers.

et pouvaient donc être réduits en esclavage. Le nom qui servait primitivement à Rome à désigner l'étranger était le mot hostis, celui-là même qui, plus tard fut employé exclusivement pour désigner un ennemi.

Les clientes.

2° les clientes. Ce sont des hommes libres, vi-

Source : BIU Cujas

vant de façon permanente, et non plus temporaire, sous la protection d'un citoyen romain, lequel s'appelle patronus, le patron. Les clients étaient rattachés à la gens de leur patron. Ils portaient son nom et ils participaient au culte gentilice. Les clients, estime Mr. Fliniaux, bien que ce point soit controversé, étaient des citoyens. Par suite, ils devaient avoir l'ensemble des droits civiques, à savoir les droits civils conubium (mais vraisemblablement ils ne pouvaient se marier qu'entre eux) et commercium, et d'autre part aussi les droits politiques. Un texte de Tite Live (Livre V, chap. 32 in fine), nous les montre se rendant à l'assemblée du peuple pour voter, en même temps que les membres de la gens à laquelle ils étaient rattachés.

Sources de la clientèle.

Quelles étaient les sources de la clientèle ? Elles apparaissent variées. C'étaient d'abord des étrangers venus s'établir définitivement à Rome, et qui avaient obtenu la protection d'un citoyen romain, au moyen d'un acte particulier, l'applicatio.

C'étaient aussi d'anciens esclaves affranchis par leur maître, et qui ne pouvaient non plus obtenir de sécurité qu'en restant sous leur égide.

L'institution de la clientèle n'est pas spéciale aux Romains. On la rencontre aussi chez les Celtes, chez les anciens Germains à l'époque de Tacite, chez les peuples barbares qui vinrent s'établir en Gaule, (patrocinium et comitatus germaniques, institutions où il faut voir les origines de la féodalité).

Rapports des clients et du patron.

Les rapports existant à Rome entre les clients et leur patron, nous sont exactement indiqués par Denys d'Halicarnasse, Livre II, chapître IO. (On trouvera le texte grec avec la traduction latine dans Girard. Textes de droit romain, 5ème édition, page 5). Le patron devait l'assistance à son client. En particulier, nous apprend ce texte, il devait lui expliquer le droit, l'assister en justice. En retour, le client devait aider son patron à marier sa fille, à payer sa rançon et celle de ses enfants, quand ils venaient à être faits prisonniers. Cela est très intéressant pour l'histoire comparative. On verra dans l'histoire du droit français que le lien de vassalité faisait naître des obligations au profit du seigneur, et parmi les cas d'aide féodale figuraient l'obligation de payer la rançon du seigneur fait prisonnier, et celle de supporter le coût des fêtes qu'entraînait pour lui, le mariage de sa fille aînée.

Le même Texte de Denys d'Halicarnasse nous apprend aussi quelle était la sanction des devoirs existant entre clients et patrons. C'est la sacerté, peine de nature religieuse. Le client ou le patron qui ne satisfaisait pas à ses obligations était déclaré sacer,

Source : BIU Cujas

c'est-à-dire voué aux dieux infernaux, ce qui entraînait sa mise à mort.

Les plébéiens.

A côté des citoyens, exclusivement membres des gentes, se rencontre à Rome, à partir d'une époque difficile à préciser, une masse d'hommes libres qui, pendant longtemps, furent exclus de la cité, tout en étant sous la protection du roi, qui était leur patron. Ce sont les plébéiens, par opposition aux patriciens, c'est à-dire aux citoyens romains, membres des gentes. Patricien vient, en effet, de pater (gentis). Exclus de la cité, les plébéiens, n'avaient rien de commun avec elle, ni au point de vue politique, ni au point de vue civil, ils n'avaient pas de droits politiques, pas le droit de vote, ni de droits civils, pas le conubium, pas le commercium. L'absence des droits civiques avait pour corollaire l'absence de devoirs civiques. Les plébéiens n'étaient pas soumis aux deux grandes charges qui pesaient sur les citoyens: le service militaire et l'impôt.

Exclus d'abord de la cité, ils devinrent des citoyens.

Mais la situation de la plèbe, si rigoureuse à l'origine, allait se modifier et s'améliorer considérablement. Les plébéiens ne tardèrent pas à devenir, dès l'époque royale, des citoyens romains. A la vérité, ce fut toutefois avec des droits moins étendus que les patriciens. Mais ils finirent cependant, après de longues luttes, qui marquèrent, pendant des siècles, l'histoire de Rome, par conquérir l'égalité avec les patriciens.

Ils conquièrent l'égalité avec les patriciens.

Quelle était l'origine de la plèbe?

Le problème est des plus difficile à résoudre: il est même insoluble. Cependant il a été étudié passionnément dans ces derniers temps dans tous les pays. C'est le livre de Binder, Die Plebs, 1909, qui a provoqué une recrudescence de ces études. En l'absence de textes précis, on en est réduit aux conjectures. Voici celle qui semble la plus plausible. Elle a été exposée par Léon Homo. Les institutions politiques romaines, Paris 1927 Bibliothèque de synthèse historique. La plèbe aurait été formée de trois éléments principaux:

Origines de la plèbe.

I° De populations du Latium conquises et non réduites en servitude.

2° D'anciens clients n'ayant plus de patron, par suite de la rupture du lien de clientèle.

3° D'étrangers venus s'établir à Rome, et à qui la sécurité a été reconnue, sans qu'ils aient eu besoin de devenir les clients de citoyens romains, en raison des services qu'ils rendaient à la cité. Ce sont les petits commerçants, les ouvriers, les artisans, dont nous avons parlé précédemment.

2° Les esclaves.

Au dernier échelon de la société, on rencontre dans la Rome royale les esclaves. Aux premiers siècles de Rome, les deux principales sources de l'esclavage

Source : BIU Cujas

sont la guerre et la naissance.

Sources de l'esclavage.

a) D'abord la guerre. Suivant un usage commun aux peuples italiques, l'Etat faisait vendre tout ou partie des prisonniers de guerre qui n'étaient pas mis à mort.

b) La naissance de parents esclaves, ou au moins d'une mère esclave.

L'esclave était dépourvu de toute personnalité, il n'était pas une personne; il était une chose, res, et le maître pouvait exercer sur son esclave une puissance, appelée dominica potestas, qui lui permettait de se servir de son esclave comme d'une chose quelconque de son patrimoine, de l'aliéner entre vifs ou à cause de mort. Bien entendu, l'esclave n'avait aucun droit politique, ni civil. Nous étudierons en détail la condition juridique de l'esclave dans la période républicaine.

L'esclave est une chose.

Entre ces deux groupes, les citoyens et les esclaves, on rencontre dans la Rome royale une catégorie intermédiaire, occupée par des hommes libres, mais qui ne le sont pas depuis leur naissance. Ce sont les affranchis. L'affranchissement conférait le droit de cité, avec toutefois des droits politiques et civils restreints.

3° Les affranchis.

Comment devenait-on affranchi sous la période royale? Quels sont les modes d'affranchissement que l'on y rencontre?

On a depuis longtemps remarqué qu'il n'y a pas, dans la Rome antique, de procédé véritable pour affranchir un esclave. C'est un régime, comme on l'a écrit, qui a longtemps subsisté en Grèce, où le maître qui voulait assurer à un esclave la liberté de fait, n'avait d'autre ressource que de le céder sous certaines conditions à une personne morale destinée à ne pas mourir, un temple, une divinité. On trouve, en effet, à Rome des vestiges du même expédient.

Les modes d'affranchissement.

Cependant, sous la Rome royale, on voit déjà apparaître deux procédés d'affranchissement qui impliquent chacun le contrôle de l'autorité publique, à savoir:

I° - L'affranchissement par le cens, c'est-à-dire par l'inscription de l'esclave sur les listes de citoyens.

2° - L'affranchissement par le testament, qui, à l'époque royale, faisait partie d'un acte sanctionné par l'assemblée du peuple.

§ 2 - Les différents pouvoirs du gouvernement.

Une division chronologique s'impose pour cette étude. Nous distinguerons deux périodes:

I° - Avant la réforme attribuée à Servius Tullius.

2° - Après cette réforme.

Source : BIU Cujas

I° Période. Avant la réforme attribuée à Servius Tullius.

On rencontre comme institutions politiques: le roi, le Sénat, les comices.

I°.- Le Roi.

Le Roi.

A la tête du peuple romain, se trouve le roi, rex, dont la fonction à Rome ne semble pas avoir été héréditaire, ni élective. Le roi était désigné par son prédécesseur, ou par un sénateur, qu'on appelait l'interrex, la souveraineté étant, à la mort du roi, supposée faire retour au Sénat. Le roi cumule tous les pouvoirs. Il n'y a pas encore ce qu'on appelle aujourd'hui le principe de la séparation des pouvoirs. Le roi est donc:

Sa désignation.

Ses pouvoirs.

1° - Chef de la religion. Il n'y a pas longtemps qu'un empereur en Europe était aussi chef de la religion. Le roi, a-t-on pu écrire, est le premier prêtre de l'Etat.

2° - Chef de l'armée. Il commande les citoyens en temps de guerre, il les conduit à l'ennemi.

3° - Enfin chef civil, c'est-à-dire à la fois chef de l'administration et du gouvernement.

Le pouvoir de commander ainsi reconnu au roi, constitue ce qu'on appelle l'imperium. On tend aujourd'hui à penser que le caractère absolu de cet imperium serait d'origine étrusque et aurait été introduit à Rome par le premier roi de la dynastie étrusque, Tarquin l'ancien (En ce sens Wenger, Puissance domestique et puissance étatique dans les Mélanges en l'honneur du Cardinal Ehrle, Rome 1924, tome II, p. I et suivantes, suivi par de Francisci, Storia di diritto romano, I, 1926, p. 146).

L'imperium.

Son origine étrusque.

2° - Le Sénat.

Le Sénat.

A l'origine, le Sénat devait être vraisemblablement composé des différents chefs des gentes, patres gentis. En faveur de cette conjecture, on peut faire valoir les données de l'histoire comparative et aussi celles du langage. On appelle à Rome les sénateurs patres.

Son origine.

Les sources de la période historique montrent le Sénat composé de cent, puis de trois cents membres. Il y a lieu de croire qu'ils étaient nommés par le roi. Pour les affaires importantes, le roi ne doit pas prendre de résolutions, sans avoir demandé l'avis du Sénat, qui joue ainsi le rôle de conseil du roi. Toutefois, ce n'est pas pour le roi une obligation juridique, mais une obligation simplement morale. En effet, si le roi a omis de demander conseil au Sénat, ou n'a pas suivi son avis, on ne peut pas attaquer ses actes de son vivant, on peut seulement après sa mort revenir sur ceux de ses actes qui peuvent être encore réparés.

Le roi doit demander son avis.

Source : BIU Cujas

3° - Les comices.

L'assemblée du peuple.

Les comices (comitia, ou assemblées du peuple) étaient constitués dans la première période par la totalité des citoyens romains. Il ne peut s'agir ici que des membres des gentes avec leurs clients, c'est-à-dire les patriciens, mais non des plébéiens, puisque ceux-ci n'ont été admis dans l'assemblée que par la réforme de Servius Tullius.

Les plébéiens en sont exclus.

C'est en définitive la totalité des citoyens romains en état de porter les armes, populus romanus, Quirites. Ils étaient répartis en 30 curies, d'où le nom de comices par curies, probablement à raison de IO curies pour chacune des trois tribus originaires, dont les noms ont été rapportés: les Tities, les Ramnes et les Luceres. Ces tribus originaires étaient des groupes de gentes.

Les trente curies.

La curie constituait l'unité électorale; mais c'était aussi une unité religieuse et une unité militaire, et même une unité administrative. On a même fait remarquer que la division en 30 curies ne paraît pas avoir été inventée pour le vote, sinon on aurait pris un nombre impair.

Rôle de la curie.

L'assemblée du peuple était réunie par le roi dans l'intérieur de la ville, à l'endroit appelé comitium.

Opérations de vote.

Le vote.

Les citoyens romains étaient d'abord répartis dans leurs curies respectives. Puis le Roi posait la question sur laquelle l'assemblée était appelée à statuer: c'était la rogatio. Ensuite avait lieu le vote à l'intérieur de chaque curie, pour déterminer le suffrage de chaque curie. Il était répondu par oui ou par non à la question posée. Enfin, on comparaît le suffrage de chaque curie avec celui des autres curies, afin de déterminer la majorité des curies.

L'auctoritas patrum.

Le vote émis par les comices par curies, n'était rendu obligatoire que quand il avait reçu la sanction du Sénat, auctoritas patrum. Il ne faut pas traduire auctoritas par autorisation, mais par confirmation. (Auctoritas vient de augere, qui veut dire augmenter).

2° Période - Après la réforme attribuée à Servius Tullius.

L'organisation des comices par centuries attribuée à Servius Tullius.

D'après Tite Live, I, 42, et Denys d'Halicarnasse, IV, I6, Servius Tullius, en même temps qu'il aurait aboli les anciennes tribus, qui étaient jusque-là des groupes de gentes, pour les remplacer par de nouvelles tribus qui devinrent des circonscriptions territoriales, aurait créé une nouvelle forme d'assemblées du peuple, les comices par centuries, dans lesquels, évènement social de premier ordre, auraient pu entrer aussi bien les

Source : BIU Cujas

plébéiens que les patriciens, et cela, dans la proportion de la richesse de chacun. Cette réforme supposait l'établissement du cens, c'est-à-dire la pratique du dénombrement de l'ensemble des citoyens, census. La tradition rapporte aussi en effet à Servius Tullius, l'établissement à Rome du cens, dont les opérations devaient avoir lieu tous les cinq ans.

Le cens.

Pénétrons maintenant avec Tite Live, I, 42 (Passage traduit dans Homo, Institutions politiques romaines, page 15), dans le détail de la constitution servienne.

Les cinq classes de citoyens

Les citoyens, aussi bien plébéiens que patriciens, sont répartis, d'après l'armement exigé d'eux suivant leur fortune, en cinq classes, qui sont elles-mêmes divisées en centuries. Chaque classe renferme un nombre égal de centuries de juniores, les plus jeunes, c'est-à-dire les citoyens âgés de moins de 46 ans accomplis, soumis au service de campagne, et de centuries de seniores, les plus vieux, âgés de 46 ans révolus, soumis seulement au service de place.

Les centuries de juniores et de seniores.

La Ière classe était constituée par les citoyens ayant au moins 100.000 as de fortune, anciennement au moins 20 arpents de terre, car il n'y avait que la terre qui comptait. Cette Ière classe formait 40 centuries de juniores et 40 centuries de seniores, au total 80 centuries.

La Ière classe.

La 2ème classe était constituée par les citoyens ayant 75.000 as. Elle formait 10 centuries de juniores et 10 centuries de seniores, au total 20 centuries.

La 2ème classe.

La 3ème classe était constituée par les citoyens ayant 50.000 as; elle formait 10 centuries de juniores et 10 centuries de seniores, au total 20 centuries.

La 3ème classe.

La 4ème classe était constituée par les citoyens ayant 25.000 as. Elle formait aussi 10 centuries de juniores et 10 centuries de seniores, au total 20 centuries.

La 4ème classe.

Enfin la 5ème classe était constituée par les citoyens ayant 11.000 as, ou en terre deux arpents. Elle formait 15 centuries de juniores et 15 centuries de seniores, au total 30 centuries.

La 5ème classe.

Le total général était de 170 centuries. A ces 170 centuries, on ajouta 18 centuries de cavaliers, soldats d'élite, qu'on adjoignit à la Ière classe, et 5 centuries de musiciens et d'ouvriers, qu'on appelait accensi velati, et qu'on incorpora à la dernière classe.

Les cavaliers.

Les accensi velati.

Soit en tout 193 centuries, dont l'assemblée constitua l'exercitus Servianus, l'armée de Servius.

Cette répartition des citoyens était faite principalement en vue du service militaire, mais elle était faite aussi pour l'exercice du droit de vote. La question se pose de savoir comment les centuries étaient ré-

Source : BIU Cujas

parties pour le vote.

D'abord les I8 centuries de cavaliers ouvraient le vote, comme elles ouvraient le combat. Puis les fantassins votaient par classe: d'abord les 80 centuries de la Ière classe, puis les 20 centuries de la 2ème classe, puis les 20 centuries de la 3ème, puis les 20 centuries de la 4ème, puis les 30 centuries de la 5ème et, pour terminer, les 5 centuries d'accensi velati.

Mode de votation des centuries.

Il était inutile de continuer l'appel des centuries, quand la majorité était atteinte. Ce résultat était obtenu quand les I8 centuries de cavaliers et les 80 centuries de la Ière classe avaient voté dans le même sens. Cela faisait, en effet, 98 centuries, c'est-à-dire plus de la majorité des I93 centuries. Donc, fait important au point de vue politique et social, le vote était ordinairement terminé après l'appel de la Ière classe, les dernières classes ne votaient presque jamais. Ainsi cette constitution, d'apparence démocratique, était en réalité une constitution foncièrement aristocratique.

Les cavaliers et la Ière classe ont la majorité.

Le vote avait lieu au Champ de Mars, sorte de champ de manoeuvres au pied des collines. C'était en même temps une sorte de revue militaire.

Voici la critique qui entre maintenant en scène. Est-il vraiment certain que les comices par centuries aient déjà existé à l'époque royale?

L'opinion tend aujourd'hui de plus en plus à s'affirmer que l'organisation des centuries n'aurait été créée que sous la République. On comprend très bien le but des historiens latins en mettant cette réforme sur le compte de Servius Tullius. C'est que les historiens latins ont voulu sciemment faire remonter à la royauté les institutions politiques républicaines, afin de montrer qu'elles puisaient leurs racines très loin dans l'histoire de Rome. Une raison particulière de douter, c'est le fait que Denys d'Halicarnasse, après avoir raconté la belle réforme de Servius Tullius, est ensuite obligé de supposer que les comices par centuries auraient été supprimés à la fin de l'époque royale, par le dernier roi, Tarquin le Superbe.

L'organisation des centuries ne paraît remonter qu'à la République.

D'après la critique la plus récente (Voir les pages remarquables de Homo, Institutions politiques romaines, pages I3 et suivantes), la réforme de Servius Tullius se réduirait à ceci: Elle aurait été en réalité exclusivement militaire et financière. Servius Tullius se serait contenté d'appeler dans l'armée les plébéiens les plus riches, en vue d'acquérir les soldats et les contribuables dont il avait besoin pour mener à bonne fin sa politique de conquête.

Portée de la réforme de Servius Tullius.

Source : BIU Cujas

Sous-section II - Les sources du Droit.

Les comices de l'époque royale ne font pas de lois.

Les sources du droit vont de pair avec l'organisation politique. Il y a un lien étroit entre elles. Par sources du droit, il faut ici entendre les modes de formation du droit.

A l'époque royale, on ne rencontre pas la source du droit la plus importante à l'heure actuelle, la loi, tout au moins au sens qu'a ce terme dans le droit public moderne, c'est-à-dire de toute disposition édictée par voie générale, sans considération d'espèces ni de personnes. Les comices de l'époque royale, aussi bien les comices par centuries, s'ils existaient, que les comices par curies, ne faisaient pas de lois comme nos assemblées parlementaires modernes.

Ils interviennent sur des questions particulières.

Alors, à quoi servaient-ils? Sur quelles questions exactement les comices avaient-ils à statuer? Ils intervenaient exclusivement dans des questions touchant le droit privé d'une personne déterminée. On est donc loin de la définition moderne de la loi. Les comices intervenaient lorsqu'il s'agissait de changer la constitution légale d'une famille par l'adoption, et aussi quand il s'agissait de déroger à l'ordre légal des successions par le testament (testamentum calatis comitiis, c'est-à dire les comices étant convoqués).

Toutefois, on a présenté des objections à cette manière de comprendre l'activité des comices à l'époque royale.

Les soi-disant lois curiates.

Une première objection touche les comices curiates. Un jurisconsulte du temps de l'empire, Pomponius, affirme au Digeste, livre I, titre 2, loi 2, paragraphe 2, l'existence de lois royales qui auraient été votées par les comices curiates et dont un recueil aurait été fait par un personnage du nom de Papirius vivant aux environs de l'expulsion des rois.

Mais la critique moderne a remis les choses au point en démontrant que le recueil attribué à Papirius devait être une publication apocryphe de la fin de la République ou du temps d'Auguste. Le principal argument, en ce sens, est que le texte - qui nous est parvenu par le canal de l'historien Denys d'Halicarnasse et du grammairien Festus - de certaines dispositions des soi-disant lois royales nous met exclusivement en présence de prescriptions religieuses qui, comme Velles, n'ont pu faire certainement l'objet d'un vote populaire.

Les soi-disant lois conturiates.

Une deuxième objection ne vise que les comices centuriates. Denys d'Halicarnasse, 4, IO, rapporte que Servius Tullius aurait fait voter au peuple réparti en centuries 50 lois sur les contrats et les délits. Ce sont

Source : BIU Cujas

bien là des matières générales s'adressant à tout le monde . Mais ici encore, il y a des raisons de douter. En effet, Denys suppose que le pouvoir législatif des comices par centuries aurait été abrogé sous Tarquin le Superbe. N'est-ce pas là le procédé déjà rencontré, tendant à faire remonter à la royauté des institutions politiques ne remontant qu'à la République ? Le doute est renforcé par ce que nous apprend la tradition romaine, à savoir que la première loi à Rome relative au droit privé est la loi des XII Tables, qui appartient certainement à l'époque de la République.

La coutume.

Si la loi n'est pas la source du droit, d'où va naître le droit? C'est d'une autre source, encore aujourd'hui très intéressante, la coutume, à laquelle est encore soumise l'Angleterre, avec la common law, et que les Romains appellent tantôt mos majorum, tantôt jus non scriptum. Par coutume, il faut entendre l'usage des ancêtres, mos majorum, qu'une longue habitude a fini par rendre obligatoire, et qui se transmet de génération en génération par la tradition orale, d'où son nom de jus non scriptum. La méthode comparative nous apprend qu'il en est ainsi pour tous les peuples à civilisation encore peu avancée.

Section II.

Organisation judiciaire et Procédure.

Le roi est le seul magistrat judiciaire.

Le seul magistrat judiciaire que nous rencontrons à l'époque royale, c'est le roi. En effet, en matière judiciaire, comme partout ailleurs, le roi intervient avec l'intégralité des attributions qu'il tient de sa qualité de chef unique, réunissant sur sa tête tous les pouvoirs, à la fois chef civil, militaire et religieux. Le roi rend la justice en public, revêtu de ses insignes, assisté de ses licteurs, qui représentent la force, du haut du tribunal, mot qui veut dire originairement élévation naturelle ou artificielle de nature à permettre au roi d'être vu de la foule et des intéressés.

Les jours néfastes.

Le roi ne rend pas la justice tous les jours. Il y a seulement certains jours déterminés propres à l'administration de la justice. Ils sont consignés dans une sorte de calendrier judiciaire. Les jours où l'administration de la justice était suspendue, s'appelaient les jours néfastes, dies nefasti.

Compétence judiciaire du roi.

Quelle était la compétence du roi, en tant qu'autorité judiciaire?

Cette compétence a été très restreinte, sous la première phase qu'a connue chez tous les peuples, l'or-

Source : BIU Cujas

L'organisation de la justice commence par la phase de la justice privée

ganisation de la justice, la phase qu'on appelle phase de la justice privée. Elle s'est ensuite élargie, quand, de la phase de la justice privée, on est passé à la phase de la justice publique. C'est toute l'histoire de la sanction du droit que nous allons avoir à retracer. Cette histoire est particulièrement intéressante pour le droit moderne, et spécialement pour le droit international public, qui est encore resté à des stades inférieurs de l'évolution.

I° Phase: La justice privée.

La phase de la justice privée.

Dans cette phase, la justice n'est pas comme aujourd'hui, où fonctionne de façon générale le système de la justice publique, rendue par les fonctionnaires de l'Etat. Elle est assurée par l'individu lui-même, qui, quand il se sent lésé par autrui dans son droit, se rend justice à soi-même soit en utilisant sa propre force physique, quand il croit être suffisamment fort pour triompher de son adversaire (d'où l'expression allemande Selbsthülfe "aide de soi-même", et celle de Faustrecht, le droit du poing, la loi du plus fort), soit en faisant appel à l'assistance des membres de la famille à laquelle il appartient. Voir pour la Grèce, l'ouvrage de M. Gustave Glotz: La solidarité familiale dans le droit criminel en Grèce. Dans le droit germanique, il faisait appel à la Sippe. A Rome, quoiqu'il n'y ait aucun texte, il devait y avoir à l'origine appel de l'individu lésé à la gens à laquelle il appartenait. Ce qui le prouve, c'est que nous connaissons encore un territoire de race italienne, où il est fait appel à la solidarité familiale: la vendetta corse est un vestige de la justice privée.

La solidarité familiale.

La justice privée en droit moderne.

Bien plus, aujourd'hui encore, dans notre siècle de belle civilisation, nous rencontrons encore, à titre exceptionnel, dans les Etats modernes, la pratique de la justice privée. D'abord, en matière de droit international, on recourt encore aujourd'hui à la guerre, en cas de conflits entre les Etats. Et que font les Etats, quand ils se font la guerre? Ils se rendent simplement justice à eux-mêmes. D'autre part, dans le droit social, en ce qui concerne les conflits entre patrons et ouvriers, on recourt aussi à la force de part et d'autre. Du côté ouvrier, c'est la grève; du côté des patrons c'est le lock out.

La guerre.

La grève et le lock out.

Ainsi, à l'origine de toutes les civilisations, il n'y a place que pour la justice privée. Si nous laissons de côté les rapports entre les Etats, pour lesquels le recours à la force a toujours existé et existe encore aujourd'hui, nous voyons que le régime de la justice

Source : BIU Cujas

privée a fonctionné à Rome pendant une grande partie de l'époque royale, aussi bien, division très importante, en ce qui touche les rapports des particuliers entre eux qu'en ce qui concerne les rapports de l'Etat avec les particuliers.

a) D'abord, en ce qui concerne les rapports des particuliers entre eux.

L'exercice de la justice privée s'est vraisemblablement manifesté d'abord dans la matière des délits.

La justice privée à Rome dans les rapports entre particuliers.

Quand une personne a subi d'une autre une offense, un tort, comme disent encore les Anglais (Droit des torts), par exemple des coups et blessures, elle se venge sur cette dernière. C'est ce qu'on appelle le droit de la vengeance privée. Il y a là, comme une sorte de réflexe instinctif. Il en a été de même quand une notion rudimentaire du droit a commencé à se faire jour dans la conscience populaire. L'individu a alors réalisé par ses propres moyens le droit qu'il avait ou qu'il croyait avoir à l'encontre d'une autre personne, droit de propriété, par exemple. Si un individu occupe la maison dont un autre individu se croît propriétaire, ce dernier le met à la porte.

Mais de bonne heure, les moeurs s'adoucissent et des tempéraments apparaissent à l'exercice brutal primitif de la justice privée. Quels sont ces tempéraments?

Tempéraments à la justice privée:

le système des compositions volontaires.

I° - En matière de délits, on voit s'établir la pratique du rachat par l'auteur du délit, du droit de vengeance que la victime pouvait exercer sur lui. L'auteur du délit s'entend avec la victime pour composer, et cette composition aura pour objet une somme d'argent, que la victime va recevoir de l'auteur du délit. C'est la phase qui suit la phase de la vengeance privée. On appelle ce système, le système des compositions volontaires.

Régularisation de l'exercice de la justice privée.

2° - L'exercice de la justice privée se régularise. Les gens ne vont pas pouvoir se rendre justice eux mêmes comme il leur plaît. Certaines procédures vont s'organiser. Ces procédures ne sont pas encore des procédures judiciaires, c'est-à-dire exigeant l'intervention de l'autorité publique. Ce sont des procédures essentiellement extrajudiciaires. Ces procédures sont destinées à règlementer l'exercice que les individus peuvent faire de leur droit de vengeance. A l'origine, elles se présentent comme des rites établis par la coutume. Par exemple, la saisie privée. On va prendre quelque chose qui appartient à autrui et on l'emporte, mais en suivant un certain rite. Sinon, l'exercice de la justice privée serait contraire aux usages.

L'arbitrage

3° - Tempérament, très important pour l'histoire

Source : BIU Cujas

facultatif.

du droit international d'aujourd'hui, qui s'est arrêté à ce stade inférieur, lequel marque cependant un progrès, par rapport à la guerre. C'est l'arbitrage facultatif. Les parties s'entendent pour charger une tierce personne, appelée arbître, du soin de trancher le litige qui les divise.

La justice privée dans les rapports de l'Etat avec les particuliers.

b) - Dans les rapports de l'Etat avec les particuliers, la justice privée se manifeste aussi. L'Etat, incarné dans la personne du roi, venge ses offenses, ses torts, comme le fait un simple particulier, par la vengeance privée. Il en sera ainsi:

Les litiges d'ordre administratif.

I° - Quand le roi agit comme chef de l'administration, dans les litiges d'ordre administratif. L'Etat est à la fois juge et partie. Cela paraît exorbitant. Cependant il y a des survivances de ce régime dans le droit administratif moderne.

2° - Quand le roi agit comme chef du gouvernement et comme chef de la religion. Ce sont les origines mêmes du droit criminel que nous évoquons. Nous allons voir apparaître les premiers délits publics, c'est-à-dire les délits qui vont être réprimés par l'Etat. Voici comment: Tous les actes des particuliers dont le roi à Rome assure à l'origine la répression constituent, si l'on va au fond des choses, des délits qui atteignent à la fois l'Etat et les dieux, et dont le roi tire vengeance, en sa double qualité de chef du gouvernement et de chef de la religion. Par exemple, l'attentat contre la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat, le crime de perduellio, par lequel un membre de la cité s'est conduit contre elle en ennemi, et en raison duquel il est en retour traité comme ennemi, c'est-à-dire mis à mort. Autre exemple: La violation des murailles de la ville, qui met le coupable au ban de la cité, le livre à la vengeance des dieux infernaux. C'est un homo sacer, de sorte que le roi a le devoir de le mettre à mort. Comme on l'a très bien écrit, à Rome, le premier bourreau fut un sacrificateur.

Le roi réprime les délits contre l'Etat et la religion.

2ème Phase: Passage de la justice privée à la justice publique.

Dans cette histoire, il faut, pour plus de clarté, distinguer le civil et le criminel.

Distinction des délits publics et des délits privés.

A.- En ce qui concerne le criminel, c'est-à-dire la répression publique des délits, jusqu'à maintenant, nous n'avons rencontré que des délits n'intéressant pas les simples particuliers. Or, il vint une époque où l'Etat réprima aussi certains délits intéressant les simples particuliers, par exemple, le meurtre. A l'origine, le meurtre se trouvait en dehors de toute répression pu-

Source : BIU Cujas

blique. Il donnait naissance exclusivement à la vengeance de la famille du mort. Mais il arriva un moment où l'Etat s'intéressa à la répression du meurtre. Le meurtre devint alors ce qu'on appela un délit public, par opposition aux autres délits portant atteinte aux particuliers, (ex. le vol), et qui continuèrent à être soumis au régime de la vengeance privée, avec le tempérament du rachat de la vengeance, délits qu'on appelle délits privés.

Qu'est-ce qui amena l'Etat à la répression publique de certains délits intéressant les particuliers? C'est vraisemblablement l'idée que dans ces délits-là il y avait en plus de l'intérêt lésé du particulier, une offense à l'Etat. Cette idée se serait fait jour à propos du meurtre. Le meurtre volontaire d'un membre de la cité fut considéré comme portant atteinte à l'inviolabilité de la vie humaine et par suite, constituant une véritable offense aux dieux. Le roi est venu alors le réprimer comme chef religieux. Il en fut ensuite de même en ce qui concerne l'incendie volontaire qui comporte des risques de pertes de vies humaines.

Le meurtre.

L'incendie volontaire.

Ainsi se constitua la distinction fondamentale, que nous retrouverons en seconde année, des délits publics et des délits privés, qui domine tout le droit pénal romain.

Le système des délits privés n'échappa pas non plus à la règlementation de l'Etat. Quand il fut devenu assez fort, l'Etat abolit la vengeance privée, et il imposa à la victime du délit une composition, une amende fixée par lui, ayant le caractère légal. C'est le système des compositions légales. Dans le Cours d'histoire du droit, on trouvera le même système dans les lois barbares. La loi salique, par exemple, est avant tout, un recueil de tarifs de compositions légales.

Les compositions légales.

Avec la composition légale, on quitte le criminel, pour passer au civil. En effet, cette amende,(poenae),cette rançon fixée par l'Etat constitue une obligation civile à la charge de l'auteur du délit, obligation dont la victime devra poursuivre l'exécution sur le terrain civil.

B.- Comment, sur le terrain civil, est-on passé de la justice privée à la justice publique?

Les procédures judiciaires.

Il en fut ainsi quand apparut la première procédure judiciaire, car jusque-là, nous n'avons rencontré que des procédures extrajudiciaires. Les procédures judiciaires sont ainsi appelées, parce qu'elles impliquent une intervention de l'autorité publique.

Nous renvoyons à l'époque républicaine l'étude détaillée des procédures, tant judiciaires qu'extrajudiciaires qu'a connues l'ancien droit romain. (Système gé-

Source : BIU Cujas

néral des legis actiones). Nous nous contenterons, pour le moment, d'insister sur le caractère particulier que présentent les procédures judiciaires, et qui pendant longtemps, marqua le procès civil romain d'un trait original. C'est que l'intervention du magistrat se trouve accompagnée d'une entente entre les parties et d'une collaboration des parties avec le magistrat.

Caractère particulier de ces procédures judiciaires.

Cette entente et cette collaboration, dans lesquelles il faut peut-être voir des vestiges du système de l'arbitrage facultatif, se révèlent principalement aux deux points de vue suivants:

1° - L'initiative du procès appartient entièrement au demandeur. C'est lui seul, et non le magistrat, qui doit assurer par ses propres moyens la comparution du défendeur en justice.

2° - Pendant très longtrmps, le droit romain n'a pas connu de procédure par défaut. Aujourd'hui, si un individu est cité en justice, et ne comparaît pas, il est jugé quand même. A Rome, il n'en a pas été ainsi pendant longtemps, parce que pour que le procès puisse se lier entre les parties, il faut qu'une entente intervienne entre elles.

Section III.

Caractères généraux du droit privé.

Le droit en vigueur à l'époque royale est exclusivement le droit quiritaire (jus quiritium), ou droit civil, (jus civile), c'est-à-dire le droit propre aux citoyens romains.

Ce droit qui s'applique à un peuple de cultivateurs aux moeurs rudes et en même temps simplistes, présente en conséquence les deux caractères suivants:

Son caractère formaliste.

A - C'est un droit formaliste. La volonté à elle seule est impuissante à produire des effets juridiques. Elle ne le fait qu'en se manifestant par des formes consacrées qui donnent aux actes juridiques, toute leur valeur effective.

Exemple d'actes formalistes.

Comme exemples d'actes du droit privé romain imprégnés de formalisme, nous citerons les actes per aes et libram; c'est-à-dire les actes qui se forment par l'airain et la balance et qui impliquent en plus du prononcé de paroles sacramentelles une pesée de métal.

Les actes per aes et libram.

Appartient à cette catégorie d'actes, la mancipation, dont nous rencontrerons cette année des applications aussi bien dans le droit des personnes que dans le droit du patrimoine.

Source : BIU Cujas

Avantages et inconvénients du formalisme.

Le formalisme présente à la fin des avantages et des inconvénients.

a) - Le formalisme a des avantages certains:

I° il précise le moment de la naissance du droit produit par l'acte, en même temps que l'étendue de ce droit.

2° - Il facilite la preuve de l'acte. A une époque où n'existe pas la pratique des écrits probatoires, les paroles sacramentelles et les gestes solennels ont l'avantage de faciliter la preuve par témoins.

b) - Mais par contre le formalisme a des inconvénients sérieux.

I° - Toute formalité, toute solennité est une gêne qui entraîne nécessairement des pertes de temps.

2° - S'il y a eu la moindre violation des règles formalistes, l'acte est frappé de nullité.

Son caractère rude.

B. C'est un droit rude (strictum. G. Gaius, III I8). Ce caractère apparaîtra principalement cette année dans les institutions du droit de la famille (organisation familiale unilatérale qui place toujours les pouvoirs d'un seul côté sans contrepoids), et du droit successoral (exclusion de nombreux parents). C'est, d'autre part, un droit rude en ce qu'il implique une interprétation étroite des actes juridiques. On ne tient pas compte de l'intention des parties et de la bonne foi. On ne se demande pas davantage si la volonté des parties n'a pas été faussée par l'erreur, le dol ou la violence.

Chapître II

LA REPUBLIQUE.

La fondation de la République à Rome, suivant la chronologie traditionnelle, se place en 245 de Rome, 509 avant J.C. Cette fondation se trouve chez les historiens latins entourée de récits légendaires. Qui ne connaît la famcuse histoire du viol de Lucrèce par le fils de Tarquin ? Avec la fondation de la République, s'ouvre une ère de conquêtes, et il faut, dans cette ère de conquêtes, distinguer avec soin deux grandes périodes:

Les 2 périodes des conquêtes de la République.

1° - Jusqu'à la fin de la première guerre punique (5I3 de Rome, 24I avant J.C.) c'est la conquête de l'Italie.

2° - Depuis la fin de la première guerre punique jusqu'à l'établissement de l'Empire (725 de Rome, 29 Avant J.C.), Rome étend sa domination, hors de l'Italie, sur l'ensemble du bassin méditerranéen. La mer Méditerranée devient un lac romain, mare nostrum. Ce sont

Source : BIU Cujas

les conquêtes de la Sicile, de la Sardaigne, de la Corse, de la Macédoine, de la Grèce, de l'Afrique du Nord, de l'Espagne, enfin de la Gaule.

Pour cette histoire des conquêtes, consulter les 3 ouvrages récents -(qui s'arrêtent tous les trois à la conquête de l'Afrique du Nord, 608 de Rome, 146 avant J.C.): Léon Homo, l'Italie primitive et les débuts de l'impérialisme romain. Ettore Pais, Histoire Romaine, tome I, dans la collection de l'Histoire générale dirigée par Gustave Glotz, André Piganiol, la Conquête Romaine, dans l'Histoire générale, publiée sous la direction de Louis Halphen et Philippe Sagnac.

Après ces précisions, nous allons, comme nous l'avons fait pour l'époque royale, dégager les facteurs, économiques et moraux, distinguant avec soin l'une de l'autre les périodes antérieure et postérieure aux conquêtes hors de l'Italie.

1°-avant les conquêtes hors de l'Italie.

Nous n'avons pas à enregistrer un grand changement par rapport à l'époque royale.

Réformes en ce qui touche la monnaie.

a) Au point de vue économique, le peuple romain demeure un peuple de ruraux. Mais on assiste à un certain développement des transactions commerciales, tandis que l'instrument d'échange se perfectionne. La monnaie proprement-dite, c'est-à-dire les pièces de monnaies frappées, fait son apparition. C'est l'aes grave.

La monnaie de cuivre.

Contrairement à la doctrine de Mommsen, suivant laquelle cette transformation aurait eu lieu à l'époque des XII Tables,(303 de Rome, 451 avant J.C.) il y a aujourd'hui tendance parmi les historiens de la monnaie à penser que la réforme n'aurait eu lieu qu'un siècle environ après la loi des XII Tables , exactement après la première victoire d'Actium en 416 de Rome, 338 avant J.C., que rappellent les proues de navire représentées au revers des plus anciennes pièces de monnaie romaines qui nous sont parvenues. Voir l'album de Haeberlin, Corpus nummorum aeris gravis, 1910 (à la bibliothèque de la Sorbonne).

La monnaie d'argent.

Les premières pièces de monnaie étaient exclusivement en cuivre ou airain. En 486 de Rome, 268 avant J.C., fut introduite la monnaie d'argent sous forme d'un denier (denarius).

La réduction du poids des monnaies maintient la pesée réelle.

Même après l'apparition des premières pièces de monnaie de cuivre, il semble bien que l'on ait continué dans les transactions à peser les pièces de monnaie, celles-ci, qui étaient à l'origine du poids d'une livre comprenant 12 onces, ayant été progressivement ramenées à un poids inférieur à 12 onces.

Sur les dernières données de la science numismatique, on trouvera des renseignements intéressants

Source : BIU Cujas

Bibliographie.

dans le grand dictionnaire allemand d'économie politique de Conrad, 3° édition (Mr. Fliniaux la préfère à la 4°) 1903, tome VI, pages 832 et suivantes, article de Pick, Münzwesen, l'Institution de la monnaie: et dans Charles Appleton, Revue générale de droit 1920 et sa monographie: La monnaie romaine et la loi des XII Tables, Paris 1925.

b) Au point de vue moral.- La morale continue à se confondre avec la religion et une grande place appartient toujours au fas, droit sacré ou religieux. La loi des XII Tables renferme certaines prescriptions qui semblent bien relever plutôt du fas que du jus, par exemple, celles relatives aux funérailles (Table X, loi 4: interdiction des lamentations) et celles prescrivant des peines religieuses (Table VIII, loi 24 a: offre d'un bélier expiatoire en cas de meurtre involontaire).

Grande importance du fas.

2° - Après les conquêtes hors de l'Italie.

Les conquêtes hors de l'Italie eurent de grandes conséquences tant au point de vue économique qu'au point de vue moral.

Conséquences économiques des conquêtes.

a) Au point de vue économique, elles eurent pour résultat de faire disparaître la classe moyenne, surtout dans les campagnes. Les Romains des campagnes avaient continué à s'adonner à l'agriculture, comme les Romains primitifs. C'est cette classe de petits cultivateurs qui disparaît presque complètement, à la suite des conquêtes, pour les trois raisons suivantes:

Disparition de la classe moyenne agricole.

1° - C'est surtout parmi eux que se recrutaient les soldats, et il en était tombé des centaines de milliers sur les champs de bataille.

Ses causes.

2° - Contribua aussi à cette disparition la transformation que subit l'agriculture italienne. Jusqu'alors, on avait surtout cultivé le blé en Italie. Quand le Sénat eut annexé la Sicile, la Sardaigne, et l'Afrique, le blé de ces pays afflua à Rome. Les petits cultivateurs italiques ne purent pas supporter cette concurrence.

3° - L'avilissement de la monnaie, à la suite de la crise monétaire, conséquence probable des dépenses militaires qu'avait dû faire Rome. Le taux de l'intérêt s'éleva jusqu'à 12 %, et les petits cultivateurs obligés d'emprunter, furent ruinés.

Les petits cultivateurs, forcés ainsi d'abandonner les campagnes, allèrent se fixer à Rome et vinrent grossir ce qu'on a appelé la plèbe urbaine, vivant des aumônes de l'Etat et des riches, et qu'il fallait soigneusement amuser et entretenir, car c'étaient des électeurs.

Augmentation de la plèbe urbaine.

C'est le moment où, sur les ruines de la class

Source : BIU Cujas

moyenne, on vit s'édifier à Rome le régime capitaliste, qui se manifesta aux 2 points de vue suivants:

Les grands domaines.

1° - Les riches propriétaires fonciers ne souffrirent pas des conquêtes. Ils remplacèrent la culture du blé par celle de l'olivier et de la vigne, et par les pâturages. Avec l'argent dont ils disposaient, ils purent se procurer la main-d'oeuvre (esclaves, dont les conquêtes avaient grossi considérablement le nombre et aussi hommes libres, obligés maintenant de louer leurs services) nécessaire pour l'exploitation de leurs domaines agricoles qui ne cessèrent de s'agrandir, jusqu'au point de constituer les grands domaines appelés latifundia.

Le commerce est interdit aux nobles.

2° - Les riches, qui n'étaient pas nobles,- car à la veille des invasions d'Annibal (535 de Rome, 219 avant J.C.), une loi Claudia interdit aux nobles toute participation directe et immédiate aux affaires industrielles et commerciales,- s'adonnèrent à l'industrie,

Le commerce d'importation et de l'argent.

et surtout au commerce (importation en Italie des matières que cette contrée ne produisait pas ou ne produisait pas suffisamment, et aussi commerce de l'argent. Alors apparaissent les banquiers(argentarii) et autres "manieurs d'argent", principalement les publicains ou fermiers de l'impôt).

b)- Au point de vue moral. La morale à Rome, à la fin de l'époque républicaine, tend à se séparer de la religion, à devenir purement philosophique.

La morale se sépare de la religion.

C'est le domaine de la philosophie qu'on appelle l'éthique. Depuis l'époque de sa fondation, Rome n'avait cessé d'être en rapport avec la Grèce. Les Etrusques, et plus tard les Grecs de l'Italie méridionale, furent les premiers propagateurs de l'influence hellénique. Mais

L'influence de la civilisation grecque.

c'est surtout en Sicile, pendant la première guerre punique, que les Romains prirent contact avec la civilisation grecque. C'est alors que l'art et la littérature de Rome s'imprégnèrent de la pensée grecque. Avec la guerre de Macédoine, les relations se resserrent davantage. Jusque là, les Romains avaient rarement visité la Grèce proprement-dite. Leurs légions foulent maintenant son sol. Leurs généraux, Flamininus et Paul Emile, se laissent prendre aux séductions du génie hellénique. En 586 de Rome, 168 avant J.C., après sa victoire sur Persée, Paul Emile, en attendant l'arrivée des commissaires du Sénat, parcourt la Grèce, accompagné de son fils adoptif, Scipion l'Africain, le futur vainqueur de Carthage, à qui il avait donné une éducation hellénique. Pour la compléter, il met à sa disposition la bibliothèque de Persée, et il demande aux Athéniens de lui envoyer le philosophe le plus estimé de leur ville. Cicéron s'est plû à nous montrer autour de Scipion

Source : BIU Cujas

toute une réunion de jeunes nobles partageant le même enthousiasme pour les productions du génie grec. C'est, comme il l'appelle lui-même, le cercle de Scipion, dont firent partie des jurisconsultes connus de l'époque républicaine. C'est là une observation des plus importante, car c'est par là que s'est faite la pénétration de la philosophie grecque dans le droit romain.

Sa pénétration dans le droit romain par la philosophie grecque.

Scipion et ses amis, d'autre part, furent, en 599 de Rome, 155 avant J.C., parmi les nombreux auditeurs qui se pressèrent, comme le rapporte Plutarque (Vie de Caton, Chapître 22), autour des trois philosophes qu'Athènes, après le sac d'Orope, envoya en ambassade à Rome, pour obtenir une réduction de l'amende qui lui avait été infligée. Athènes avait cru très habile d désigner comme ambassadeurs les trois membres les plus célèbres de ses écoles philosophiques: le péripatéticien Critolaos, le stoïcien Dibgène de Babylone et l'académicien Carnéade. Ils étaient à peine arrivés, dit Plutarque, que les jeunes Romains qui avaient du goût pour les lettres, et ils étaient nombreux, étant allés les voir, en furent ravis d'admiration, et ne pouvaient se lasser de les entendre. Carnéade surtout eut un succès prodigieux. "C'était, écrit Plutarque, comme un souffle impétueux qui retentit dans toute la ville. On disait partout qu'il était venu un Grec d'un savoir merveilleux qui charmait et attirait tous les esprits, qui inspirait aux jeunes gens un tel amour de la science que, renonçant à toute autre occupation, ils étaient saisis d'enthousiasme pour la philosophie".

Les ambassadeurs philosophes d'Athènes.

Sans doute, résistèrent à cette séduction les vieux Romains, principalement Caton l'Ancien. Ils accusèrent les philosophes grecs de vouloir, avec leurs belles théories, saper les bases de la cité et pervertir le peuple. Caton enleva même le vote d'un sénatus-consulte enjoignant aux philosophes "de retourner dans leurs écoles disserter avec les enfants des Grecs".

Vaine réaction de Caton l'Ancien.

Mais Caton ne fut pas assez fort pour empêcher le mouvement de se propager dans l'élite. Peu après le départ de nos ambassadeurs philosophes, arriva un autre philosophe, Panaetius (en grec Panaitios), philosophe stoïcien, mais non sectateur servile de toutes les traditions de son école. C'était un esprit libre et délicat, qui prenait son bien partout où il le trouvait, chez Platon, chez Aristote. Son éclectisme ne pouvait que le servir auprès de l'élite des Romains. Son succès fut considérable. Cicéron nous parle de sa familiarité avec Scipion. Il eut comme élèves plusieurs grands jurisconsultes de l'époque républicaine.

L'éclectisme de Panaetius.

Lorsque la philosophie grecque se répandit chez les Romains cultivés, le problème de la morale et de la

Source : BIU Cujas

Doctrine romaine sur les rapports du droit et de la morale.

loi retint leur attention. Leur esprit pratique les conduisit à emprunter aux diverses écoles philosophiques grecques des idées avec lesquelles ils construisirent une doctrine éclectique tendant à sauvegarder l'intérêt général. Cette doctrine romaine sur les rapports du droit et de la morale tient dans les deux propositions suivantes: 1° - aucune législation positive ne peut être strictement conforme à la morale absolue. La notion d'utilité joue un rôle de premier plan dans l'élaboration du droit, rôle que les préoccupations morales ne peuvent faire disparaître.

2° - La législation positive, autant que le permet l'utilité sociale, doit tendre à se rapprocher le plus possible de la morale, soit par innovation législative, soit par l'emploi de l'équité pour interpréter et compléter la loi écrite.

Consulter: Auguste Bill, La Morale et la loi dans la philosophie antique, Paris, Alcan, 1928 et le compte rendu de Georges Boyer dans la Revue historique de droit, 1930, p. 526 et suivantes.

Il reste maintenant à étudier les facteurs sociaux, politiques et juridiques (1)

Section I - Organisation politique et sources du Droit.

Sous section I - Organisation Politique.

§ I - Les éléments constitutifs de la Société.

Eléments de la Société.

Nous rencontrons d'abord des hommes libres. Ce sont: Les citoyens, les étrangers. Puis des hommes qui ne sont pas libres, les esclaves, ensuite des demi-libres, parmi lesquels, les personnes in mancipio, enfin des hommes qui sont libres, mais ne l'ont pas toujours été, les affranchis.

Etudions ces différentes catégories en nous plaçant principalement au point de vue juridique.

---

(1) Bibliographie générale: En plus des ouvrages cités plus haut, on pourra consulter: Bloch et Carcopino, La République romaine, depuis l'an 153 avant J.C. (Tome II de l'Histoire romaine, dans la Collection de l'histoire générale, dirigée par Gustave Glotz.

Source : BIU Cujas

I. Les citoyens.

§ I. Sources de la qualité de citoyen.
§ 2. Condition des citoyens.
§ 3. Perte de la qualité de citoyen.
§ 4. Différentes classes de citoyens.

§ I - Sources de la qualité de citoyen.

On devient citoyen par la naissance.

On devient à Rome citoyen, d'abord par la naissance. Il n'y a pas de difficulté, quand les deux auteurs ont la même condition, sont tous les deux citoyens.

L'enfant légitime suit la condition du père.

La difficulté commence quand ils ne sont pas de la même condition. Une première question juridique se pose: Duquel des deux auteurs l'enfant suit-il la condition ? Il faut faire une distinction:

1° Hypothèse: les auteurs sont mariés. L'enfant suit alors la condition du père, en vertu de la fameuse règle Pater is est quem nuptiae demonstrant, le père est celui que le mariage démontre.

L'enfant naturel, la condition de la mère.

2° Hypothèse: Les auteurs ne sont pas mariés. L'enfant suit alors la condition de la mère. Toutefois une exception a été apportée par la loi Minicia. Elle décida que l'enfant d'une Romaine et d'un étranger suivrait la condition la plus inférieure, c'est-à-dire celle du père.

Moment où la condition s'apprécie.

Une autre question délicate se pose: A quel moment la condition de l'auteur s'apprécie-t-elle ? Il faut encore faire une distinction.

I° Hypothèse: les auteurs sont mariés. L'enfant prend la condition du père au moment de la conception.

2° Hypothèse: Les auteurs ne sont pas mariés. L'enfant prend la condition de la mère au moment de l'accouchement, quelques variations qu'elle ait pu subir pendant la grossesse.

Le bienfait de loi. La naturalisation.

On peut aussi devenir citoyen par un fait postérieur à la naissance. C'est le bienfait de la loi, la naturalisation. Mais pour leur étude, nous renvoyons aux développements consacrés aux étrangers.

§ 2 - Condition des citoyens.

I° - Condition privée.

Le citoyen romain a seul la pleine jouissance du jus civile, c'est-à-dire du droit exclusivement propre aux citoyens. Or, le jus civile comprend à l'époque

Source : BIU Cujas

Le citoyen jouit du jus civile.
Le conubium.

républicaine les trois éléments essentiels suivants:

1° - Le conubium, c'est-à-dire le droit de se marier en justes noces. Toutefois, jusqu'à la loi Canuleia de 509 de Rome, 445 avant J.C., le mariage fut prohibé entre patriciens et plébéiens.

Le commercium.

2° - Le commercium, c'est-à-dire le droit de faire, d'après le droit romain, des actes juridiques.

La legis actio.

3° - La legis actio, c'est-à-dire le droit d'agir en justice pour la réalisation de son droit, suivant l'antique forme de procédure purement romaine.

II° Condition politique.

Droits politiques des citoyens.

Les citoyens romains avaient:

1° - le droit de servir dans les légions.

2° - Le droit de vote, jus suffragii. C'est pour cela qu'on entretenait la plèbe urbaine.

3° - Le droit d'être élu aux magistratures, jus honorum. Mais ce droit fut d'abord refusé aux plébéiens, et il ne leur fut ensuite accordé qu'après de longues luttes.

4° - Le droit d'avoir un nom romain.

Elément du nom romain.

Chaque citoyen porte un nom romain. Quels sont les éléments essentiels de ce nom ? Prenons par exemple le nom de Cicéron. Le nom comprenait d'abord un prénom: Marcus, puis un nom de famille, nomen gentilicium: Tullius, issu de la gens Tullia; un surnom, cognomen: Cicéro, puis le nom de la tribu à laquelle il appartient: Tribu Cornelia, et comme il est né en justes noces, on indique la filiation légitime, le nom du père: Marci filius, et le nom du père est intercalé entre le nom de famille et le surnom. Voici le nom complet de Cicéron: M(arcus) Tullius, M(arci) f(ilius), Corn(elia tribu), Cicero.

§ 3 - Perte de la qualité de citoyen.

La perte de la liberté fait perdre la qualité de citoyen.

Toutes les causes qui entraînaient la perte de la liberté faisaient perdre par voie de conséquence la qualité de citoyen, car un esclave ne pouvait être membre de la cité. Il suffit donc ici d'indiquer les causes qui, sans toucher à la liberté, faisaient perdre à Rome la cité.

Autres causes.

1° - L'admission d'un citoyen comme membre d'une cité étrangère, car il est de principe qu'on ne peut appartenir à la fois à deux cités différentes. Cf. les articles 17 et 18 du Code civil français.

2° - La condamnation d'un citoyen à la peine de l'interdiction de l'eau et du feu, aquae et igni interdictio.

Source : BIU Cujas

§ 4 - Différentes classes de citoyens.

Décadence du patriciat.

Au cours du V° siècle de Rome, IV° siècle avant J.C., une nouvelle aristocratie de nature essentiellement politique se forma, en remplacement de l'ancien patriciat, dont les privilèges se bornèrent au domaine de la religion (Exemple: fonction de rex sacrorum qui ne pouvait être exercée que par les patriciens. Entre les grandes familles patriciennes et plébéiennes, un rapprochement s'était opéré, grâce à la communauté des intérêts, et à la faveur des mariages mixtes, depuis la loi Canuleia. Peu à peu, ces familles s'étaient fondues en une aristocratie nouvelle, la noblesse patricio-plébéienne, la nobilitas. La nobilitas, c'est l'ensemble des familles qui comptent dans le passé ou le présent un ou plusieurs membres arrivé à une magistrature curule. L'homme, qui, le premier dans sa famille, a revêtu une magistrature curule, est appelé un homme nouveau, homo novus. Il fonde alors la noblesse de sa famille, il est l'auctor, le princeps nobilitatis. Cf. dans l'ancien droit français la noblesse de robe.

Formation de la nobilitas.

La classe des chevaliers.

2° classe de citoyens. A partir du VI° siècle de Rome, III° siècle avant J.C., on voit se constituer une nouvelle classe de citoyens, celle des chevaliers, equites. Voici les origines de cette classe. Elle a son point de départ dans l'organisation militaire. Les 18 centuries équestres avaient tout d'abord fourni exclusivement la cavalerie à l'armée romaine. Elles se composaient de cavaliers equo publico, ainsi appelés parce qu'ils recevaient leur cheval de l'Etat. Cette organisation se révéla insuffisante, avec les guerres de conquêtes. A la fin du VI° siècle de Rome, III° siècle avant J.C., on prit l'habitude d'adjoindre aux equites equo publico tous les hommes de la première classe qui étaient présumés capables de servir dans l'armée romaine equis privatis, c'est-à-dire avec des chevaux achetés à leurs frais. Telle est l'origine de cette classe de chevaliers. Au Moyen-âge, on rencontre aussi des chevaliers.

Les equites equo publico.

Les equites equis privatis.

A Rome, ce sont ces chevaliers qui s'adonnèrent aux affaires commerciales et industrielles, et, un moment même, on les confondit avec les publicains ou fermiers de l'impôt.

Sur les chevaliers, on peut consulter l'ouvrage récent d'Arthur Stein, Les chevaliers romains (en allemand) Munich 1927, avec le compte rendu de Kuebler dans la Revue de la Fondation Savigny, 1928, p. 651.

Source : BIU Cujas

II. Les étrangers.

Les étrangers.

La situation des étrangers à Rome n'avait pas tardé à s'améliorer. Des traités d'alliance furent conclus entre Rome et les peuples voisins, en particulier les cités latines. Rome reconnut à ces étrangers des droits, que les citoyens romains pouvaient aussi exiger d'eux par réciprocité dans leur propre pays. Au VI° siècle de Rome, III° siècle avant J.C., on se trouve en face de la situation suivante: l'Etat romain comprend désormais, à côté des citoyens, des ressortissants plus ou moins bien traités, qu'on ne considère plus comme des véritables étrangers. Ce sont les Latins et les pérégrins.

Les latins et les pérégrins.

I. Les Latins.

§ I - Acquisition de la qualité de latin.
§ 2 - Condition des Latins.
§ 3 - Perte de la qualité de Latin.

§ I - Acquisition de la qualité de Latin.

On devient Latin d'abord par la naissance, et les développements donnés à l'occasion des citoyens sont à répéter. Nous y renvoyons.

Distinction de deux sortes de Latins.

Reste à savoir quelle a été la source première de la qualité de Latin. Il faut faire une distinction d'après l'ordre chronologique. Jusqu'en 486 de Rome, 268 avant J.C., on ne rencontre que des Latins qu'on appellera après cette date Latini veteres, latini prisci, les vieux Latins, pour les opposer à une autre variété de Latins, qui n'apparaîtra qu'en 486 de Rome, et qu'on a appelés Latini coloniarii, Latins coloniaires.

A - Les Latini veteres.

Les Latini veteres.

Ce sont: 1° - Les habitants du Latium.

2° - Les membres des colonies latines faites par la ligue latine, jusqu'à sa dissolution en 416 de Rome, 338 avant J.C. Ces colonies étaient composées de Romains, de Latins et de Herniques.

3° - Les membres des colonies latines recrutées dans Rome, qui renonçaient à leur nationalité pour recevoir des terres.

B - Les Latini coloniarii

Les Latini coloniarii.

Cette nouvelle variété de Latins vient du régime inférieur imposé, à partir de 486 de Rome, 268 avant J.C.

"Les Cours de Droit"
3, Place de la Sorbonne
RÉPÉTITIONS ÉCRITES ET ORALES

à de nouvelles cités latines, qui furent fondées dans un but politique. La première de ces colonies est celle d'Ariminum, et il y en eut 11 autres, d'où le nom de duodecim coloniae pour les désigner.

§ 2 - Condition des Latins.

La condition des Latins se trouve inférieure à celle des citoyens et cette infériorité est surtout accusée en ce qui concerne les nouveaux Latins, les Latins coloniaires.

A - Condition privée.

Les Latini veteres ont seuls le conubium.

1° - Les Latini veteres avaient, soit tous, soit pour la plupart, le conubium avec les Romains. Au contraire, les Latini coloniarii ne l'avaient pas. Alors se pose cette question: Comment étaient réglés les rapports de famille . Ils étaient régis par leur droit national, qui se rapprochait beaucoup du droit propre aux Romains. Cela n'est pas pour nous étonner, puisque ce sont des peuples de même race. Ainsi un document épigraphique , la Table de Salpensa, Chapître 21 et suivants, (Girard, Textes, 5° éd. page 109) montre qu'ils étaient soumis à un régime analogue à celui des citoyens Romains, pour la puissance paternelle, pour l'affranchissement etc,.. Même le droit national de ces Latins présentait,par rapport au droit Romain, un certain caractère d'archaïsme. Il s'était maintenu plus près des institutions primitives. Ce caractère se rencontre surtout à propos de l'institution des fiançailles. En droit romain, comme dans notre droit civil actuel, on ne pouvait pas contraindre un fiancé à se marier. Au contraire, en vieux droit latin, on pouvait contraindre à l'exécution du contrat de fiançailles par une action en justice.

Les Latins ont le commercium et la legis actio. Ils ont le droit de vote.

2° - Les Latins avaient tous le commercium.

3° - Les Latins avaient tous la legis actio.

B - Condition politique.

Les Latins avaient le droit de voter à Rome, parce qu'ils pouvaient voter dans toute cité de la ligue latine, donc y compris Rome.

Le nom Latin.

Ils portaient un nom analogue au nom romain. Mais, à la différence des citoyens romains, ils n'avaient pas le jus honorum, c'est-à-dire le droit de l'éligibilité, ni le droit de servir dans les légions.

§ 3 - Perte de la qualité de Latin.

Comment se perd la qualité de Latin.

Une distinction doit être faite:

1° - On pouvait perdre la qualité de Latin pour prendre une condition pire; par exemple en devenant esclave. On peut dire que toutes les causes qui entraînaient la per-

Source : BIU Cujas

te de la liberté avaient pour conséquence de faire perdre également le titre de Latin. On pouvait aussi cesser d'être Latin pour devenir pérégrin. Il en était ainsi, quand un Latin encourait la peine de l'interdiction de l'eau et du feu.

2° - Réciproquement, on pouvait cesser d'être Latin pour prendre une condition meilleure, celle de citoyen romain. La question se ramène donc à savoir comment un Latin pouvait acquérir le droit de cité romaine.

Acquisition de la cité romaine par les Latins.

a) On rencontre d'abord ce qu'on peut appeler le bienfait de la loi.

Le bienfait de la loi.

1° - Les Latini veteres ou prisci pouvaient devenir citoyens en transportant leur domicile à Rome. Ce mode d'acquisition de la cité fut ensuite restreint, dans l'intérêt des villes latines qu'il dépeuplait, au cas où les Latins les quittaient en y laissant une postérité, stirpem a se. Ce mode d'acquisition fut cependant supprimé par la loi Licinia Mucia, de 659 de Rome, 95 avant J.C. Cela fut une des causes de la guerre sociale, après laquelle tous les Latins d'Italie reçurent le droit de cité.

2° - Les Latins quelconques, et pas seulement les veteres, pouvaient devenir citoyens romains, en occupant dans leur cité des magistratures, ou même simplement en y faisant partie du Sénat municipal, selon que la cité avait le majus (grand) ou le minus (petit) Latium.

3° - En vertu des lois sur les concussions, notamment la loi Servilia, de 643 de Rome, III° avant J.C. en faisant condamner un Romain concussionnaire.

La naturalisation.

b) Nous rencontrons ensuite une institution qui existe encore aujourd'hui, la naturalisation. La naturalisation pouvait être soit individuelle au profit d'un Latin déterminé, soit collective, faite en bloc pour un certain nombre de Latins. Il en fut ainsi après la guerre sociale, où la cité fut accordée aux Latins d'Italie, par la loi Julia de 664 de Rome, 90 avant J.C.. C'est de là que date l'organisation municipale romaine, que nous aurons à décrire dans la section relative à l'organisation judiciaire et à la procédure.

2 - Les Pérégrins (peregrini)

§ 1 - Acquisition de la qualité de pérégrin.
§ 2 - Condition des pérégrins.
§ 3 - Perte de la qualité de pérégrin.

Source : BIU Cujas

§ I - Acquisition de la qualité de pérégrin.

Ici encore nous rencontrons la naissance comme source de la pérégrinité, et ici encore, nous renvoyons aux règles données pour les citoyens romains.

Distinction des pérégrins.

Quelle a été la source première de la qualité de pérégrin ? C'est l'annexion des peuples étrangers par Rome, et le résultat de cette annexion pouvait être plus ou moins mauvais pour les peuples annexés.

Il faut en effet distinguer à cet égard deux sortes de pérégrins:

Pérégrins cum civitate.

1° - Les pérégrins cum civitate, avec une cité. Ce sont ceux qui se sont bien conduits pendant la guerre. On leur laissait une situation acceptable, en les rattachant à une cité.

Pérégrins sine civitate ou pérégrins deditices.

2° - Les pérégrins sine civitate, ou peregrini dediticii. Ce sont ceux qui s'étaient rendus à discrétion (se dedere, d'où les mots deditio et dediticii). Ils n'étaient pas rattachés à une cité.

La formule de la deditio nous a été rapportée par Tite Live (Livre I, chap. 38): "Deditis vos in arbitrium dicionemque populi romani ? Dedimus. Consulter en dernier lieu Moinier, Les pérégrins deditices dans les derniers siècles de la République et sous le Haut Empire, Thèse Paris, 1930.

Pérégrins dediticiorum numero

Plus tard, on vit apparaître, comme source de la pérégrinité, la peine encourue par le citoyen romain de l'interdiction de l'eau et du feu. La conséquence était de le rendre pérégrin, et on le rangeait dans la catégorie des pérégrins déditices. Il était dediticiorum numero.

§ 2 - Condition des Pérégrins.

Ici se dégage la notion d'un droit très important, le droit des gens, origine du droit international, qu'on appelle encore aujourd'hui droit des gens.

A - Condition privée des Pérégrins.

1° - Les pérégrins n'ont ni le conubium ni le commercium. Alors se pose une question qui nous met en présence du droit des gens, jus gentium: Sous quel droit vivent-ils ? Lorsque des individus vivent en société, ils sont soumis à un droit.

Les pérégrins cum civitate gardent leur loi locale.

Il faut faire la distinction suivante:

a) En ce qui concerne les rapports des pérégrins appartenant à une même cité, ils restaient soumis à leur loi locale.

b) En ce qui concerne les rapports des pérégrins

Source : BIU Cujas

Portée du jus gentium.

appartenant à des cités différentes, les rapports des pérégrins sine civitate ou deditices et les rapports de tous les pérégrins avec les citoyens romains, le droit qui régit ces rapports, c'est le droit des gens, jus gentium, droit qui a été progressivement établi pour servir de droit commun à tous les membres de l'Empire romain.

Matières du jus gentium.

Voici les principales matières relevant de ce jus gentium: Le droit de légitime défense, l'esclavage, la propriété, et parmi les obligations, certains contrats, principalement la vente, le louage, c'est-à-dire les contrats les plus usuels dans les rapports commerciaux des citoyens et des pérégrins.

Le jus gentium s'applique aussi aux Romains.

Le jus gentium fut même étendu aux citoyens romains qui pouvaient avoir avantage, au lieu d'invoquer leur droit propre, le jus civile, à utiliser des institutions du droit des gens. Nous les verrons, par exemple, pour les modes d'acquisition de la propriété, préférer souvent employer les modes d'acquisition du droit des gens, d'un usage plus facile. Il ne faut donc pas croire que le jus gentium soit resté propre aux pérégrins.

Les pérégrins n'ont pas la legis actio.

2° - Les pérégrins n'ont pas en principe la legis actio. Ils l'ont seulement quand ils ont reçu cette faculté par des traités spéciaux, ou quand il s'agit de matières spéciales. C'est le système qui, depuis Girard, paraît l'emporter aujourd'hui.

Comme nous le verrons, il fallut, pour les procès entre pérégrins, ou entre pérégrins et citoyens, créer un magistrat spécial. C'est le préteur pérégrin, créé au VI° siècle de Rome.

B. Condition politique des Pérégrins.

Les pérégrins n'ont pas de droits politiques.

Les pérégrins n'ont aucune part aux droits politiques des citoyens. Ils portent un nom qui se distingue nettement de celui des citoyens et de celui des Latins. Le nom du pérégrin est constitué par un prénom, cognomen, suivi de celui de son père au génitif. On trouve par exemple ce nom dans une source juridique, Institutes de Gaius, IV, 37: Dio Hermaei, Dion, fils de Hermaeus.

Le nom des pérégrins.

§ 3 - Perte de la qualité de pérégrin.

Ici encore, nous trouvons l'alternative suivante: Perte de la qualité de pérégrin, soit pour prendre une condition pire, soit pour prendre une condition meilleure.

1° - On perd la qualité de pérégrin pour prendre une condition pire, quand on devient esclave. Nous renvoyons aux sources de l'esclavage.

Source : BIU Cujas

2° - Le pérégrin peut prendre une condition meilleure. On trouve à cet égard les institutions déjà rencontrées pour les Latins.

Le bienfait de la loi.

D'abord le bienfait de la loi. Une disposition de la lex Acilia repetundarum (repetundae, expression servant à désigner le crime de concussion) loi de 631 ou 632 de Rome, 123 ou 122 avant J.C. accordée au pérégrin qui ferait condamner un magistrat romain concussionnaire, le droit de cité romaine.

La naturalisation.

Ensuite la naturalisation. En ce qui concerne les pérégrins, la naturalisation peut être plus ou moins large. Tantôt, en effet, la naturalisation faisait acquérir les droits civils sans les droits politiques: C'est la civitas sine suffragio. Tantôt au contraire, elle faisait acquérir avec les droits civils tous les droits politiques.

Le pérégrin naturalisé prenait les trois noms romains. Il gardait son nom comme cognomen, et prenait au promoteur de sa naturalisation le nom et le prénom.

La naturalisation collective.

La naturalisation résultait le plus souvent d'un acte législatif des comices. Il en fut ainsi avec la loi Julia 664 de Rome, 90 avant J.C. qui accorda la cité romaine à tous les pérégrins d'Italie. De même, la loi Roscia de 705 de Rome, 49 avant J.C., accorda la cité romaine aux Gaulois de la Gaule Transpadane.

La loi Julia.

Mais parfois la naturalisation avait sa source dans une sorte de délégation du peuple. Il en était ainsi d'abord en ce qui concerne les commissaires chargés de fonder des colonies de citoyens. En vertu de cette délégation, ils créaient citoyens un nombre fixe de personnes, en les inscrivant parmi les membres de la nouvelle colonie. Cette délégation appartenait aussi en certains cas aux généraux victorieux: Exemple: Marius, en 653 de Rome, 101 avant J.C. après la guerre des Cimbres, accorda la cité romaine à beaucoup de soldats de la troupe auxiliaire.

Délégation du Peuple.

III - Les esclaves.

C'est une étude intéressante au point de vue moral et social, et aussi au point de vue juridique.

§ I - Sources de l'esclavage.
§ 2 - Condition de l'esclave.
§ 3 - Cessation de l'esclavage.

§ I - Sources de l'esclavage.

La source de l'esclavage peut être, distinction très importante: la naissance, ou un fait postérieur à la naissance.

Source : BIU Cujas

1° - La naissance.

L'enfant prend la condition de sa mère au moment de l'accouchement.

L'enfant prend toujours la condition de la mère, parce qu'il n'y a pas entre esclaves de mariage possible. Alors se pose la question: à quel moment s'apprécie la condition de la mère ? C'est à l'époque de l'accouchement. Mais ici on a admis un adoucissement. Il suffit, différence avec les citoyens, que la mère ait été libre au cours de la grossesse, même si elle ne l'est plus au moment de l'accouchement, pour que l'enfant ne naisse pas esclave.

Adoucissement à cette règle.

II - Faits postérieurs à la naissance.

On rencontre ici deux sources tout à fait différentes: les modes du droit des gens et les modes du droit civil.

Modes du droit des gens. C'est la capture en temps de guerre ou même sans guerre, à moins que le peuple auquel appartient l'individu, n'ait conclu un traité avec Rome. L'esclavage est une institution du droit des gens. Elle s'applique aussi pour les Romains: Ils peuvent devenir esclaves, quand ils tombent aux mains de l'ennemi.

Modes du droit civil. Il s'agit ici seulement de citoyens romains qui deviennent esclaves d'après le droit civil, et qui sont vendus comme tels. Le principe est que les citoyens romains ne peuvent être vendus comme esclaves que trans Tiberim, au-delà du Tibre, c'est-à-dire en Etrurie, car on considérait comme contraire à la dignité du citoyen romain de paraître esclave là où il avait été libre.

La vente au delà du Tibre.

Qui pouvait être ainsi vendu ?

Quels citoyens pouvaient être vendus au-delà du Tibre ?

1° - Les déserteurs et les gens qui avaient omis de se présenter au cens et au recrutement. Le magistrat pouvait les vendre comme esclaves.

2° - Les enfants pouvaient être vendus par le chef de famille, le paterfamilias.

3° - Les débiteurs insolvables pouvaient être vendus par leur créancier.

4° - Le voleur par le volé, à la suite d'une addictio du magistrat qui livre légalement le voleur au volé.

§ 2 - Condition de l'esclave.

Condition de l'esclave à l'origine.

A l'origine, les esclaves à Rome sont peu nombreux, et ils sont de même race et de même religion que leurs maîtres. En effet, ce sont des gens du Latium, soumis à une civilisation semblable. Ils vivent avec le chef de famille, paterfamilias, dans la maison, la domus,

Source : BIU Cujas

et il ne semble pas que la condition des esclaves différât beaucoup en fait de celle des autres membres de la famille. Au point de vue religieux, l'esclave est même associé au culte familial. Il en est de même pour la sépulture.

Augmentation du nombre des esclaves à partir du VI° siècle.

Mais cela changea à partir de la seconde guerre punique, au VI° siècle de Rome. D'une part, le nombre des esclaves augmenta considérablement. L'esclavage, on l'a écrit, se déversa sur l'Italie à flots incessamment renouvelés par des masses successives de prisonniers de guerre. En 167 avant J.C. Paul Emile, après son expédition en Epire, vendit 150.000 têtes. En 146, son fils, Scipion Emilien, le vainqueur de Carthage, vendit 50.000 Carthaginois.

D'autre part, les esclaves appartinrent désormais, pour la plupart, à des races et des religions différentes de celles de leurs maîtres. Ce n'étaient plus des gens de l'Italie.

La familia rustica et la familia urbana.

Si on laisse de côté les servi publici, les esclaves du peuple romain au service de l'Etat ou de cités (au lieu de les vendre, l'Etat conservait, pour ses propres besoins, des prisonniers de guerre), les esclaves provenant des conquêtes furent utilisés surtout comme main-d'oeuvre agricole par les grands propriétaires fonciers. L'ensemble des esclaves occupés par un maître à l'exploitation agricole composait ce qu'on appelait la familia rustica, par opposition à la familia urbana, qui comprenait les esclaves servant le maître en ville. Par conséquent un riche Romain qui possédait une Maison à Rome et des propriétés à la campagne avait une double familia.

Condition rigoureuse des esclaves.

Sous un tel régime économique, les esclaves furent alors traités durement par leurs maîtres, qui n'eurent plus aucun rapport avec eux. Les châtiments corporels les attendaient à la moindre faute: le fouet, la chaîne, le travail du moulin, les carrières et les mines, l'infâme supplice de la croix. Les auteurs latins, notamment les comédies de Plaute, sont remplis de détails affreux sur la cruauté des maîtres, qui nous révoltent.

L'esclavage est considéré par l'antiquité comme une commutation de peine.

A vrai dire, cette nouvelle situation de fait des esclaves à Rome n'avait fait que s'adapter à la situation de droit, qui elle, n'avait jamais changé, et cette situation de droit ne choquait pas plus la mentalité des Romains de l'époque républicaine que celle des Romains de l'époque antérieure, ni des autres peuples de l'antiquité, les Grecs, par exemple. En effet, l'esclavage, même quand l'esclave était traité rigoureusement, ne constituait pas moins à leurs yeux, un adoucissement au sort misérable auquel devait s'attendre tout individu

Source : BIU Cujas

qui devenait prisonnier de guerre. Un grand publiciste contemporain, aujourd'hui décédé, M. Hauriou, Doyen de la Faculté de droit de Toulouse, l'a observé dans son article si intéressant pour la culture générale: L'ordre social, la justice et le droit, Revue trimestrielle de droit civil, 1927 page 802. Nous y relevons, sur l'esclave antique, le passage suivant: "Le guerrier de l'Iliade, qui, dans la bataille, tombe à la merci de son adversaire, embrasse ses genoux et le supplie de lui accorder la vie à titre d'esclave, trouve sa captivité juste selon les lois de la guerre, et cette goutte de justice lui fera supporter l'existence. C'est par ce côté que l'esclavage a paru juste à tant d'esprits de l'antiquité. Il l'était à titre de commutation de peine. La conception antique de l'esclavage, ainsi mise heureusement en lumière par le Doyen Hauriou, nous explique pourquoi le cri sublime de Térence, qui faisait partie du cercle de Scipion, qui cultivait la philosophie grecque: Homo sum, humani nihil a me alienum puto. Je suis homme, rien de ce qui est humain ne m'est étranger, resta longtemps sans écho, en ce qui touche le sort de l'esclave.

La situation de fait de l'esclave, qui à l'origine ne s'était pas modelée entièrement sur sa situation de droit, s'est donc adaptée à sa situation de droit. On arrive ainsi à étudier dans ses détails la condition juridique de l'esclave.

L'esclave est une chose.

L'idée essentielle, déjà mise en lumière, c'est que juridiquement parlant, l'esclave n'est pas une personne. C'est une chose, res, un objet dépendant du patrimoine de son maître, et en conséquence, dépourvu de toute personnalité. Cette idée entraîne des conséquences qu'il faut examiner, en se plaçant aux trois points de vue suivants:

1° - Le droit des personnes.

2° - Le droit du patrimoine.

3° - Ce qu'on appelle le droit d'ester en justice, c'est-à-dire de paraître en justice, de jouer un rôle dans un procès, soit comme demandeur, soit comme défendeur.

I. Droit des personnes.

Le maître a sur l'esclave la dominica potestas.

I° - L'esclave étant une chose, le maître exerce sur lui une puissance, appelée dominica potestas, ayant le caractère d'un droit de propriété, puisqu'elle implique le droit pour le maître d'user, de jouir et de disposer de l'esclave. Ce sont là, nous le verrons, les attributs du droit de propriété.

"Les Cours de Droit" 3, Place de la Sorbonne
RÉPÉTITIONS ÉCRITES ET ORALES
Q
Source : BIU Cujas

User: le maître peut utiliser comme il l'entend les services de l'esclave.

Jouir: les enfants de la femme esclave, partus ancillae, la part de l'esclave (on emploie encore le mot part en droit français dans l'expression: confusion de parts) appartiennent au propriétaire de l'esclave.

Disposer: le maître peut vendre son esclave, le donner. Il a même sur l'esclave le droit de vie et de mort, à plus forte raison, le droit de lui infliger des châtiments corporels.

Comme corollaire de tous ces droits, le maître peut revendiquer son esclave, par les mêmes moyens de droit que le propriétaire sa chose.

L'esclave n'a pas de droits de famille.

2° - L'esclave, étant une chose, n'a pas de famille, ni de droits de famille. Le mariage des esclaves, si l'on peut employer ce mot, est une simple union de fait, se rapprochant de l'accouplement des animaux. On l'appelle le contubernium.

II. Droit du patrimoine.

L'esclave n'a pas de patrimoine.

L'esclave étant une chose, n'a pas de patrimoine. Il ne peut être ni propriétaire, ni créancier, ni débiteur. Il s'ensuit que l'esclave ne peut intervenir dans un acte juridique en son nom propre.

Il rend son maître propriétaire ou créancier, mais il ne peut le rendre débiteur.

Mais dès le VI° siècle de Rome, II° siècle avant J.C. il peut intervenir au nom de son maître, qu'il représente. Toutefois, à ce sujet, une distinction importante doit être faite. L'esclave peut bien rendre son maître propriétaire ou créancier, mais il ne peut pas le rendre débiteur, car, nous apprend un texte du Digeste, 50, 17, 133: Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior non fieri potest, notre condition peut être améliorée par nos esclaves, elle ne peut pas être rendue pire. L'esclave fut donc, pour employer une formule assez heureuse, considéré exclusivement comme un instrument d'acquisition juridique pour son maître.

Aux principes que nous venons d'exposer, le droit romain a connu deux dérogations:

Les actions noxales.

1° - Le principe suivant lequel l'esclave ne peut pas rendre son maître débiteur ne vaut qu'en ce qui concerne les contrats. L'esclave peut en effet obliger un maître par ses délits. C'est la théorie des actions noxales, qu'on étudiera en 2ème année, mais sur laquelle il convient dès maintenant de dire quelques mots. C'est là une conséquence du système primitif de la vengeance privée. Supposons un délit commis par un esclave. La victime a le droit de se venger sur lui, car la victime d'un délit peut se venger sur n'importe quelle personne, sur n'importe quelle chose qui lui a causé un tort. Mais quand a succédé au système de la vengeance privée le système des compositions volontaires

Source : BIU Cujas

et surtout le système des compositions légales, l'esclave étant dans l'impossibilité de payer l'amende, la poena, on mit le maître dans la nécessité, ou bien d'abandonner son esclave pour que la victime puisse exercer sur lui son droit de vengeance, ou bien de payer la poena.

Le pécule de l'esclave.

2° - Au principe suivant lequel l'esclave ne peut, en son nom propre, intervenir dans un acte juridique, fut, à l'époque républicaine, apporté un tempérament, de fait, sinon de droit. L'usage s'introduisit de concéder à l'esclave certains objets, qui furent considérés comme lui appartenant, et qui formaient ce qu'on appela un pécule, peculium, ainsi nommé parce que, primitivement, c'étaient quelques têtes de bétail, pecus, qui constituaient le pécule des esclaves. A cela vinrent s'ajouter plus tard les gratifications accordées à l'esclave à titre de récompense.

Il en a la disposition.

Dans l'usage, on considéra que l'esclave avait la libre disposition de son pécule. Le maître le lui laissait quand il l'affranchissait. On permettait même à l'esclave de prélever sur son pécule la somme nécessaire pour acheter sa liberté.

Telles sont les origines de l'institution du pécule, qui, sous la période suivante, devait jouer un rôle si important.

III. Droit d'ester en justice.

L'esclave ne peut paraître en justice.

L'esclave, n'étant pas une personne, ne peut en principe paraître en justice, ni comme demandeur, ni comme défendeur. Il en est ainsi, même si la question qui se trouve soulevée est celle de sa liberté. En effet le procès sur une question de liberté, qu'on appelle la causa liberalis, ne pourra naître et se dérouler que si une tierce personne, appelée adsertor libertatis, vient prendre en mains la cause de l'esclave. Or, il y a deux sortes de procès de liberté:

Les procès de liberté. L'adsertor libertatis.

1° - Tantôt c'est une personne qui se prétend libre et injustement retenue en esclavage. Elle revendique alors sa liberté. C'est la vindicatio in libertatem.

2° - Tantôt c'est une personne qui prétend que telle autre, qui vit en liberté, est en réalité son esclave, et la revendique comme esclave. C'est la vindicatio in servitutem.

En matière de procès de liberté, on rencontre des règles spéciales, qui furent imaginées en faveur de la liberté.

La possession provisoire est en faveur de la

1° Règle: Vindiciae sunt secundum libertatem, d'après laquelle la possession provisoire est favorable à la liberté, c'est-à-dire que le prétendu esclave doit être traité comme libre pendant toute la durée du pro-

Source : BIU Cujas

liberté.

cès. Il y a une présomption de liberté. C'est pour avoir violé cette règle que l'un des décemvirs constituants, Appius Claudius, déchaîna contre lui la fureur populaire.

Le procès peut être recommencé.

2° - La deuxième règle est celle suivant laquelle le procès tranché contre la liberté pouvait être repris par le même adsertor, ou par un autre, trois et quatre fois, peut-être même davantage.

§ 3 - Cessation de l'esclavage.

Nous rencontrons comme mode de cessation de l'esclavage, la libération de l'esclave par la volonté du maître. C'est ce qu'on appelait l'affranchissement. Nous renvoyons pour l'étude de l'affranchissement à la dernière variété de personnes que nous avons à étudier: les affranchis. Etudions seulement ici une question intéressante. Supposons un citoyen romain qui, au cours d'une guerre, tombe aux mains de l'ennemi, réussit à s'échapper et rentre à Rome. Quelle va être sa situation juridique ? Il est esclave. C'est sur cette hypothèse que se greffe la théorie juridique si intéressante du postliminium. C'est une fiction juridique, qui fait rétroactivement considérer le citoyen romain, qui vient à franchir à nouveau le seuil de sa maison (postliminium vient de limen, liminis, seul), comme n'ayant jamais été dépouillé de ses droits civiques à Rome. On va faire comme s'il n'avait pas été fait prisonnier par l'ennemi, ac si captus ab hostibus non esset.

Théorie du postliminium.

Voilà la première fois que nous rencontrons ce procédé technique: la fiction. On aura l'occasion d'en rencontrer d'autres applications dans ce cours, et aussi dans le cours de droit civil. En effet, la fiction, comme moyen technique, joue encore un rôle important en droit moderne. Voir sur ce point le chapitre important de Gény, Science et technique en droit privé positif. Voici la définition qu'un romaniste, de Jhering, Esprit du droit romain, traduction Meulenaere, tome IV, page 295, donne de la fiction: "C'est un mensonge juridique consacré par la nécessité".

La fiction, procédé juridique.

Effets du postliminium.

Il faut faire à ce point de vue une distinction très importante. Le postliminium ne s'applique pas aux choses de fait, res facti, mais seulement aux choses de droit, res juris. C'est la fameuse distinction du droit et du fait, si importante, par exemple, pour la compétence de la Cour de cassation.

Le postliminium laisse subsister les res facti.

Que faut-il entendre par res facti ? On ne pourra pas effacer le fait matériel de l'absence, considérer le captif comme ayant continué à vivre avec sa fem-

Source : BIU Cujas

me restée à Rome, à posséder les choses qu'il y possédait.

Il efface les res juris.

Au contraire, res juris, on le considèrera comme ayant conservé la propriété de ses biens, la puissance paternelle sur ses enfants.

Conditions du postliminium.

Conditions du postliminium.

a) Il faut que le citoyen soit tombé en servitude d'après le mode du droit des gens, c'est-à-dire la capture à la guerre (Cicéron, De oratore).

b) qu'il soit revenu dans son pays sans esprit de retour. C'est pour cela que Régulus, envoyé à Rome par les Carthaginois, pour l'échange des prisonniers, ne pouvait pas y profiter du postliminium, puisqu'il s'était engagé à retourner à Carthage, si les négociations n'aboutissaient pas.

c) Enfin, il ne faut pas que le citoyen ait capitulé.

IV. Les demi-libres.

Dès une époque ancienne, on considéra que certains individus, tout en gardant théoriquement leur condition de citoyen et d'homme libre, seraient placés, en raison de certains évènements, dans une condition les privant de certaines manifestations de la liberté.

Les cas de quasi-servitude sont ceux de l'addictus et du nexus, celui du redemptus, de l'auctoratus, et surtout celui de la personne in mancipio.

Les addicti.

Voleurs et débiteurs contre qui a été obtenue l'addictio du préteur.

Voyons d'abord le cas des addicti. On appelle ainsi les individus sur lesquels le préteur a prononcé l'addictio. Ce sont les débiteurs contre lesquels le créancier peut procéder à la manus injectio, soit à la suite d'une condamnation judiciaire, soit à la suite d'une reconnaissance spontanée de leur dette, si cette dette porte sur une certa pecunia. C'est aussi le voleur qui a été adjugé au volé par le préteur.

Les nexi, débiteurs à la suite d'un contrat spécial.

On appelle nexi les individus qui se sont reconnus débiteurs à la suite d'un contrat particulièrement solennel, contrat qui est fait per aes et libram, au moyen de l'airain et de la balance, et qui porte le nom de nexum. D'où le nom, donné à ces débiteurs, de nexi.

Tous ces individus, addicti et nexi, sont dans la même situation. Pendant soixante jours ils demeurent dans la prison domestique de leur créancier où ils sont enchaînés.

Au bout de ce délai de soixante jours, ils peuvent, dans le droit ancien, être vendus comme esclaves à l'étranger, ou mis à mort par leur créancier. Mais la Loi Poetelia Papiria (428 de Rome, 226 avant

Source : BIU Cujas

Situation des addicti et des nexi.

J.C.) est venue adoucir la rigueur de leur situation en retirant ce droit exorbitant aux créanciers.

Dès lors la situation des débiteurs insolvables est celle d'individus qui se trouvent chez leur créancier à demeure jusqu'à ce qu'ils aient, par le produit de leur travail, remboursé le créancier du montant de sa créance.

Les redempti, citoyens rachetés de leur captivité.

Les redemoti sont les individus faits prisonniers et rachetés de captivité par un de leurs concitoyens. Ce citoyen paie leur rançon, mais en compensation, le citoyen romain fait prisonnier et ainsi racheté doit des services à celui qui l'a racheté. Il devra rester dans cette situation de fait subordonnée, analogue à celle d'un prisonnier, jusqu'à ce que, par son travail, il l'ait remboursé du prix de sa rançon. Mais il n'a pas perdu sa qualité d'homme libre et de citoyen, en vertu de la théorie du postliminium.

L'auctoratus.

Enfin, l'auctoratus: c'est l'individu qui a encouru une déchéance en louant ses services à un entrepreneur (lanista) pour figurer dans les jeux du cirque. Il est mis dans une situation inférieure sans perdre cependant sa qualité d'homme libre.

Les personnes in mancipio.

La dernière et la plus importante catégorie de personnes en état de quasi-servitude, concerne les personnes in mancipio.

Les personnes in mancipio.

Ce sont les personnes de sexe féminin, comme de sexe masculin, qui, se trouvant sous la puissance d'un chef de famille, viennent à être aliénées par lui à Rome. Une telle personne ne devient pas esclave comme lorsqu'elle est aliénée trans fiberim. Elle tombe sous le mancipium du tiers qui l'a acquise et elle est dite in mancipio ou in causa mancipii.

Le but poursuivi par une aliénation de ce genre varie: tantôt elle a lieu sous une intention de lucre; tantôt ex noxali causa (Gaius I, 140), c'est-à-dire pour réaliser un abandon noxal afin de se soustraire à la responsabilité qui pèse sur un chef de famille du fait des délits commis par les personnes qu'il a sous sa puissance; tantôt, à partir d'une certaine époque, à titre d'expédient et de façon passagère (uno momento comme dit Gaius I, 141) pour atteindre certains résultats juridiques (adoption, émancipation).

PLAN.

I. Condition de la personne in mancipio.
2. Comment on sort du mancipium.

Source : BIU Cujas

I. Condition de la personne in mancipio.

A l'origine il y a eu vraisemblablement identité entre la condition des personnes in mancipio et celle des esclaves. Mais la séparation se produisit quand le mancipium fut utilisé à titre d'expédient.

Voici quelle était la condition de la personne in mancipio, telle qu'elle se trouve dépeinte par Gaius.

A. Condition politique.

La personne in mancipio reste citoyen et libre (Gaius I, 162). Elle semble donc garder ses droits politiques.

B. Condition privée.

Le mariage de la personne in mancipio paraît bien subsister, car ses enfants lui restent attachés par le lien de filiation.

Mais pour le reste, le mancipium est voisin de la puissance dominicale:

Comme l'esclave, la personne in mancipio peut être employée par son maître à des travaux matériels.

Comme l'esclave elle peut être aliénée par son maître, revendiquée par celui-ci.

Comme l'esclave, elle est un instrument d'acquisition juridique par son maître. Elle le rend propriétaire (Gaius II, 86); elle le rend créancier (Gaius III, 163).

Enfin, comme l'esclave, elle est incapable de s'obliger (Gaius III, 104).

2. Comment on sort du mancipium.

La personne in mancipio peut être affranchie par son maître, avec les mêmes procédés qu'un esclave (Gaius I, 138).

L'affranchissement pouvait même se produire contre le consentement du maître au prochain recensement, sauf dans le cas d'abandon noxal (Gaius I, 140)

V. Les affranchis.

Les affranchis et les ingénus.

Les affranchis sont ceux qui ont été libérés de la servitude ou du mancipium, conformément au droit. Ils s'opposent aux ingénus, terme qui sert à désigner les personnes libres depuis leur naissance. A l'époque républicaine, on rencontre à Rome, trois sortes d'affranchis.

1° - les affranchis citoyens romains.

Source : BIU Cujas

2° - Les affranchis latins.
3° - Les affranchis pérégrins.

1. Les affranchis citoyens romains.

Ce sont les esclaves affranchis par un maître citoyen romain, suivant certaines conditions de forme et de fond, d'où le plan que voici:

§ I - Conditions de forme ou modes d'affranchissement, manumissio.
§ II- Conditions de fond.
§ III - Condition juridique de l'affranchi citoyen romain.

§ I - Conditions de forme (Modes d'affranchissement).

Le droit de l'époque royale n'admettait d'autres modes d'affranchissement que le cens et le testament.

Modes d'affranchissement à l'époque royale.

1° - Le cens, mode le plus ancien d'affranchissement, consistait en ce que le maître qui désirait affranchir un esclave faisait inscrire son nom sur le registre du cens.

2° - Le testament. C'est une disposition prise par une personne pour le jour de sa mort. A l'époque royale, le testament se faisait par une loi, testamentum calatis comitiis. Le peuple était appelé à sanctionner la transmission des biens des citoyens. Le legs de liberté, ou affranchissement par testament, pouvait donc se faire dans la même forme, par un vote des comices.

Les legs de liberté à l'époque républicaine.

A l'époque républicaine, le testament a cessé d'être une loi, et il est devenu un acte de disposition privé. Par suite, les legs de liberté que le testament pouvait renfermer, trouvaient leur force dans cette disposition privée. Ils revêtaient les deux variétés suivantes:

Le legs per vindicationem.

1° - Le legs per vindicationem, où le maître s'exprimait ainsi dans son testament: Stichus servus meus liber esto, que Stichus mon esclave soit libre. Il est donc affranchi directement par le maître.

Le legs per damnationem.

2° - Le legs per damnationem, dans lequel le maître s'adresse à son héritier, en le sommant d'avoir à affranchir tel esclave: Sempronius heres meus damnas esto manumittere Stichum servum meum, que mon héritier Sempronius soit obligé d'affranchir mon esclave Stichus.

Ces deux modes d'affranchissement, le cens et le testament, présentaient des inconvénients. Le cens ne pouvait réaliser d'affranchissements que tous les

Source : BIU Cujas

cinq ans, puisque les opérations du cens n'avaient lieu que tous les cinq ans. Quant au testament, disposition de dernière volonté, il ne pouvait produire effet qu'à la mort du maître. Aussi créa-t-on un nouveau mode d'affranchissement, qui était d'un emploi toujours possible. C'est l'affranchissement par la vindicte ou manumissio vindicta. D'après la théorie nouvelle de Mr. Charles Appleton, Mélanges Paul Fournier, 1929, ce mode d'affranchissement ne se serait appliqué originairement qu'aux esclaves pour dettes.

L'affranchissement par la vindicte ou manumissio vindicta.

En quoi consistait exactement ce mode d'affranchissement par la vindicte ? Jusque récemment, les romanistes enseignaient unanimement que c'était tout simplement la causa liberalis ou procès de liberté, sous l'aspect d'une vindicatio in libertatem, procès utilisé artificiellement pour donner la liberté à un homme, en ayant l'air de reconnaître sa liberté préexistante. La vindicte impliquait donc l'observation, mais dans un but différent, des règles et formalités qu'on suivrait, s'il s'élevait un procès sérieux dans lequel un homme, prétendu esclave et traité comme tel, revendiquait sa liberté. C'était une petite comédie judiciaire.

D'après l'opinion communément admise, c'est un procès fictif de liberté.

Quels sont les acteurs ? Ils sont au nombre de quatre: le maître, l'esclave, le tiers, adsertor libertatis, le magistrat. Voyons le rôle de chacun de ces acteurs.

Rôle de l'adserter.

L'adsertor libertatis, en sa qualité de demandeur, touche de la main l'esclave et prononce cette formule: Aio hunc hominem liberum esse ex jure Quiritium, j'affirme que cet homme est libre, d'après le droit propre aux citoyens romains. Puis il lui impose la vindicta, qui est une sorte de lance en bois, qui figurait comme symbole de la propriété dans tous les procès en revendication.

Cela fait, le magistrat demande au maître si, de son côté, il revendique. Dans un procès sérieux, le prétendu maître jouant le rôle de défendeur prononcerait ces paroles, pour émettre une prétention contraire à celle du demandeur: Ego contra aio hunc hominem meum esse ex jure Quiritium, moi, au contraire, j'affirme que cet homme m'appartient d'après le droit des Quirites. Alors le magistrat nommerait un juge, devant lequel il renverrait les parties.

Mais ici, le procès est simulé, fictif. Le maître va déclarer qu'il ne revendique pas et, s'il le préfère, il ne dira rien. Le magistrat, s'autorisant de cet acquiescement à la revendication de l'adsertor, prononcera que l'esclave est libre. Cette déclaration du magistrat, c'est l'addictio.

L'addictio du magistrat.

Source : BIU Cujas

L'opinion suivant laquelle il convient de voir dans l'affranchissement vindicta une causa liberalis fictive, a été récemment critiquée par M. Henri Lévy Bruhl (Communication aux journées d'histoire du droit tenues à Bruxelles en Juin 1930). Pour lui, la manumissio vindicta de l'ancien droit se résumerait en une déclaration de liberté faite par le maître et ratifiée par l'autorité publique. La ratification en question aurait compris une addictio prononcée par le magistrat et une opposition de la vindicta par son licteur.

Théorie nouvelle de M. Lévy Bruhl.

Nous n'admettons pas cette conception nouvelle de la manumissio vindicta, qui nous paraît s'être imposée surtout à l'esprit de M. Lévy Bruhl comme étant une conséquence nécessaire et logique de la position prise par lui vis-à-vis de l'institution générale de l'in jure cessio et que nous discuterons dans la 2ème partie du cours (Modes d'acquisition de la propriété quiritaire).

En tout cas, constatons que, quelle que soit la nature de l'intervention du magistrat dans la manumissio vindicta, ce mode d'affranchissement n'appartient pas à la juridiction contentieuse, mais à la juridiction gracieuse ou volontaire. (Cette distinction subsiste encore aujourd'hui. On en trouvera des applications dans le cours du droit civil de 1ère année). C'est pour cela que le magistrat peut procéder à l'affranchissement même en dehors de son tribunal, en se rendant aux bains ou au théâtre, disent les textes.

L'affranchissement par la vindicta appartient à la juridiction volontaire.

Pour n'avoir plus besoin de revenir sur l'affranchissement par la vindicte, disons qu'à la période suivante, ce mode d'affranchissement est devenu une copie de moins en moins fidèle du procès de liberté, et a fini par n'être qu'une déclaration du maître devant le magistrat.

§ 2 - Conditions de fond.

Pendant toute la période républicaine, le législateur romain ne prit pas de mesures préventives contre les affranchissements qui pouvaient cependant faire entrer dans la cité des membres indignes. Il suffisait pour affranchir d'observer en plus des conditions de forme examinées précédemment, les conditions de fond que voici:

Conditions de fond des affranchissements.

1° - Que le maître fût bien propriétaire quiritaire de l'esclave.

2° - Que le maître eût la capacité juridique d'aliéner.

Source : BIU Cujas

§ 3 - Condition juridique de l'affranchi citoyen romain.

Il faut envisager la condition de l'affranchi aux deux points de vue suivants:

1° - Comme membre de la société.

2° - Dans ses rapports avec son ancien maître, devenu son patron.

Condition privée de l'affranchi.

1°.- Comme membre de la société, l'affranchi citoyen est dans une situation notablement inférieure à celle des ingénus. Au point de vue de la condition privée, l'affranchi citoyen avait bien le conubium, mais pas avec les ingénus. Il avait en entier le commercium.

Condition politique.

Au point de vue de la condition politique, l'affranchi citoyen n'a pas le jus honorum. Il ne peut même pas aspirer aux honneurs municipaux, et la loi Visellia punit sévèrement celui qui se fait passer pour ingénu pour passer outre à cette défense.

L'affranchi citoyen a le jus suffragii, mais restreint. Il ne peut voter que dans les comices par tribus.

La condition d'affranchi n'était pas héréditaire.

Le fils de l'affranchi naît ingénu.

Les descendants de l'affranchi naissaient ingénus. Cependant le jus honorum fut longtemps refusé aux fils et petit-fils d'affranchis. En 442 de Rome, 312 avant J.C., le censeur Appius Claudius fut blâmé, pour avoir fait entrer au Sénat des petits-fils d'affranchis.

2° - Rapports de l'affranchi citoyen avec le patron.

Ces rapports se résument en ce que les Romains appellent les droits de patronat, jura patronatus. Ils comprennent:

Les droits de patronat.

1° - L'obsequium ou reverentia. C'est l'obligation pour l'affranchi citoyen de respecter son patron.

L'obsequium.

Cette obligation entraîne la conséquence pratique suivante. L'affranchi ne peut jamais intenter une action en justice contre son patron sans l'autorisation du magistrat et même avec cette autorisation, il ne peut pas intenter une action infamante, c'est-à-dire qui puisse faire encourir l'infamie à son patron.

2° - Les operae, c'est-à-dire l'obligation pour l'affranchi de continuer à rendre au patron des services de deux sortes:

Les operae.

a - operae officiales, services domestiques.

b - operae fabriles, ayant un caractère industriel et pécuniaire, qui sont dûs aussi aux héritiers du pa-

Source : BIU Cujas

tron, après la mort de celui-ci.

3° - Des droits à la tutelle et à la succession de l'affranchi.

Tutelle et succession.

II - Les affranchis latins et pérégrins.

Il n'y avait pas seulement des affranchis citoyens, mais des affranchis latins et des affranchis pérégrins.

Affranchis latins et pérégrins.

Les affranchis latins étaient les esclaves affranchis par un maître de nationalité latine. Ils devenaient latins. Les affranchis pérégrins étaient les esclaves affranchis par un maître pérégrin; ils devenaient pérégrins.

Section II - Différents pouvoirs de gouvernement.

Nous rencontrons à l'époque républicaine les trois rouages suivants:

1° - La magistrature.
2° - Les assemblées du peuple.
3° - Le Sénat.

§ I. La magistrature

Pour ce qui est de la magistrature, quatre faits très importants doivent être mis en lumière. C'est toute l'histoire de la magistrature républicaine à Rome que nous allons de cette façon retracer.

Séparation des pouvoirs civils et militaires, des pouvoirs religieux.

1° fait. Nous assistons, et cela est important pour le droit public moderne, à la séparation des pouvoirs civils et militaires, des pouvoirs religieux. Les pouvoirs civils et militaires du roi furent transférés à deux fonctionnaires, aux consuls (consules) appelés d'abord praetores, judices. Quant aux pouvoirs religieux ils furent laissés au rex sacrorum, sorte de roi religieux sans pouvoirs civils, qu'on laissa dans l'ancienne demeure royale, pour que les dieux nationaux ne retirassent pas à la cité sans roi la protection qu'ils avaient accordée à la cité royale.

Le rex sacrorum.

Sur le terrain laïque, les consuls gardèrent en principe, le pouvoir de commander du roi, l'imperium. Mais celui-ci a été tempéré par deux institutions constitutionnelles des plus importantes.

1° - L'institution de l'annalité de la magistra-

Source : BIU Cujas

ture, c'est-à-dire que les magistrats ne furent nommés que pour un an. L'annalité supprimait l'irresponsabilité de fait dont jouissait le roi viager. En effet, le magistrat n'est en charge que pendant un an. L'année finie, il redevient un simple particulier, qui peut, comme tout autre particulier, être poursuivi au criminel ou au civil à raison de ses actes passés.

L'annalité de la magistrature.

2° - L'institution de la collégialité. Même pendant la durée de la magistrature, le pouvoir n'est plus aux mains d'un seul. Il appartient à deux collègues. Chacun peut, il est vrai, agir sans le concours de l'autre. Mais chacun peut, par son opposition, arrêter l'acte de l'autre. C'est ce qu'on appelle l'intercessio.

La collégialité.

L'intercessio

2° fait: le fractionnement des pouvoirs concentrés à l'origine sur la tête des consuls. La magistrature perdit de plus en plus son caractère unitaire et universel, pour se fractionner en une série de compétences distinctes. L'autorité, imperium, fut répartie entre de nombreux magistrats, ayant chacun en principe des pouvoirs spéciaux, distraits de cette autorité générale. En effet, à côté des consuls et à leur place, on vit successivement apparaître les nouveaux magistrats suivants:

Le fractionnement des pouvoirs.

I° - Pour la justice criminelle et la garde du trésor, les questeurs, créés à une date ignorée (quaestores parricidii; quaestores aerarii).

Apparition de nouveaux magistrats. Les questeurs et les censeurs.

2° - Pour le cens et l'administration financière, les censeurs, créés au début du IV° siècle de Rome en 3II-3I9 de Rome, 443-435 avant J.C.

3° - Pour l'administration de la justice civile, très importante pour nous, le préteur qui fut créé en 387 de Rome, 367 avant J.C., par une des lois Liciniennes, (on entend par lois Liciniennes (leges Liciniae Sextiae), trois plébiscites très importants, votés sur la proposition des tribuns C. Licinius Stolo et L. Sextius Lateranus. Le premier était relatif à l'accession des plébéiens au consulat et à la création de la préture; le second à la quantité d'arpents qu'un citoyen pouvait posséder en terres dépendant du domaine public; le troisième à une diminution des dettes pesant sur les plébéiens. Cf. Tite Live VI,35).

Les préteurs.

Les affaires civiles augmentant par l'afflux des pérégrins, il fut nécessaire, en 5I2 de Rome, 242 avant J.C., de fractionner la préture en deux. Il y eut deux prétures: le préteur urbain, chargé des procès entre citoyens romains, et le préteur pérégrin, chargé des procès entre pérégrins, ou entre pérégrins et citoyens romains.

Plus tard, le nombre des préteurs fut élevé à six:

Source : BIU Cujas

deux étaient affectés à la capitale pour l'administration de la justice, quatre à l'administration de provinces. Sous Sulla il y eut huit préteurs, sous César jusqu'à seize.

Les édiles curules.

3°. Pour la police de la ville et des marchés, les deux édiles curules, créés la même année que le préteur en 387 de Rome, 367 avant J.C. (Tite Live VI,42).

La dictature

Il y avait une circonstance où l'imperium absolu de l'époque royale se trouvait réformé dans son intégralité. C'était en cas de péril intérieur ou extérieur. L'imperium primitif reparaissait alors sous forme de la dictature. La dictature était par conséquent une magistrature extraordinaire. Etant donné ce caractère anormal exorbitant du droit commun, sa durée était limitée à six mois.

3° fait: Séparation des pouvoirs civils et militaires.

De bonne heure, l'imperium des consuls et des préteurs se fractionna en deux:

L'imperium domi et l'imperium militiae.

I°- l'imperium domi, c'est-à-dire exercé à Rome même. Cet imperium subit des atteintes considérables (droit pour les citoyens à la provocatio ad populum pour les condamnations à mort ou aux verges; intercessio tribunicienne).

2° - l'imperium militiae, c'est-à-dire exercé hors de Rome, et impliquant le droit de commander les armées. Aucune des restrictions qui venaient atteindre l'imperium domi n'atteignait l'imperium militiae.

Ainsi, suivant qu'ils exerçaient leur fonctions à Rome ou hors de Rome, les consuls et les préteurs possédaient, soit l'imperium domi, soit l'imperium militiae.

Mais les consuls et les préteurs n'allaient pas tarder à perdre l'imperium militiae. Cela eut lieu à la suite d'une réforme de Sulla. Pour comprendre la portée de cette réforme, il faut savoir que l'importance toujours croissante des guerres soutenues par Rome et la création de nouvelles provinces (les anciennes provinces Sicile, Sardaigne, Espagne, étaient administrées par quatre préteurs distincts des deux préteurs urbain et pérégrin de Rome) avaient eu pour conséquence la

La prorogatio imperii.

prorogatio imperii. A sa sortie de charge un consul, un préteur était prorogé dans ses fonctions en qualité de pro consule, pro praetore. Et à ces magistrats ainsi prorogés on confia le soin d'aller administrer une province. Dans leur département, dans leur provincia, ces nouveaux magistrats exerçaient l'imperium militiae. Mais l'institution de la prorogatio imperii n'empêchait pas un consul, un préteur, c'est-à-dire un magistrat non prorogé, d'exercer hors de Rome l'imperium militiae (par ex. en qua

Source : BIU Cujas

lité de chef d'une armée). C'est sur ce point que porta la réforme précitée de Sulla qui fut l'oeuvre de deux lois successives de Sulla de l'année 673 de Rome, 8I avant J.C.:

Réforme de Sulla.

I°. Par une première loi Cornelia, Sulla éleva le nombre des préteurs à huit et décida qu'ils seraient tous affectés à la capitale (pour y administrer la justice civile et y présider les grands jurys criminels, quaestiones perpetuae).

2°. La loi Cornelia des provinciis ordinandis, déclara ensuite que les magistrats urbains, consuls et préteurs, ne pourraient plus exercer que l'imperium domi, tandis que les promagistrats, proconsuls, propréteurs, seraient désormais chargés seuls des commandements militaires et des gouvernements provinciaux, c'est à-dire pourraient être seuls investis de l'imperium militiae. Conséquence: l'imperium militiae devenait ainsi la continuation de l'imperium domi.

Aussi qu'arriva-t-il ? C'est que les magistratures urbaines conférant seulement l'imperium domi furent dépréciées. Elles ne furent plus considérées par les ambitieux que comme un stage préliminaire et obligatoire. Ce qui donnait véritablement le pouvoir, c'était la possession de l'imperium militiae, c'est-à-dire le proconsulat et la propréture. Car cet imperium comportait non seulement le commandement suprême d'une ou plusieurs légions, mais encore l'administration à peu près arbitraire de territoires souvent fort riches. (Ex. Verrès en Sicile).

La réforme de Sulla fut sous Pompée complétée par la loi Pompéia de provinciis, de l'année 702 de Rome, 52 avant J.C. qui décida qu'il devait y avoir toujours un intervalle de cinq ans entre la magistrature et la promagistrature. C'est ainsi que Ciceron, après son consulat, attendit cinq ans avant de devenir gouverneur de la Cilicie en qualité de proconsul.

Réforme de Pompée.

4° fait: Accession des plébéiens aux magistratures.

L'établissement de la République n'ouvrit à la plèbe ni les sacerdoces, ni les magistratures, ni le Sénat Mais la plèbe finit par se voir ouvrir toutes les magistratures.

Création des tribuns et édiles de la plèbe.

Ière victoire: Ce fut en 26I de Rome, 493 avant J.C., la création des tribuns de la plèbe à la suite d'une sécession, d'une menace de séparation de la part des plébéiens. Ils furent investis du droit d'arrêter par leur intercessio tous les actes des magistrats faits dans l'intérieur de Rome et dans sa banlieue. C'est ce qu'on appelle l'intercessio tribunicienne. A côté de tri-

Source : BIU Cujas

buns de la plèbe furent créés des édiles de la plèbe.

2ème victoire: les patriciens abandonnent des magistratures aux plébéiens, mais en même temps, ils en créent de nouvelles, détachées des magistratures préexistantes: Ex: lorsqu'en 387 de Rome, 367 avant J.C., les patriciens se virent forcés de consentir au partage du consulat avec la plèbe, ils démembrèrent la magistrature suprême par la création de la préture.

Abandon par les patriciens des magistratures aux plébéiens.

Au V° siècle de Rome les plébéiens ont triomphé sur toute la ligne. Toutes les magistratures leur sont devenues accessibles, tandis que d'ailleurs le tribunat et l'édilité de la plèbe restèrent toujours fermés aux patriciens.

§ 2 - Les assemblées du peuple.

a) Diverses assemblées du peuple.

On rencontre, d'une part, les anciens comices: comices par curies et comices par centuries (dans le cas où ces derniers auraient déjà existé à l'époque royale), et, d'autre part, de nouvelles assemblées du peuple: les comices par tribus et le concilium plebis.

Comices par curies.

Les comices par curies, sont l'assemblée du peuple la moins importante. Elles ne subsistèrent que pour la forme (adoption; promesse d'obéissance aux magistrats nouveaux qu'on appelle lex curiata de imperio). Aussi, les citoyens romains ne se donnent plus la peine de s'y rendre. Ils s'y font représenter par les trente licteurs chargés de la police de l'assemblée.

Comices par centuries.

Les comices par centuries, gardèrent jusque vers 513 de Rome, 241 avant J.C. leur ancienne organisation. A cette époque eut lieu une réforme sur laquelle nous avons peu de renseignements, ce qui a amené des controverses nombreuses entre les historiens modernes. Ce qui paraît le moins douteux, c'est la suppression du droit des cavaliers de voter les premiers, ce qui entraîna une diminution du nombre des centuries de la première classe, et par suite établit une organisation moins aristocratique.

Comices par tribus.

Les comices par tribus, étaient la réunion de tous les citoyens romains, patriciens et plébéiens, par tribus. Le nombre des tribus a beaucoup varié. Il était en dernier lieu de 35. Les tribus étaient des circonscriptions territoriales embrassant un nombre variable de citoyens. A l'origine elles étaient composées exclusivement de propriétaires fonciers. Mais lors de la censure d'Appius Claudius en 442 de Rome, 312 avant J.C., leur accès fut ouvert à tous les citoyens, propriétaires ou non. Mais cela n'eut pas pour résultat d'établir l'égalité des citoyens au point de vue du vote. Car les censeurs auxquels appartenait la répartition des citoyens

Source : BIU Cujas

dans les tribus la faisaient d'une façon arbitraire et par suite aristocratique. Ils enfermaient un nombre considérable de citoyens, pris parmi les moins fortunés, dans un petit nombre de tribus. Quant aux citoyens fortunés, ils étaient au contraire, répartis entre un nombre beaucoup plus grand de tribus. Ainsi, depuis l'an 450 de Rome, 304 avant J.C., tous les citoyens non propriétaires furent mis dans les quatre tribus urbaines, constituant donc une minorité vis-à-vis des citoyens propriétaires ou fortunés qui composaient les 27 tribus rustiques dont le nombre fut ensuite porté à 31.

Concilium plebis.

Le concilium plebis était l'assemblée des plébéiens distribués par tribus. Il était convoqué par un tribun du peuple alors que les autres assemblées l'étaient par un consul ou un préteur.

A l'origine, les concilia plebis étaient des sortes de meetings sans caractère officiel. Mais ils finirent par avoir des pouvoirs équivalents à ceux des comices.

b) Attributions des assemblées du peuple.

Si nous laissons de côté les comices par curies qui n'eurent que les fonctions restreintes que nous avons indiquées plus haut, les assemblées du peuple possèdent à Rome à l'époque républicaine 3 pouvoirs:

Vote des lois

Les plébiscites.

1° un pouvoir législatif, c'est-à-dire de voter des lois au sens moderne du mot (prescriptions impératives à caractère universel). Une loi pouvait être faite soit sur la proposition d'un consul ou d'un préteur par les comices centuriates, ou par les comices tributes, soit sur celle d'un tribun de la plèbe, par le concilium plebis. Dans ce dernier cas, la loi portait le nom spécial de plébiscite. Au début l'autorité d'un plébiscite ne s'appliquait qu'aux plébéiens. Plus tard, les plébiscites furent opposables à tous les citoyens, même aux patriciens qui ne les avaient pas votés. Ce fut l'objet de la célèbre loi Hortensia rendue entre 465 de Rome, 289 avant J.C. et 468 de Rome, 286 avant J.C.

Nomination des magistrats.

2° un pouvoir électoral, c'est-à-dire le pouvoir de nommer les magistrats, suivant une répartition entre les trois assemblées, dont la base est encore aujourd'hui obscure.

3° enfin un pouvoir judiciaire, tout au moins en ce qui concerne les comices par centuries et les comices par tribus, lorsqu'un citoyen romain condamné en matière criminelle faisait appel devant le peuple de la sentence rendue contre lui par un magistrat, provocatio ad populum (Renvoi: Section II Organisation judiciaire et procédure).

Source : BIU Cujas

§ 3. Le Sénat.

Sous la République, l'autorité du Sénat ne cessa de grandir, de telle sorte que c'est lui qui finit par gouverner en réalité l'Etat.

a) - Recrutement (lectio) du Sénat.

Au début de la République, les sénateurs dont le nombre était fixé à 300, étaient nommés par les consuls ou à leur défaut par les tribuns militaires.

Depuis la loi Ovinia, plébiscite rendu entre 436 de Rome, 318 avant J.C. et 442 de Rome, 312 avant J.C., la nomination fut faite par les censeurs. D'après la nouvelle lecture d'un texte de Festus (Edition Müller, p. 246), donnée par M. Jérome Carcopino, professeur à la Sorbonne à la Société nationale des Antiquaires de France en 1929 (Bulletin de la dite Société 1929, p. 75 et suiv.), la lex Ovinia aurait eu pour objet de prescrire aux censeurs "d'appeler au Sénat, de tous les rangs de la hiérarchie tous les anciens magistrats curules qui étaient honnêtes gens", à la suite de quoi, ajoute Festus "ceux qui étaient laissés en dehors et chassés de leur place (dans cette hiérarchie), passèrent pour déshonorés".

Il semble qu'aient été réservés aux seuls sénateurs patriciens les 2 fonctions suivantes:

1° l'auctoritas patrum devenue une simple formalité.

2° l'interregnum. Le Sénat, en cas de vacance du consulat (par décès ou par abdication dans le courant de l'année) nommait parmi ses membres patriciens un interrex. L'interroi restait en fonctions pendant cinq jours et se désignait à lui-même un successeur auquel il transmettait ses pouvoirs. Le second interroi en désignait un troisième et ainsi de suite jusqu'à ce que les comices, centuriates eussent nommé de nouveaux consuls. La principale fonction de l'interroi était de présider les comices consulaires.

L'interrex et ses fonctions.

b) Attributions du Sénat.

A peu près depuis la seconde guerre punique (Invasion de l'Italie par Annibal en 536 de Rome, 218 avant J.C.) le Sénat est devenu le vrai centre du gouvernement

1°- Au point de vue de l'administration intérieure. Le Sénat est consulté par les magistrats sur toutes les affaires importantes, actes de haute police, propositions de lois, etc... L'avis auquel s'est rangé le Sénat est formulé dans un document à la rédaction duquel il procède lui-même et appelé senatus consultum. La for-

Source : BIU Cujas

mule est toujours: sei ei (ou eis) videbitur: s'il plaira au magistrat (ou aux magistrats). Elle n'a point de caractère impératif. Le Sénat joue donc à l'égard des magistrats le rôle d'un conseil (consilium). C'était une façon pour les magistrats, responsables à leur sortie de charge, de se mettre à couvert.

2° au point de vue financier. "Le Sénat, dit Polybe, VI, I3, I, a pour première attribution l'administration du trésor public, car toutes les recettes et toutes les dépenses sont également de son ressort". C'est donc lui qui règle le budget de l'Etat romain. A ce titre, il autorise les travaux publics faits par les censeurs, les paiements des questeurs, etc...

3° au point de vue militaire. Le Sénat ne décrète pas la guerre. Ce pouvoir est réservé au peuple après une consultation préalable du Sénat. Mais c'est le Sénat qui fixe la sphère d'opérations des généraux, accorde à ceux-ci l'argent et les troupes dont ils ont besoin.

4° au point de vue des rapports avec l'étranger. Ce n'est pas lui qui conclut la paix, mais c'est lui qui dirige les négociations et les traités, qui envoie après la paix sur le théâtre de la guerre des commissaires choisis dans son sein pour surveiller l'éxécution des traités et organiser les territoires conquis.

5° au point de vue législatif. Le Sénat empiète déjà sur les pouvoirs des comices. Il peut dispenser de l'observation des lois en cas d'urgence ou par voie de mesure individuelle.

Sous-Section II

Sources du droit

Nous retrouvons la coutume à laquelle s'ajoutent 3 autres sources: la loi proprement dite, les édits des magistrats, l'interprétation doctrinale ou science du Droit.

I.- La loi.

a) Divisions des leges.

Nous rencontrons en premier lieu la grande division des leges en leges datae et leges rogatae.

Leges datae.

I°. Leges datae. Ce sont, d'après l'opinion dominante, les dispositions qui, sans avoir été votées directement par le peuple, ont été rendues par un magistrat supérieur, à la suite d'une délégation du peuple ou du Sénat. Ex: Statuts particuliers donnés aux provinces, spécialement la lex Rupilia fixant le statut donné à la Sicile en 622 de Rome, I32 avant J.C. après la guerre servile.

Source : BIU Cujas

Leges rogatae.

2° Leges rogatae, c'est-à-dire celles votées par le peuple sur la proposition (rogatio) d'un magistrat. Elles se subdivisent en lois centuriates quand elles sont votées par les comices par centuries, tributes, quand elles le sont par les comices par tribus, et en plébiscites quand elles sont votées par le concilium plebis.

C'est à propos des leges rogatae que les Romains ont établi la théorie de la loi.

b) Théorie romaine de la loi.

A. Désignation des lois - La loi porte le nom gentilice de l'auteur du projet de loi(Ex.loi Aebutia) 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, la loi portera un double nom (Ex.loi Aelia Sentia).

B. Contenu des lois: Une loi renferme ordinairement 3 parties essentielles:

I°. La praescriptio (partie écrite en tête) c'est la clause qui contient le nom et le titre des magistrats qui ont été l'auteur ou les auteurs du projet. Puis, viennent la date du jour du vote, le lieu du vote. Unique exemple d'une loi conservée avec sa praescriptio: la loi Quinctia de 745 de Rome, 9 avant J.C. sur les aqueducs (Textes de Girard, p. 105).

2°.- la rogatio. C'est le dispositif même de la loi, c'est-à-dire les décisions prises par elle. Il s'agit là d'un nouveau sens du mot rogatio qui désigne à la fois la proposition soumise au peuple et la loi par lui votée (Aulu Gellé x 20).

3° - La sanctio, qui indique les mesures qui sont prises contre les violations de la loi. Chez les Romains toutes les lois ne comportaient pas une sanction.

Division des lois

A) Leges perfectae: lois parfaites, ce sont celles qui édictent l'annulation de l'acte fait en violation d'elle.

B) Leges minus quam perfectae, lois moins que parfaites, c'est-à-dire qui ne prononcent pas la nullité de l'acte fait en violation d'elle, ou qui édictent une peine contre ceux qui y contreviennent.

C) Leges imperfectae, lois imparfaites, c'est-à-dire qui sont dépourvues de l'une ou l'autre de ces deux sanctions.

Sur la théorie romaine de la loi, on lira avec fruit l'article de M. Edouard Cuq, V° lex, dans le dictionnaire des antiquités grecques et romaines de Daremberg et Saglio.

Source : BIU Cujas

c) Principales leges rogatae.

Les leges rogatae ont été très nombreuses sous la République. On en trouvera la liste complète dans l'article précité de M. Edouard Cuq. Nous rencontrerons dans le cours, celles qui intéressent spécialement le droit privé et la procédure. Nous n'avons qu'à insister ici sur la loi de beaucoup la plus importante, la loi des XII Tables C'est, comme on l'a écrit, un monument fondamental, le monument dans lequel s'exprime toute l'activité juridique antérieure, et qui a commandé tout le développement postérieur, marquant ainsi pour l'histoire du Droit romain un moment comparable à celui de la rédaction des points homériques pour l'histoire de la littérature grecque.

La loi des XII Tables

Plan

I. Histoire traditionnelle de la loi des XII Tables.

2. Comment le texte nous en est parvenu.

3. Question de l'authenticité de la loi.

I.- Histoire traditionnelle de la loi des XII Tables.

La confection de la loi des XII Tables, fut le résultat d'un triomphe de la plèbe. Les plébéiens accusaient les patriciens de profiter à leur encontre de l'incertitude et de l'obscurité inhérente à toute législation non écrite. Comme nous l'avons vu, la source exclusive du droit privé était la coutume. Afin de remédier à cet état de choses, le tribun Terentilius Arsa proposa en l'an 292 de Rome, 462 avant J.C., la nomination d'une commission de quinze membres chargés de rédiger un Code selon lequel serait rendue la justice. Le Sénat résista, en refusant probablement son assentiment préalable au projet de résolution de Terentilius Arsa. Mais la plèbe tint bon en renommant pendant huit années les mêmes tribuns. En 300 de Rome, 454 avant J.C., le Sénat finit par consentir à une transaction: il devait être élu dans les centuries, pour rédiger le Code en question, une commission de dix membres, les decemviri legibus scribendis, les dix hommes appelés à rédiger les lois, lesquels, dans l'opinion dominante, auraient pu être pris parmi les plébéiens. En compensation, tous les pouvoirs devaient être concentrés entre les mains des décemvirs. La plèbe consentait à la suppression momentanée du tribunat à la suspension de la provocatio ad populum.

Toutefois, les élections n'eurent pas lieu immédiatement. Elles furent précédées de l'envoi en Grèce (entendez par là la Grande Grèce, au sud de l'Italie), d'une commission de cinq membres chargés d'étudier les lois helléniques.

Source : BIU Cujas

C'est seulement au retour des commissaires, c'-est-à-dire dix ans après la proposition de Terentilius Arsa, exactement en l'an 302 de Rome, 452 avant J.C. que furent nommés les décemvirs pour entrer en fonctions l'-année suivante. Ces décemvirs, tous pris parmi les patriciens et dont le plus connu est Appius Claudius, rédigèrent la première année un certain nombre de lois qui furent votées par les comices par centuries et exposées auprès du comitium, endroit où se rendait la justice, sur dix tables de bois ou de métal.

Le Code paraissant encore incomplet, on nomma à la fin de 303 de Rome, 451 avant J.C., de nouveaux décemvirs parmi lesquels plusieurs plébéiens. Après avoir fait quelques lois nouvelles, ils furent renversés par le peuple en 304 ou 305 de Rome, 450 ou 449 avant J.C., à la suite du soulèvement qui suivit le meurtre, par son père, de Virginie qu'Appius Claudius, l'un des décemvirs, cherchait à se faire attribuer comme esclave, pour assouvir une honteuse passion.

Après la chute des décemvirs, on fit sanctionner par les comices par centuries leurs dernières lois qui furent gravées sur deux autres tables et qui, avec les dix premières, constituèrent les XII Tables (duodecim Tabulae), la loi des XII Tables (lex duodecim tabularum).

2. Comment nous est parvenu le texte des XII Tables.

Le texte des XII Tables ne nous est pas parvenu directement, comme par exemple le texte de certaines lois qui nous a été transmis par voie d'inscriptions découvertes dans des fouilles (Ex: loi de Gallia Cesalpina). Il nous est connu indirectement, et malheureusement de façon très fragmentaire, de deux manières différentes:

I° par les citations assez nombreuses qui en ont été faites par les auteurs littéraires, Cicéron, et surtout Aulu Gellé dans ses Nuits attiques.

2° par les commentaires qu'en ont donnés les jurisconsultes. Le plan connu est celui de Gaius, dont plusieurs extraits figurent au Digeste de l'Empereur Justinien.

A l'aide de tous ces matériaux, on a essayé de reconstituer dans son ensemble, le texte des XII Tables. Déjà au XVI° siècle, une reconstitution en fut donnée par l'humaniste Jacques Godefroy. Au XIX° siècle, le travail fut repris sur des bases plus scientifiques. Girard a profité de tous ces travaux pour l'établissement du texte critique que renferment les textes de Droit Romain, p. 9 et suiv.

Source : BIU Cujas

3. Question de l'authenticité des XII Tables.

A part le scepticisme resté isolé de Vico au XVIII siècle, on ne mît pas en doute jusqu'à la fin du XIX° siècle la date de rédaction des XII Tables ni son authenticité. A la vérité, bien des légendes ont entouré la confection de cette loi, mais la science moderne considérait comme certaine, l'existence de dix commissaires élus au début du IV° siècle de Rome pour codifier le droit coutumier.

Des doutes furent élevés pour la première fois en 1898 par l'historien italien Ettore Pais (Storia di Roma) qui soutînt que le fameux Code décemviral n'était en réalité qu'un ouvrage apocryphe, postérieur d'un siècle à sa date supposée. Il aurait été l'oeuvre de Cneius Flavius, l'edile de 450 de Rome, 304 avant J.C., auteur d'un recueil dont il sera bientôt parlé.

Les idées de Pais furent reprises par M. Lambert professeur à la Faculté de droit de Lyon (nombreux articles parus au cours des années 1902 et 1903 dans la Nouvelle Revue historique de droit et dans la Revue générale du droit) qui se montre encore plus sceptique, ce qui l'amena à rapprocher encore davantage la date d'apparition des XII Tables, celles-ci devant être attribuées à un jurisconsulte du VI° siècle de Rome, Sextus Aelius, dont il sera également bientôt parlé.

Les articles de Lambert soulevèrent de vives polémiques parmi les romanistes français et étrangers. Girard défendit la date traditionnelle d'apparition dans un article paru en 1902 dans la Nouvelle Revue historique p. 281 s. (réimprimé avec une note additionnelle dans les Mélanges de Girard, I, Histoire des sources, p. I et suiv.). La question fut portée en 1903 devant le Congrès international des sciences historiques de Rome. On y discuta la thèse de Girard et celle de Lambert. Ce fut la première, la thèse traditionaliste, qui l'emporta contre la thèse de Lambert, celle des hypercritiques, comme on l'a appelée.

La supériorité de la thèse traditionaliste fut démontrée à l'aide de trois sortes de preuves: historiques, philologiques et juridiques.

Historiquement, les faits, tels qu'ils nous sont rapportés par la tradition, se suivent sans la solution de continuité qui aurait été nécessaire pour l'intercalation d'une imposture.

Philologiquement, les dispositions des XII Tables qui nous ont été transmises in extenso, nous mettent, malgré le rajeunissement dont elles furent nécessairement l'objet, en présence d'une langue portant tous les traits d'un latin ancien.

Source : BIU Cujas

Enfin juridiquement, le droit qu'elles expriment est conforme au droit qui a dû régir la société romaine du IV° siècle, à une époque où le peuple romain n'avait pas encore cessé d'être un peuple agricole, aux moeurs rudes.

Aujourd'hui les thèses de Pais et de Lambert ne rencontrent pas le moindre crédit. Pais lui-même a reconnu qu'il avait été trop loin en contestant aux XII Tables leur caractère d'authenticité. (Voir en dernier lieu les développements de Paès dans le tome I de l'Histoire romaine, dans la collection de l'histoire générale dirigée par Gustave Glotz, p. I20).

Bibliographie générale sur les XII Tables: Bonfante, Histoire du droit romain, Traduction française sur la 3ème édition italienne, t. II, p. 77: question de l'authenticité de la loi, t.I, p. I65 et ss: tableau du droit qu'elle renferme, traduction de ses principales dispositions; de Francisci, Storia di diritto romano, I, Roma, I926, p. I93 et suivantes.

II. Les édits des magistrats.

Les édits des magistrats.

Au moment de leur entrée en charge les magistrats romains d'un certain rang, consuls, censeurs, préteurs, édiles curules, avaient coutume de publier une espèce de manifeste, une sorte de profession de foi, où ils se présentaient à leurs administrés, en leur faisant part de leurs titres et de leurs projets. Les édits qui restaient affichés pendant tout le temps que les magistrats qui les avaient rendus demeuraient en charge s'appelaient

Edicta perpetua et edicta repentina.

edicta perpetua, c'est-à-dire permanents, par opposition aux edicta repentina c'est-à-dire ceux que des circonstances exceptionnelles amenaient les magistrats à rendre soudainement (repentinum veut dire soudain) au cours de l'exercice de leur charge.

Parmi les édits perpétuels des magistrats, ceux des préteurs, c'est-à-dire des magistrats de l'administration de la justice civile, prirent une importance considérable. Les préteurs, dans leur édit qui était affi-

L'Edit perpétuel du préteur.

ché près de leur tribunal, annonçaient à leurs justiciables la façon dont ils rendraient la justice. Jusqu'à une loi célèbre dans l'histoire de la procédure civile romaine, la loi Aebutia, du VII° siècle de Rome, les préteurs n'eurent que des pouvoirs restreints. Aussi, jusqu'à cette époque, leurs édits ne furent pas très importants.

Son Importance depuis la loi Aebutia.

Au contraire, à partir de la loi Aebutia, les préteurs acquirent des pouvoirs nouveaux, et leurs édits prirent une grande importance du fait que c'était dans leurs édits qu'ils faisaient part à leurs justiciables de leurs réformes. En moins d'un siècle, l'édit perpétuel

Source : BIU Cujas

(edictum perpetuum) du préteur devint une source considérable du droit. Les préteurs en arrivèrent, comme nous le verrons, à faire du droit nouveau. On appelle ce droit droit honoraire ou prétorien, (jus honorarium, jus praetorium). On parle encore aujourd'hui de la jurisprudence prétorienne de la Cour de Cassation. Le droit honoraire ou prétorien est une nouvelle variété de droit, qui s'oppose aussi, comme le jus gentium déjà rencontré, au jus civile, lequel a sa source dans la coutume et dans la loi.

Le droit honoraire ou prétorien.

III.- L'interprétation doctrinale ou science du droit.

On rencontre enfin, comme autre source du droit à l'époque républicaine, l'interprétation doctrinale ou science du droit. Le droit, une fois exprimé dans sa forme abstraite par la loi, a eu besoin d'être interprêté par des hommes compétents que nous appelons aujourd'hui les jurisconsultes, et que les Romains appelaient les prudents, jurisprudentes. L'interprétation du droit, ou science du droit s'appelle à Rome jurisprudentia. Il faut éviter une confusion avec le droit moderne. Aujourd'hui par le mot jurisprudence, nous désignons l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux, par opposition à ce que nous appelons la doctrine. En droit romain la jurisprudentia, c'est la doctrine.

La jurisprudentia.

Cette science du droit, jurisprudentia, dans la période qui s'étend de la rédaction des XII Tables au IV° siècle de Rome, jusqu'à la fin de la République, est passée par trois phases successives.

Phases de la science du droit.

La première phase est dite ésotérique, c'est-à-dire que, dans cette période, le droit est tenu secret. Il est le monopole des pontifes. Tite Live le dit dans un langage imagé - (IX, 46, 5): Jus civile reconditum in penetralibus pontificum, le droit civil était tenu caché dans les retraites des pontifes. Mais Tite Live certainement exagère un peu, en disant que tout le droit était tenu caché par les pontifes. En effet, les XII Tables étaient affichées sur le comitium; donc le droit était public dans sa forme abstraite. D'autre part, la justice se rendait publiquement au comitium; donc le droit était aussi public dans sa forme concrète.

I°. La phase ésotérique.

Cependant l'exagération de Tite Live contient une part de vérité. Un homme du peuple à Rome était dans l'impossibilité de conduire lui-même un procès, comme aujourd'hui beaucoup de gens. Les pontifes ont été, si nous voulons, dans le langage moderne déterminer leur rôle, des avocats consultants. Quoi qu'il en soit, leur influence a été assez grande sur le développement du droit à Rome. Sous le coup des besoins journaliers, ils

Les pontifes sont des avocats consultants.

Source : BIU Cujas

créèrent par voie d'interprétation beaucoup de droit nouveau. Voici le procédé qu'ils employaient couramment: ils détournaient une procédure de son but normal, et en faisaient résulter des institutions nouvelles. Nous l'avons vu à propos de l'affranchissement par la vindicte, procès fictif en vindicatio in libertatem.

Ils ont créé du droit nouveau.

L'oeuvre des pontifes est une oeuvre anonyme. Le nom d'aucun pontife ne nous est parvenu.

2ème Phase. On peut caractériser cette phase, en la désignant sous le nom de phase de vulgarisation. Elle commence au début du V° siècle de Rome avec un évènement connu, la divulgation des formules orales de procédure par Cneius Flavius, scribe du censeur Appius Claudius Caecus, et fils d'un de ses affranchis. Il publia un recueil de ces formules qu'on a appelé le jus Flavianum, pour permettre aux profanes d'agir en justice, sans s'adresser aux pontifes, qui en avaient le monopole.

2°. La phase de vulgarisation. Cneius Flavius divulgue les formules de procédure.

Il faut croire qu'il avait rendu en ce faisant, un grand service au peuple, puisqu'il fut élu édile curule, en 450 de Rome, 304 avant J.C. ce qui implique pa ailleurs que cette publication eut lieu certainement avant 450 de Rome.

Cneius Flavius, publia aussi le calendrier judiciaire, de manière à dispenser les plaideurs de recourir aux pontifes pour connaître les jours judiciaires, les jours fastes. En effet, le calendrier établi par le pontifes comportait, en face de l'indication de chaque jour, des lettres spéciales, qui indiquaient la qualité du jour au point de vue religieux et judiciaire. C'étai une clef, qui n'appartenait qu'aux pontifes. Flavius l' dévoilée aux justiciables.

et le calendrier.

Dans cette seconde période, commence à se manifester le rôle joué par les jurisconsultes romains. D'après Cicéron, De oratore, ce rôle des jurisconsultes é tait triple:

Le triple rôle des jurisconsultes.

I° - Respondere, c'est-à-dire consulter, donner des consultations.

2° - Cavere, c'est-à-dire intervenir dans la rédaction des actes juridiques.

3° - Agere, c'est-à-dire diriger un procès, assister une personne dans un procès.

Le personnage ambitieux qui briguait une magistrature et voulait acquérir, en vue de cette magistrature la popularité, rendait ces services gratuitement à l'ensemble des citoyens.

Nous rencontrons dans cette période un certain nombre de jurisconsultes dont nous connaissons les noms Marcus Porcius Caton, le père et le fils.

Sextus Aelius, consul en 556 de Rome, I98 avant

Source : BIU Cujas

Les principaux jurisconsultes.

J.C. auteur d'un ouvrage appelé Tripertita et d'un cours de droit qu'on appela Jus AElianum.

Enfin, ceux qu'on appela les trois fondateurs du droit civil: Manius Manilius, consul en 605 de Rome, I49 avant J.C.; Publius Mucius Scaevola consul en 62I de Rome, I33 avant J.C. et Marcus Junius Brutus.

3ème Phase. C'est la phase de systématisation.

3°. La phase de systématisation.

Dans cette période, nous rencontrons les premiers ouvrages d'exposition méthodique du droit. Elle commence avec un Scaevola, qu'il faut avoir soin de distinguer du premier, Quintus Mucius Scaevola, gouverneur d'Asie, consul en 659 de Rome, 95 avant J.C., fils du précédent Scaevola. Sur ce jurisconsulte, qui a exercé une très grande influence sur le développement du droit, voir la thèse de M. Lepointe, Paris, I926. Quintus Mucius Scaevola a composé un énorme traité de Jus civile en I8 livres, suivant la méthode dogmatique.

Q.M. Scaevola.

Citons encore: Aquilius Gallus, préteur en 688 de Rome, 66 avant J.C.; Servius Sulpicius, grand jurisconsulte, qui fut chef d'école; on peut dire que presque tous les jurisconsultes de la fin de la République ont assisté à ses leçons. Il fut consul en 703 de Rome, 5I avant J.C., et mourut en 7II de Rome, 43 avant J.C.. Sur ce jurisconsulte et son rôle, on pourra lire la thèse de Vernay, Lyon I909. Parmi les élèves de Servius Sulpicius citons seulement Alfenus Varus (consulter la thèse de M. Outrey, Paris I928). La plupart des jurisconsultes de l'époque républicaine ont subi l'influence de la philosophie grecque. Certains furent les élèves du philosophe Panaetius (voir plus haut). Aussi leurs écrits, s'inspirent-ils de l'éthique et de la réthorique des philosophes grecs. Voir plus loin: Caractères généraux du droit privé.

Servius Sulpicius.

L'enseignement public du droit

Dans l'activité des jurisconsultes romains à l'époque républicaine, il faut comprendre aussi l'enseignement public du droit, publice profiteri. Un jurisconsulte classique, Pomponius, nous apprend au Digeste (I, 2, 2, 35) que cet enseignement était donné au V° siècle de Rome par Tiberius Coruncanius, consul en 474 de Rome, 280 avant J.C., Ce jurisconsulte réunissait, soit chez lui, soit au forum, un groupe d'auditeurs, auditores: voila le nom des premiers étudiants en droit.

On distinguait deux modes d'enseignement du droit à Rome: Instituere et instruere.

Instituere.

Instituere, c'est le terme qui sert à désigner l'enseignement élémentaire. De là vient le terme qui sert à désigner un ouvrage de droit élémentaire: Institutiones, qu'on traduit imparfaitement en Français depuis le Moyen-âge, par Institutes. Par exemple, les Institutes

Les Institutes

Source : BIU Cujas

de Gaius sont un petit manuel fait à l'époque impériale pour les étudiants. De même Justinien a fait un manuel: Les Institutes de Justinien. Comparer avec les petits Précis Dalloz par exemple.

Instruere.

Instruere est le terme technique pour désigner un enseignement moins élémentaire, plus avancé, en se plaçant surtout au point de vue de la pratique.

Section II - Organisation judiciaire et procédure.

Comme pour les origines de la justice et de la procédure, nous ne nous contenterons pas de parler de la justice et de la procédure civile. Nous parlerons des deux autres justices qu'on rencontre à côté de la justice civile: la justice administrative et la justice criminelle (On ne trouvera rien sur ces deux formes de justice dans les manuels). Après seulement, nous parlerons de la justice civile.

§ I - La justice administrative.

Survivance de la justice privée en matière administrative.

C'est en matière administrative, c'est-à-dire quand il s'agit des litiges entre l'Etat et les particuliers, que les progrès ont été le moins rapides. On assiste en cette matière à la survivance du régime de la justice privée au profit de l'Etat à l'encontre des simples particuliers.

L'Etat peut, comme les simples particuliers, être propriétaire, créancier ou débiteur et, en conséquence, il peut se trouver en contestation avec des tiers. Mais ces contestations n'amènent pas de procès civils.(Aujourd'hui encore, il y a en France une démarcation entre la justice civile et la justice administrative; contrà en Angleterre). La procédure civile reste, en effet, à Rome étrangère aussi bien aux contestations de propriété qui peuvent s'élever entre l'Etat et les particuliers, qu'aux créances des particuliers contre l'Etat, ou de l'Etat contre les particuliers. Comme l'a écrit Girard (Histoire de l'organisation judiciaire des Romains): "L'évolution qui a mis la justice qu'on reçoit à la place de celle qu'on se fait (c'est-à-dire le passage de la justice privée à la justice publique) a été accomplie pour les procès des particuliers; elle n'a pas été établie pour les procès de l'Etat. Et cela parce que cette transformation qui a pu se faire pour les particuliers, au-dessus desquels se place une autorité supérieure qui est l'Etat, n'a pu au contraire s'effectuer pour ce qui

Source : BIU Cujas

est de l'Etat, au-dessus duquel il n'y a pas d'autorité supérieure à la sienne".

L'Etat est son propre juge.

Donc l'Etat représenté par ses propres magistrats est son propre juge. Il se fait lui-même justice contre les particuliers qu'il considère comme retenant des biens qui lui appartiennent ou qu'il estime être ses débiteurs. Il rend lui-même justice à ceux qu'il constate être les légitimes propriétaires de biens indûment retenus par lui, à ceux d'autre part, qu'il reconnaît être ses créanciers. Entre eux et lui, il n'existe pas d'autres tribunaux que lui-même, représenté par ses propres magistrats.

Quels sont ces magistrats ?

Magistrats administratifs rendant la justice.

1° - S'il s'agit de questions de propriété ou de marchés de l'Etat, ce sont les censeurs, auxquels incombe l'administration financière de l'Etat. Puis, durant les intervalles de la censure (en effet, il y avait des intervalles libres entre les collèges successifs de censeurs), ce sont les consuls, et, à leur défaut, les préteurs, qui sont chargés des mêmes fonctions.

Les censeurs.

Les questeurs.

2° - S'il s'agit de créances et de dettes d'espèces monnayées, ce sont les questeurs (quaestores aerarii) magistrats préposés à l'administration du trésor de l'Etat (aerarium).

Les édiles curules.

3° - Enfin en matière de voirie, ce sont les édiles curules, magistrats chargés de l'entretien et du nettoyage des rues.

Quelle était la procédure suivie devant ces magistrats administratifs ?

La procédure administrative.

C'est toute l'évolution de la procédure civile romaine qui s'amorce ici, la transformation dans le droit romain de la procédure civile (c'est-à-dire de celle employée pour les procès entre particuliers) en une procédure administrative, dont voici les traits caractéristiques qui s'opposent aux traits caractéristiques (déjà dégagés par nous à l'époque royale) que présentèrent longtemps à Rome les procès civils. A la fin du droit romain, nous assisterons à la généralisation de la procédure administrative et à son emploi pour tous les procès civils.

Le magistrat est le maître de la procédure.

Le magistrat administratif, à la différence du magistrat civil, ne se trouve gêné par aucune règle limitant son action. Il est le maître de la procédure. En conséquence, c'est lui qui prend l'initiative du procès, qui fait citer directement les justiciables devant son tribunal. Le terme technique pour désigner la citation en justice est celui de vocatio. Le magistrat vocat, cite directement le justiciable devant son tribunal.

La vocatio du magistrat.

Quand le justiciable ne se rend pas à cette convocation, le magistrat peut se servir de son pouvoir deprensio, il le fait appréhender au corps par un de ses appari-

Source : BIU Cujas

tores.

Il instruit et juge même par défaut.

C'est le magistrat administratif qui mène le procès jusqu'au bout, jusqu'à la condamnation, qu'il peut lui-même prononcer, même en cas d'absence du défendeur. A la différence de la procédure civile, la procédure administrative connaît la procédure par défaut.

Il fait exécuter le jugement.

Enfin, c'est le magistrat administratif qui fait exécuter lui-même le jugement rendu par lui, et cela par ses propres moyens, tirés de son imperium; ces moyens sont variés. Ce sera souvent une prise de gage, ou bien un système d'amendes, mulctae.

§ 2 - La justice criminelle.

La provocatio ad populum.

En matière criminelle, les successeurs des rois, les consuls, auxquels il faut assimiler tout le groupe de leurs suppléants: interrex, dictateur, décemvirs, constituants, ont hérité du droit de punir du roi, comme de tous ses autres pouvoirs. Mais la portée en a été presque entièrement modifiée par les fameuses lois sur la provocatio ad populum, origine de la garantie de la liberté individuelle à Rome, comme l'habeas corpus en Angleterre, et en France la déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Ces lois sur la provocatio ad populum; l'appel au peuple, que l'histoire traditionnelle rattache aux fondateurs de la République, et dont les plus anciennes sont certainement antérieures à la loi des XII Tables, IV° siècle de Rome), ont, pour les peines graves prononcées à l'intérieur de la ville, donné aux citoyens condamnés le droit de recourir en grâce devant le peuple, avant de subir leur peine, c'est-à-dire d'en appeler au peuple, provocare ad populum, le peuple étant représenté par les comices par centuries et aussi par les comices par tribus.

Son champ d'application.

Quel était le champ d'application de la provocatio ad populum ?

I° - Elle était applicable seulement aux magistrats ordinaires, tels que les consuls, les interrois. Elle n'était pas imposée au dictateur, ni aux décemvirs constituants.

2° - Elle était étrangère aux consuls mêmes, quand ils se trouvaient hors de Rome, en vertu de la distinction entre l'imperium domi et l'imperium militiae, c'est-à-dire de la division des pouvoirs civils et des pouvoirs militaires.

3° - La provocatio n'était possible que pour les peines graves, à l'origine, la mort seule. De bonne heure, elle s'étendit aux fortes amendes, celles dépassant

Source : BIU Cujas

le taux de la mulcta maxima, soit 3020 as. Ce sont les mulctae rogatae.

4° - Elle ne s'applique pas aux actions criminelles dirigées contre les femmes, les étrangers les esclaves.

La consultation du peuple est obligatoire.

Dans le cas où la provocatio est admise, la consultation du peuple est une obligation pour le magistrat C'est donc une garantie d'ordre constitutionnel pour les particuliers.

Les sentences sujettes à provocatio sont rendues par des magistrats spéciaux.

La provocatio peut aboutir, pour le magistrat à la réformation de son jugement par le peuple souverain. Afin d'éviter aux magistrats supérieurs, les consuls, l'affront qui résulterait pour eux de la cassation de leur sentence par le peuple, on décida que les sentences criminelles sujettes à provocatio ne seraient plus rendues par eux, mais par des autorités subalternes nouvelles, moins susceptibles que les consuls, qui furent chargées à la fois de rendre les jugements et de les défendre devant l'assemblée du peuple.

Quels sont ces magistrats criminels ?

I° - En matière de droit commun, les quaestores parricidii, agents permanents chargés des actions criminelles dirigées contre les personnes ayant commis les crimes de droit commun punis de la peine de mort, le meurtre par exemple.

2° - En matière politique, les duoviri perduellionis, agents nommés à titre isolé pour chaque affaire.

3° - Enfin plus tard, d'autres magistrats: les tribuns de la plèbe, tribuni plebis, en matière politique; les édiles curules, pour les actions entraînant une condamnation à une mulcta rogata.

Phases du procès.

Connaissant les magistrats, décrivons les phases d'un procès criminel soumis à provocatio. Toute la procédure, dans ce procès, va se dérouler devant le peuple, qui va être d'abord simple spectateur aux débats, pour que sa religion soit éclairée, et qui ensuite, en cas de provocatio ad populum, va devenir juge souverain. Il y a donc deux phases dans un procès criminel complet:

I° - Premièrement jusqu'à la provocatio.

2° - Depuis la provocatio. La deuxième phase ne peut naître, si le condamné accepte sa condamnation.

Phase antérieure à la provocatio.

I° phase: jusqu'à la provocatio. Sur cette phase, des renseignements précieux nous sont fournis: I° par Varron, auteur littéraire, De Lingua latina, 6, 90. Il nous rapporte le formulaire usité pour cette procédure, le commentarium vetus anquisitionis; 2° par la loi osque de Bantia dont un commentaire très intéressant a été donné par Esmein, Mélanges d'histoire du droit, pages 325 et suivantes et enfin 3°: par Ciceron, pro domo XVII, 45. A

Source : BIU Cujas

l'aide de ces documents, nous allons faire revivre la première phase.

La diei dictio.

La procédure s'ouvre par une citation, diei dictio, fixer le jour, diem dicere (loi de Bantia, ch. 3. Girard, Textes 5° Edition, p. 28).

La contio, assemblée sans pouvoir constitutionnel.

Cette citation émane du magistrat et enjoint à l'accusé de comparaître au jour déterminé devant l'assemblée du peuple. Le peuple est prévenu par un avertissement. Quand le peuple assiste ainsi en spectateur, l'assemblée porte un nom technique, contio, (in contione), c'est-à-dire sans pouvoir constitutionnel. C'est en quelque sorte une véritable réunion publique. C'est seulement dans la deuxième phase que le peuple se réunit dans les comices proprement dits, c'est-à-dire dans une assemblée ayant un caractère constitutionnel.

Les trois assemblées.

Le peuple étant ainsi réuni in contione, les débats de l'affaire ont lieu devant lui dans trois assemblées successives, séparées par un jour au moins dont la première se tient le jour fixé par la citation. On se trouve, dans ces assemblées, en présence de ce qu'on appelle aujourd'hui la procédure d'instruction, tendant à faire apparaître aux yeux de tous, les charges qui peuvent peser sur l'accusé. C'est cette procédure d'instruction qui porte le nom technique d'anquisitio.

La procédure d'anquisitio.

La troisième assemblée du peuple se termine par le prononcé de la sentence par le magistrat. Cette sentence peut être une sentence d'absolution ou une sentence de condamnation. Si c'est une sentence de condamnation, l'accusé peut former appel, provocatio. Le procès va alors rebondir et nous entrons dans la deuxième phase.

La 2° phase.

2° phase. Le peuple, de simple spectateur qu'il avait été jusqu'alors, va devenir juge souverain. L'appel au peuple avait un effet suspensif c'est-à-dire que, si le magistrat n'en tenait pas compte et exécutait quand même la condamnation contre l'accusé, son acte était considéré comme celui d'un simple particulier et par suite comme une voie de fait. Il était puni lorsqu'il avait fait procéder à l'exécution d'une sentence capitale comme s'il avait lui-même commis un meurtre. Le magistrat doit donc nécessairement convoquer l'assemblée du peuple.

L'appel est suspensif.

Cette assemblée a un caractère constitutionnel. Ce n'est plus une contio; ce sont des comices, réunion du peuple pour le vote, nécessitant la prise des auspices. Le peuple ainsi réuni dans les comices aura simplement à confirmer ou à rejeter le jugement rendu par le magistrat. Tout est alors fini. La décision des comices est en effet irrévocable, définitive. Il est procédé im-

Source : BIU Cujas

médiatement à l'exécution de la peine.

Procès soustraits à la provocatio ad populum.

A côté des procès soumis à la provocatio ad populum, on trouve la masse des procès qui étaient étrangers à cette provocatio. Les procès soustraits à la provocatio étaient, à Rome même:

1° - Les actions criminelles dirigées contre les femmes, les étrangers ou les esclaves.

2° - Les actions criminelles tendant à condamner à une amende ne dépassant pas la mulcta maxima.

En dehors de Rome, toutes les actions criminelles.

C'est le domaine de la cognitio.

Dans ce domaine, le magistrat reprend la plénitude de ses pouvoirs. C'est ce qu'on appelle le domaine de la cognitio ou de la coercition.

Quels étaient les chefs de cette justice soustraite à la provocatio ?

Magistrats chargés de cette juridiction.

C'étaient les consuls, aussi bien à Rome que hors de Rome. Mais quand les consuls guerroyaient en dehors de Rome, ce qui arrivait souvent, ils étaient remplacés par les préteurs, qui restaient dans la ville. Ces derniers ne tardèrent pas, pour se faire suppléer, à avoir des auxiliaires, en la personne de magistrats subalternes, appelés triumviri capitales, qui étaient principalement des autorités de police.

Quelle était la procédure suivie en matière de cognitio?

Liberté du magistrat.

Ici, le magistrat n'est plus soumis à une règlementation de formes; il n'y a plus de règles limitant son pouvoir. Il exerce un pouvoir discrétionnaire. Ainsi la citation est réalisée par lui, par vocatio, avec prensio, s'il le faut. Il instruit lui-même l'affaire, sans publicité, et il juge définitivement, sans appel possible.

Dans le dernier siècle de la République, on voit apparaître une autre procédure criminelle: celle des quaestiones perpetuae que nous étudierons dans la période suivante.

§ 3 - La justice civile

La justice civile va nous retenir longtemps, car étudier la justice civile, c'est déjà étudier le droit privé. La procédure civile est, en effet, celle qui sert à sanctionner les droits privés.

Divisions de la procédure en deux phases.

En matière civile, nous trouvons sous la République le principe que l'ensemble du procès se divise en deux phases très importantes:

La phase in jure.

1° La phase in jure.

2° La phase apud judicem. Telle est la terminolo-

Source : BIU Cujas

La phase apud judicem.

gie nouvelle, venant d'Allemagne. M. Fliniaux abandonne l'expression de phase, d'instance, de procédure in judicio, qu'on trouve partout, et qui est mauvaise. C'est principalement un Allemand, Wenger, auteur du dernier traité de procédure civile, romaine, 1925, qui a critiqué la terminologie traditionnelle et a proposé de lui substituer l'expression de phase, d'instance, de procédure apud judicem, auprès du juge (Wenger, Institutions de la procédure civile romaine, page 181, note 1).

Le magistrat organise seulement l'instance.

Si la procédure aboutit à un procès, le magistrat ne mènera pas le procès jusqu'au bout, jusqu'à la sentence. A un certain moment de la procédure, le magistrat s'efface. En effet, son rôle se borne exclusivement à organiser l'instance jusqu'à la liaison du procès entre les parties. C'est en cela que consiste exclusivement son activité. Le magistrat a donc cessé de juger. Il est obligé de renvoyer le jugement de l'affaire (et c'est de là que part la deuxième phase, l'instance apud judicem) à une autre autorité, ordinairement un simple particulier, un juré, judex unus. C'est ce juré qui statue et rend la sentence.

Explication de cette division de l'instance.

Nous assistons ainsi à une division de l'instance en deux phases successives: l'une, se passant devant le magistrat, c'est la phase in jure; l'autre se déroulant devant le juge, c'est la phase apud judicem. C'est là le trait essentiel et en même temps le plus original de la procédure civile romaine.

Quelle est l'origine de cette distinction ? Les historiens du droit ne doivent pas seulement constater les faits mais encore les expliquer. On rencontre deux sortes d'explication.

Limitation de l'autorité des magistrats.

Dans le premier système, le plus répandu, la procédure apud judicem serait une limitation imposée aux magistrats comme une limitation légale de leur autorité qui originairement s'étendait sur tout le procès. On fait valoir en ce sens des textes de Cicéron et de Denys d'Halicarnasse, qui tous affirment que le droit de juger appartenait entièrement au roi. C'est ainsi que nous avons présenté l'organisation judiciaire à l'époque royale.

Survivance de l'arbitrage privé.

Dans un deuxième système, il faut voir, dans la distinction des deux phases de l'instance, comme une survivance de l'époque primitive où la justice était privée et où les procès étaient tranchés par des arbitres. Ce serait donc la superposition au système de l'arbitrage facultatif, qui survit dans la procédure apud judicem, de l'autorité de l'Etat, qui, elle, se manifeste dans la procédure in jure.

Le point de départ des deux systèmes n'est donc

Source : BIU Cujas

pas le même. Dans le premier système, on part de la procédure in jure, pour arriver à la procédure apud judicem Dans le deuxième système, on part de la procédure apud judicem, pour arriver à la procédure in jure.

ystème de . Fliniaux.

Quel système est préférable ? D'après M. Fliniaux qui se range à l'opinion de M. Wenger (ouvrage cité page 23, note I3, et article du même auteur paru postérieurement dans les Mélanges pour le professeur Hanausek, I925, page 9), la vérité se trouverait entre les deux systèmes. La division de l'instance en deux phases remonterait aux premiers rois de Rome, mais elle aurait été mise de côté temporairement sous le règne des rois absolus de la dynastie étrusque, les Tarquins et Servius Tullius, et elle aurait ensuite fait à nouveau son apparition à l'avènement de la République. De cette façon, on concilie les textes précités avec l'évolution générale de la procédure romaine.

Quoi qu'il en soit, c'est cette division de l'instance en deux phases qui s'opposent nettement, qui sera à la base de tous nos développements, aussi bien pour ce qui touche à l'organisation judiciaire, que pour ce qui touche à la procédure.

Sous-Section I - L'organisation judiciaire.

Cette étude se ramène pratiquement à rechercher quelles étaient à Rome, à l'époque de la République, les différentes autorités judiciaires en matière de justice civile. Examinons d'abord les autorités judiciaires qui interviennent dans l'instance in jure, puis recherchons quelles autorités judiciaires intervenaient dans l'instance apud judicem.

§ I - Instance in jure

utorités udiciaires n jure.

Il faut faire des distinctions du point de vue géographique. A l'époque républicaine l'Empire romain est déjà vaste. Il ne comprend pas seulement Rome, mais l'Italie et les provinces. Recherchons les autorités judiciaires in jure à Rome, puis en Italie, et enfin dans les provinces.

I.- A Rome.

Nous suivrons l'ordre chronologique, pour faire apparaître successivement les différentes autorités judiciaires.

I° - Pendant les premières années qui suivirent la fondation de la République, les titulaires de la ju-

Source : BIU Cujas

ridiction civile, furent les consuls. Lors de la confection de la loi des XII Tables, les consuls furent remplacés dans cette partie de leurs attributions, comme dans toutes les autres parties, par les décemvirs chargés de confectionner le nouveau Code legibis scribendis, et que nous appelons les décemvirs constituants, pour les distinguer d'autres décemvirs que nous allons rencontrer.

Les consuls.

Les décemvirs constituants.

2° - On voit apparaître en 387 de Rome, 367 avant J.C., un nouveau magistrat chargé de l'administration de la justice civile, pour la phase in jure, qui a exercé une grande influence sur la formation et le développement du droit romain, et par là, du droit moderne lui-même: C'est le préteur. Depuis la création de la préture, ni les consuls, ni même les dictateurs n'ont plus à Rome de juridiction proprement dite, c'est-à-dire le droit d'organiser des procès véritables. On leur laissa seulement le pouvoir de concourir aux actes judiciaires de pure forme, dans lesquels le procès n'est qu'une apparence. Nous avons vu déjà les magistrats se prêter à cette comédie judiciaire, avec l'affranchissement. Nous le verrons encore, en étudiant l'adoption. Mais nos consuls et dictateurs n'ont plus la juridiction véritable, celle où il s'agit d'organiser des procès sérieux. C'est ainsi qu'est apparue la distinction, qui survit encore aujourd'hui, entre la juridiction contentieuse, jurisdictio contentiosa, et la juridiction gracieuse, jurisdictio voluntaria.

Le préteur (387 de Rome)

Distinction de la juridiction gracieuse et de la juridiction contentieuse.

La juridiction contentieuse appartient désormais exclusivement au préteur.

Le préteur a seul la juridiction contentieuse.

3° - Jusqu'au début du VI° siècle de Rome, la juridiction civile fut exercée par un préteur unique, seule autorité judiciaire de Rome. Jusqu'alors la compétence du préteur unique s'est étendue, sans distinction de personnes, à tous ceux qui avaient qualité pour plaider comme demandeurs ou défendeurs à Rome, aux citoyens et aux pérégrins.

Depuis le début du VI° siècle de Rome, exactement depuis 5I2, 242 avant J.C., ce préteur a près de lui un collègue, un second préteur, qui lui, est chargé des procès entre étrangers. C'est le préteur qui, dans un document épigraphique, la lex de Gallia Cisalpina, chapître 20, textes de Girard, 5° Edition, page 75, est appelé officiellement praetor qui inter peregrinos jus dicit, le préteur qui dit le droit entre les pérégrins. On l'appelle tout court praetor peregrinus, préteur pérégrin, et l'autre préteur est appelé praetor urbanus, préteur urbain. Ce dernier règle exclusivement les procès entre citoyens romains.

Le préteur pérégrin (en 5I2).

Source : BIU Cujas

Les attributions sont réparties par tirage au sort entre les deux préteurs.

En vertu de cette réforme, réalisée en 512 de Rome, les comices par centuries élisent annuellement deux préteurs, investis l'un et l'autre de fonctions générales, c'est-à-dire que la spécialisation de ces préteurs n'est pas concomitante à leur nomination. On nomme deux préteurs avec des pouvoirs généraux. Mais s'ils reçoivent en commun des attributions judiciaires, ils ne les exerceront pas en commun, comme autrefois les consuls. Chaque préteur a son département propre. L'un est chargé de la justice entre les citoyens, l'autre, de la justice envers les pérégrins. Après le vote du peuple qui les a faits préteurs, venait une répartition par voie de tirage au sort, qui faisait de l'un le préteur urbain, de l'autre, le préteur pérégrin.

Les édiles curules.

4° - Vers la même époque apparaissent deux autres magistrats judiciaires, les édiles curules, magistrats chargés de la police des marchés, qui finirent par acquérir une juridiction spéciale sur les affaires conclues sur les marchés, principalement les ventes d'esclaves.

Lieux et temps d'administration de la justice.

Dans quel lieu se rendait à Rome la justice in jure ? Le préteur urbain et le préteur pérégrin siégeaient sur un tribunal, au comitium. Les édiles curules avaient leur tribunal au marché, sur le forum.

Quand ces magistrats pouvaient-ils organiser les instances? Ils étaient soumis au calendrier judiciaire. Il y avait des jours réservés à l'administration de la justice.

Quels étaient les pouvoirs de ces magistrats judiciaires in jure ?

Distinction des pouvoirs des magistrats de l'ordre judiciaire.

Le pouvoir général dont ils étaient investis se fractionne en deux éléments qu'il faut bien distinguer. M. Fliniaux maintient cette distinction, bien que des auteurs récents aient cherché à l'écarter (Wenger et Jobbé-Duval, Mélanges Bonfante).

L'imperium.

I° - L'imperium, c'est-à-dire le droit de commander, d'adresser des injonctions aux plaideurs avec faculté de les faire respecter par des mesures de coercition. L'une de ces mesures les plus efficaces est la missio in possessionem. Quand un plaideur se montre récalcitrant, le préteur l'exproprie en quelque sorte de l'ensemble de ses biens et y met à sa place un autre individu.

La jurisdictio.

2° - La Jurisdictio, qui est le pouvoir de dire le droit (qui jus dicit), c'est-à-dire d'organiser l'instance jusqu'à la liaison du procès entre les parties.

II.- En Italie.

Le préteur est

Le principe, c'est que les habitants de l'Italie sont justiciables du préteur de Rome. Mais étant donné

Source : BIU Cujas

compétent en principe sur toute l'Italie.

les distances, cette règle aurait des inconvénients pour les habitants des extrémités de l'Italie. Aussi, de bonne heure, a-t-on cherché des tempéraments à ce principe. Dans cet ordre d'idées, deux systèmes différents se sont succédé.

Les praefecti jure dicundo.

I° - Le système des préfectures italiques. Des lois successives prescrivirent au préteur, depuis environ le V° siècle jusqu'à la seconde moitié du VI° siècle de Rome, d'envoyer dans les localités relativement éloignées d'Italie des délégués, praefecti, afin de dispenser les citoyens de ces localités de venir plaider leurs procès civils à Rome. Ils étaient en fonctions un an. Ils administraient en Italie, dans leur ressort, la justice civile; comme à Rome le préteur, dont ils étaient les délégués, ou comme, depuis 512, le préteur urbain et le préteur pérégrin.

2° - Un second système a remplacé le premier: c'est le système des magistratures municipales. A la suite de la guerre sociale, 663 de Rome, 91 avant J-C. le droit de cité romaine fut accordé à toutes les cités italiques qui ne l'avaient pas encore. L'extension du droit de cité eut pour conséquence de modifier profondément la situation de l'Italie, et la conséquence la plus importante fut la formation du régime municipal romain. A la tête de chaque cité, civitas, fut placée une autorité supérieure, ordinairement exercée par quatre personnes, deux hauts fonctionnaires judiciaires appelés duoviri jure dicundo, " les deux hommes choisis pour dire le droit", et deux édiles, duoviri aediles. Laissons de côté les duoviri aediles, pour ne parler que des magistrats qui nous intéressent ici. Comme leur nom l'indique, ils avaient pour principale fonction d'exercer la juridiction civile. Cependant en cette matière, leur compétence était restreinte. Ils ne pouvaient organiser l'instance que dans les procès dont l'objet ne dépassait pas un certain taux. Cette règle existe encore aujourd'hui pour la compétence des juges de paix. Voici quel était le taux que ne devaient pas dépasser les procès, pour être de leur compétence, d'après la lex de Gallia Cisalpina, chapîtres 21 et 22 (Girard, Textes, page 76) 15.000 sesterces. Lorsque le procès ne dépassait pas ce taux légal, les magistrats municipaux étaient compétents. Quand le procès dépassait ce taux, les magistrats municipaux n'étaient plus compétents, et l'affaire devait être renvoyée devant le préteur de Rome.

Les duoviri jure dicundo.

Leur compétence limitée.

Remarquons, observation des plus importantes, que les magistrats municipaux, à la différence des magistrats de l'ordre judiciaire de Rome, n'avaient pas

Source : BIU Cujas

Les magistrats municipaux n'ont pas l'imperium.

l'imperium, mais seulement la jurisdictio. Ils n'avaient donc pas en principe à leur disposition les moyens de coercition dérivant de l'imperium, sauf dans certains cas, en vertu d'une délégation expresse du préteur.

III. - Dans les provinces.(I)

L'organisation judiciaire en Sicile, d'après les Verrines.

Les renseignements particuliers sur l'organisation judiciaire dans les provinces nous sont fournis par la Sicile, qui a été la première province romaine. La mine où l'on puise pour avoir ces renseignements, ce sont les Verrines, les plaidoyers de Cicéron contre Verrès. L'administration judiciaire de la Sicile, nous apprend Cicéron, avait été réglée par une loi, la lex Rupilia, ainsi nommée du nom du Consul Rupilius, qui réorganisa la Sicile, après y avoir réprimé la fameuse révolte des esclaves, en 622 de Rome, 132 avant J-C..

La lex Rupilia.

Voici, d'après la lex Rupilia, quel était le statut de la Sicile pour l'organisation judiciaire. Il faut faire une distinction capitale.

Les litiges entre Siciliens de même cité sont tranchés par des magistrats locaux.

1° - En ce qui concerne les procès entre Siciliens appartenant à une même cité, le principe était que ces litiges devaient être tranchés suivant les lois locales, par des magistrats locaux.

Les autres sont réglés dans des assises du gouverneur.

2° - Pour tous les autres procès, ils étaient déférés au conventus, sorte d'assises judiciaires tenues par le gouverneur de la province, ou un délégué de celui-ci. Nous savons par Cicéron que, au point de vue judiciaire, la Sicile était divisée en plusieurs circonscriptions territoriales, dont le chef-lieu était le siège d'assises judiciaires, que le gouverneur tenait périodiquement. Chaque année, le gouverneur ou un de ses délégués parcourait la province et s'arrêtait dans certaines villes pour y organiser les procès, conventum agebat, il tenait un conventus, une assise judiciaire Cela n'est point pour nous étonner: dans l'ancien droit français, des fonctionnaires itinérants allaient dans les provinces rendre la justice et surveiller les magistrats subalternes: c'étaient les baillis.

L'édit provincial.

Les gouverneurs de provinces, comme les magistrats de Rome, publiaient un édit à leur entrée en charge, l'edictum provinciale. Comme nous l'apprennent des lettres de Cicéron pendant qu'il était gouverneur de Cilicie, les gouverneurs de provinces s'appropriaient

---

(I) Les 15 provinces de la République sont dans l'ordre chronologique les suivantes: Sicile, Sardaigne, Espagne intérieure, Espagne ultérieure, Illyrie, Macédoine, Achaïe, Afrique, Asie, Gaule Narbonnaise, Gaule Césalpine, Bithynie, Cyrène et Crète, Cilicie, Syrie.

Source : BIU Cujas

ordinairement dans leur ensemble les dispositions des édits des magistrats de l'ordre judiciaire de Rome. Il ajoutaient simplement, comme cela ressort de l'édit provincial rendu par Cicéron aux habitants de la Cilicie, édit dont il tirait une légitime fierté, certaines dispositions spéciales à la province, notamment dans l'édit de Cicéron, des dispositions d'ordre fiscal. (Cons. P.F. Girard, Les assises de Cicéron en Cilicie Mélanges Boissier, 1905).

Le gouverneur de province a l'imperium complet.

Quels étaient les pouvoirs du gouverneur de province ? C'était un magistrat supérieur. Il avait même l'imperium militiae, tandis que les magistrats de Rome n'avaient plus depuis la réforme de Sulla que l'imperium domi. Les gouverneurs de provinces exerçaient la même jurisdictio que celle qu'exerçait à Rome le préteur urbain et le préteur pérégrin. Quant à la jurisdictio exercée à Rome par les édiles curules, elle était exercée dans les provinces par les questeurs. (Gaius, Institutes, I.6.)

§ II. Instance apud judicem.

L'autorité qu'on voit intervenir dans l'instance apud judicem est, tantôt un ou plusieurs jurés constitués pour l'affaire, tantôt un collège permanent:

a) Juré unique ou jurés multiples constitués pour une affaire déterminée. Dans la plupart des cas intervient un juré unique (judex unus) qui n'est pas un fonctionnaire, mais un simple particulier, un citoyen romain librement choisi par les parties, si elles sont d'accord. Si elles ne sont pas d'accord, il est pris dans une liste avec tout un système de récusations comme aujourd'hui en Cour d'assises, de la part du défendeur. Le demandeur proposait successivement au défendeur un des jurés inscrits sur la liste, jusqu'à ce que le défendeur en acceptât un, et le dernier était juré, si le défendeur avait récusé tous les autres.

Le judex unus est un citoyen choisi par les parties.

Dans d'autres cas, on avait affaire à des jurés multiples, appelés recuperatores, tirés au sort en assez grand nombre par le magistrat, et ramenés à un chiffre inférieur par des récusations des deux parties. A l'origine, les récupérateurs étaient compétents exclusivement pour les procès entre pérégrins. Ils furent plus tard compétents également pour les procès entre citoyens romains.

Les recuperatores.

b) Quant aux collèges permanents, on rencontre d'abord les centumvirs (centumviri). Ils étaient pris dans les tribus, et ils apparaissent comme formant un tribunal composé de 105 membres, à raison de 3 par

Source : BIU Cujas

Les centumvirs.

tribu. Cela montre qu'ils ont été établis seulement depuis l'élévation à 35 du nombre des tribus, en 513 de Rome, 241 avant J-C.. Le tribunal des centumvirs statuait principalement pour les affaires d'hérédité. Il était compétent pour les pétitions d'hérédité, c'-est-à-dire quand on réclamait en justice une hérédité Sur le tribunal des centumvirs consulter la thèse de Mr.. Olivier Martin. Paris 1904.

Les decemviri stlitibus judicandis.

On rencontre encore les decemvirs stlitibus judicandis (les dix hommes appelés à juger les procès) qu'il ne faut pas confondre avec les decemvirs constituants, et qui apparaissent comme statuant sur les questions de liberté à la fin de la République.

Temps et lieu de la justice apud judicem.

Ces autorités intervenant apud judicem peuvent siéger certains jours où les magistrats in jure ne peuvent pas le faire. Ils ne peuvent pas cependant siéger tous les jours. Ils ne siègent pas en général les jours de jeux, de vendanges et de récoltes. Ils siègent en public, au comitium ou au forum.

Sous-Section II - La procédure.

Il faut distinguer deux grandes périodes.

Les legis actiones.

I° - Jusqu'à la loi AEbutia, VII° siècle de Rome; la procédure qui fonctionne exclusivement est la procédure des actions de la loi, legis actiones.

La procédure formulaire.

2° - Depuis la loi Aebutia, jusqu'à la fin de la République, fonctionnent côte à côte la procédure des actions de la loi, et une nouvelle procédure, la procédure formulaire, qui devait, sous la période de l'Empire, supplanter la procédure des legis actiones.

I - Jusqu'à la loi Aebutia:

Les actions de la loi.

Les legis actiones.

La source principale où nous devons puiser, ce sont les Institutes de Gaius, 4, II à 32. Ce jurisconsulte après quelques considérations générales énumère et étudie dans l'ordre suivant les actions de la loi, qui, d'après lui, sont au nombre de cinq: le sacramentum, la judicis arbitrive postulatio, la condictio, la manus injectio et la pignoris capio. C'est en nous inspirant de cette source que nous allons faire revivre les actions de la loi en suivant le plan suivant:

§ I° - Caractères généraux des legis actiones.

§ 2° - Différentes legis actiones.

§ 3° - Marche générale d'un procès dans la procédure des legis actiones.

Source : BIU Cujas

§ I - Caractères généraux des legis actiones.

Les actions de la loi ne peuvent être intentées qu'en vertu d'une loi.

Ces caractères généraux peuvent être groupés autour de deux réponses que Gaius donne à la question qu'il s'est posée: Pourquoi ces procédures s'appellent elles legis actiones? Gaius (4,II) donne deux explications différentes, et c'est de ces explications que nous allons faire surgir les caractères généraux que présente la procédure des actions de la loi.

I° - On les appelle ainsi, parce qu'elles ne peuvent être intentées qu'en vertu d'une loi spéciale ; vel ideo quod legibus proditae erant (Gaius, 4.II).

Ce sont des procédures légales.

De cette première explication ressort un premier caractère de cette procédure. Les actions de la loi sont des procédures légales, c'est-à-dire peuvent être employées seulement pour faire valoir les différents droits qui sont sanctionnés en vertu d'une loi expresse. Nulla legis actio sine lege, aucune action de la loi n'est accordée sans loi.

Les formules sont calquées sur les termes de la loi.

2° - Explication de Gaius: Les actions de la loi ont été appelées ainsi parce que les formules employées par les plaideurs devaient être exactement calquées sur les termes mêmes de la loi: vel quia ipsatum legem verbis accomodatae erant, parce qu'elles étaient accomodées aux paroles des lois elles-mêmes,(Gaius, 4.II). De cette deuxième explication ressort le deuxième caractère général que présentent les actions de la loi. Ce sont des procédures formalistes, c'est-à-dire impliquant l'emploi de formes sacramentelles, qui sont requises à peine de nullité, en particulier de termes solennels, qui reproduisent les termes mêmes de la loi qui accordait l'action. Gaius prend pour exemple une vieille action du droit romain, l'actio de arboribus succisis. Une personne va chez son voisin couper des vignes. Le plaideur qui, dans la formule orale de la legis actio avait dit: vites, des vignes, aulieu de arbores; des arbres, perdait son procès, parce que la loi ne renfermait que le mot arbores. En droit germanique, on rencontre la même exigence. Si un Franc, dans la revendication, disait: taureau au lieu de chef du troupeau il perdait son procès.

Ce sont des procédures formalistes.

Sauf la pignoris capio, ce sont des procédures judiciaires.

A l'exception d'une seule legis actio, la pignoris capio, toutes les actions de la loi présentaient le caractère général d'être des procédures judiciaires c'est-à-dire impliquant l'intervention de l'autorité publique. Le plus souvent cette intervention sera double, en vertu de la division de l'instance en deux phases: la phase in jure, devant le magistrat, la phase apud judicem, devant le juge. Il en sera ainsi quand ce

Source : BIU Cujas

procédures aboutiront à un procès.

Après l'indication des caractères généraux des legis actiones, pénétrons davantage dans le détail de leur étude.

§ 2 - Les différentes legis actiones.

Nous ne suivrons pas le même ordre que Gaius, car il se place au point de vue rationnel pour énumérer les actions de la loi. Il commence par le sacramentum, parce que c'est la legis actio generalis, d'un emploi général. Nous nous placerons au point de vue historique. Nous tâcherons de situer les legis actiones dans l'histoire générale de la justice privée et publique. Nous

Evolution des legis actiones.

commencerons par la procédure qui est entièrement extra-judiciaire, sans intervention de l'autorité publique: la pignoris capio. Puis nous passerons à l'étude d'une procédure qui, à l'origine, était, elle aussi, extra-judiciaire, mais est devenue rapidement judiciaire, et sert de transition: la manus injectio. Enfin nous aborderons les autres legis actiones, qui sont des procédures judiciaires proprement dites, c'est-à-dire impliquant la présence du magistrat. Ce sont: le sacramentum, la judicis arbitrive postulatio, la condictio.

I - La pignoris capio.

La pignoris capio.

Cette procédure peut être définie: la saisie faite sans jugement par le créancier d'un objet appartenant au débiteur qui ne le paie pas. On pourrait croire que cette procédure, qui est encore extra-judiciaire, est un vestige de la saisie privée, appliquée quand les particuliers se rendaient justice à eux-mêmes? Ce serait une erreur. Il est préférable de voir dans la pignoris capio une délégation faite à un particulier de la saisie qui existait au profit de l'Etat. Nous rentrons ici dans le droit administratif. En effet, l'Etat a gardé intact le droit de se faire justice à soi-même, et, parmi les procédures qu'il emploie pour se faire justice à soi-même, nous rencontrons la prise de gage. Le magistrat faisait saisir par ses appariteurs des objets appartenant aux individus qui résistaient à ses ordres. C'est cette saisie que l'Etat a le droit de faire dans ses rapports avec les particuliers, qu'il délègue au demandeur. Il s'agit bien d'une délégation à un particulier de la saisie appartenant à l'Etat. En effet, voici les cas que Gaius indique dans lesquels on pouvait faire la pignoris capio:

C'est une délégation de la saisie existant au profit de l'Etat.

Cas de pignoris capio.

I° - En matière militaire, elle fonctionne au profit des soldats, pour le recouvrement de leur solde, aes militare (ce sont, en effet, les citoyens qui paient les soldats, au lieu de la caisse de l'Etat); quand ils sont montés, pour le prix de leur cheval, aes equestre,

La solde des soldats et

Source : BIU Cujas

l'entretien de leur cheval.

et pour l'indemnité de fourrage, aes hordearium. Cette saisie était possible par le soldat contre le citoyen, redevable envers l'Etat du paiement de la solde. La pignoris capio s'explique ici par la délégation à un particulier du droit de saisie de l'Etat, qui aurait pu l'exercer lui-même.

2° cas: La pignoris capio est admise en matière financière, au profit des publicains, contre les contribuables en retard. Ici encore, elle s'explique très bien par l'idée d'une délégation par l'Etat de son droit de saisie

les impôts en retard.

La pignoris capio étant une procédure extra-judiciaire, celui à qui elle était déléguée pouvait la faire en dehors de la présence du magistrat, et un jour quelconque. C'est pour cette raison que Gaius, qui écrit à une époque où cette procédure a disparu, nous apprend, 4, 29, qu'on lui avait contesté son caractère de legis actio. Mais c'est parce que les autres legis actiones étaient devenues des procédures judiciaires. Toutefois le saisissant devait prononcer des paroles sacramentelles qui vraisemblablement avaient pour but de reconnaître à son acte le caractère licite, et de le distinguer d'un simple acte de brigandage, d'une voie de fait. En effet, Gaius, 4.29, nous apprend que la pignoris capio devait être faite certis verbis, c'est-à-dire en prononçant certaines paroles solennelles. C'était là la régularisation par la coutume de la justice privée.

La pignoris capio comporte des paroles solennelles, mais pas l'intervention du magistrat.

II -La manus injectio.

La manus injectio a joué un rôle très important. Elle fait l'objet d'interrogations très fréquentes aux examens.

La manus injectio est devenue vite une procédure judiciaire.

Dans sa notion la plus large, la manus injectio peut être définie: une procédure par laquelle le demandeur s'empare de la personne du défendeur. A l'origine c'était une procédure extra-judiciaire, mais elle finit, probablement rapidement par devenir une procédure judiciaire, impliquant, d'une façon toutefois effacée, l'intervention du magistrat. Pour ressusciter cette legis actio, nous avons I° - d'abord la loi des XII Tables, dont certaines dispositions relatives à cette procédure nous sont conservées dans leur forme archaïque, Table III, lois I à 6; 2° le chapître 61 de la lex coloniae Genetivae Juliae, et 3° les Institutes de Gaius, 4.21 et suivants. C'est à l'aide de ces documents que nous allons décrire l'institution de la manus injectio:

Sources.

Les trois phases de la manus injectio.

I - Formes et effets de la manus injectio.
II- Domaine d'application de la manus injectio.

I° - Formes et effets de la manus injectio.

La procédure complète de manus injectio passe

Source : BIU Cujas

par trois phases successives:

1° Phase: Celle de la legis actio proprement dite.

2°Phase: Celle des 60 jours qui suivent.

3°Phase: La phase finale de la mise à mort ou de la réduction en servitude.

1° Phase.

Le délai de 30 jours.

Elle s'ouvre seulement au bout d'un délai de 30 jours depuis que le droit qu'on veut sanctionner par elle est devenu exigible. C'est ce que nous apprennent les XII Tables, Table III, Loi I: Triginta dies justi sunto, que 30 jours légaux de délai lui soient accordés. Le délai expiré, le demandeur a alors le droit de faire la manus injectio. C'est ce que nous apprend la loi 2: Post deinde manus injectio esto, ensuite que la manus injectio ait lieu.

En quoi consiste cette manus injectio?

Formule de la manus injectio.

Elle consiste à saisir avec la main une partie du corps du débiteur, en même temps que le demandeur prononce certaines paroles solennelles que Gaius nous a rapportées 4.21. Voici ces paroles solennelles. Quod tu mihi judicatus (sive damnatus) es sestertium decem milia, quandoc non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium decem milium judicati manum injicio. Cette formule contenait deux parties différentes:

Ses deux parties.

1°- Jusqu'à ob eam rem. Cette partie indique la cause de l'obligation: puisque tu as été jugé (ou condamné) à me payer 10.000 sesterces, et que tu ne m'as pas encore payé.

2° - A partir de ob eam rem: cette partie exprime l'acte matériel auquel se livre le demandeur: pour cette raison je t'impose la main pour la somme de 10.000 sesterces au titre du jugement.

Cette formule est certainement archaïque, le mot quandoc le prouve, mais elle ne date pas des XII Tables, car à cette époque, on ne connaissait pas encore la monnaie en sesterces. On comptait encore en lingots ou en bétail. La mention des sesterces prouve donc que la formule n'est pas très ancienne.

Date de cette formule.

D'autre part, les mots sive damnatus, qui se réfèrent à une condamnation, par opposition au jugement, doivent aussi avoir été ajoutés à une époque plus récente.

A l'origine, le demandeur ne faisait pas la manus injectio, ne prononçait pas les paroles sacramentelles, en présence du magistrat. Plus tard, à une époque impossible à préciser, la manus injectio est devenue une procédure judiciaire. La manus injectio doit être faite, les paroles solennelles prononcées devant le magistrat, après que le demandeur a amené, par la force,

Source : BIU Cujas

s'il le faut, le défendeur in jure, devant le magistrat.

Le défendeur doit payer, ou fournir un vindex.

Observation importante: à l'origine le défendeur à la manus injectio ne pouvait pas se défendre lui-même. Il n'y avait pas de procès possible entre le demandeur et le défendeur. En effet, seuls, deux évènements pouvaient libérer le défendeur:

I° - Le paiement.

2° - L'intervention d'une personne qui s'appelle vindex, c'est-à-dire d'une tierce personne, qui prend la place du défendeur. Le vindex intervenait certis verbis, en prononçant des paroles solennelles, et en faisant un geste ainsi désigné par Gaius: manum depellere, repousser la main du demandeur, quand celui-ci l'appose sur lui. Etymologiquement, le vindex est celui qui dicit vim. (XII Tables, Table III, loi 3), qui dit qu'il y a violence, c'est-à-dire qui affirme solennellement que la manus injectio a été faite à tort sur la personne du défendeur, qu'elle n'a pas eu lieu jure, conformément au droit, mais vi, par violence. Il s'oppose alors à cette violence par un acte de violence. Cette interprétation se trouve confirmée par les renseignements précieux fournis sur la manus injectio par un document postérieur, la lex coloniae Genetivae Juliae, chapitre 6I (Girard, Textes page 9I). Le vindex y est désigné par ces mots: qui vim faciet.

Rôle du vindex.

Responsabilité du vindex.

Quelle était la responsabilité qu'encourait le vindex? Le vindex encourait une certaine responsabilité, bien indiquée par la même loi, chapitre 6I. Le vindex qui était intervenu à tort était condamné à payer le double de la dette: dupli damnas esto, dit la loi.

L'intervention du vindex libère le débiteur.

L'intervention du vindex avait-elle pour effet de libérer complètement le défendeur?

Mr. Fliniaux pense que, par l'intervention du vindex, le défendeur était définitivement mis hors de cause. Voici les deux sortes d'arguments en faveur de cette thèse:

Argument du texte de la loi des XII Tables.

I° - Un argument de texte, tiré des XII Tables, III.3. Voici le texte de cette loi. Ni judicatum facit aut quis ende eo vim dicit, secum ducito, s'il n'exécute pas le jugement, ou si quelqu'un ne se présente pas comme vindex, qu'il l'emmène avec lui. Donc, a contrario, le défendeur n'est pas emmené, si un vindex se présente pour le défendre.

On peut ajouter que le texte met sur la même ligne l'intervention du vindex et le paiement. Or, il est évident que le débiteur qui a payé est libéré. L'intervention du vindex doit avoir le même effet.

Argument tiré de la méthode compara-

2° Argument tiré de la méthode comparative. Dans la plupart des droits primitifs, toutes les fois

Source : BIU Cujas

tive.

qu'une personne est soumise à la vengeance d'une autre, elle y échappe définitivement en donnant un otage, qui répond alors de la dette. Si cette otage est soumis à la vengeance, c'est que celui qui est intervenu y échappe. Cette dation d'un otage est à l'origine de la distinction de la notion de la dette, debitum, et de la notion de responsabilité, obligatio. Ce sont les Allemands qui ont été les premiers à bien différencier ces deux notions, avec une terminologie qui est passée dans tous les ouvrages et toutes les langues, la Schuld et la Haftung.

Distinction de la dette et de la responsabilité.

Toutes ces particularités de la manus injectio se rattachent de très près à l'ancienne justice privée. Elles nous ramènent à une époque où la manus injectio était une procédure extra-judiciaire par laquelle on se rendait à soi-même justice. S'il n'y a ni paiement, ni intervention du vindex, la procédure de la manus injectio suivait son cours, à moins que ne soit intervenu un accord entre les deux parties, un pactum. Il s'agit ici d'un pacte analogue à celui qui, en cas de délit, avait pour effet d'écarter la vengeance privée. Alors seulement intervenait une addictio du magistrat, à la suite de laquelle le débiteur va être emmené par le créancier.

L'additio du magistrat.

2° Phase.

Délai de 60 jours. L'emprisonnement du débiteur.

De l'addictio du magistrat part le délai de 60 jours, pendant lequel le débiteur va être détenu dans la prison domestique de son créancier. En effet, dans la maison de chaque citoyen romain, il y avait une prison. La loi des XII Tables, III, 3 et 4, a réglementé avec soin le poids des chaînes qu'on pouvait faire porter au débiteur, et la quantité de nourriture qu'il fallait lui donner.

Loi 3: Qu'il le lie avec un nerf de boeuf, ou avec des chaînes d'un poids de I5 livres, jamais plus, moins s'il le veut.

Loi 4: S'il le veut, que le débiteur vive de suo, à ses frais. (Il peut donc faire venir sa nourriture du dehors). Sinon que celui qui le tient enchaîné lui donne une livre de farine par jour; qu'il lui donne davantage s'il le veut.

Le créancier doit mener le débiteur à trois marchés successifs.

Une autre disposition de la loi des XII Tables portait que, pendant ce délai de 60 jours le créancier devait mener son débiteur à trois marchés successifs, et y proclamer à haute voix la dette et son montant. On espérait ainsi provoquer la pitié des parents et des amis du débiteur.

3° Phase.

Le délai de 60 jours étant expiré, et l'appel à

Source : BIU Cujas

Le débiteur est tué ou vendu comme esclave.

la pitié étant resté sans écho, des sanctions terribles vont s'appesantir sur la personne du débiteur, la mise à mort, ou la réduction en servitude par la vente du débiteur trans Tiberim. C'est ce que nous apprend Aulu Gelle, source littéraire importante, Nuits Attiques livre 20, chapitre I; § 46 et 47, et, en ce qui concerne la mise à mort, un texte des XII Tables, III, 6 (Girard Textes, page I3) prescrivant qu'en cas de pluralité de créanciers, ceux-ci auraient le droit de se partager le cadavre. C'est le sens que, malgré, les controverses, il faut assigner à ce passage célèbre de la loi des XII Tables: III, 6, Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerint, se fraude esto. Au troisième marché, qu'ils coupent les morceaux. S'ils ont coupé plus ou moins, que ce soit sans dommage pour eux.

Sens du partage dans la loi des XII Tables.

On a contesté cette sanction effrayante. Un professeur américain de droit Romain, M. Max Radin, dans un article intitulé "Secare partis" paru dans une revue juridique américaine, a émis une opinion nouvelle pour expliquer ce passage des XII Tables. Après les trois marchés, le débiteur dont le magistrat a fait addictio, devient esclave. Sa personnalité civile se trouve alors anéantie, et ses biens deviennent des bona publica. On vendait les biens, et ce seraient les acheteurs aux enchères, qu'on appelait: sectores, qui auraient pu vendre les biens par lots.

C'est bien un partage du corps du débiteur.

M. Fliniaux ne croit pas cette version exacte, car la méthode comparative est là pour nous apprendre que, dans les civilisations peu avancées, on rencontre les mêmes brutalités pour l'exécution des dettes. Il renvoie au livre du grand historien allemand du droit comparé, Kohler" Shakespeare devant le forum de la jurisprudence". Dans ce livre, l'auteur a pris comme centre de ses développements, pour expliquer les institutions archaïques de droit comparé, certains drames de Shakespeare, Hamlet, qu'il intitule le drame de la vengeance du sang et, pour la situation misérable des débiteurs, le marchand de Venise. En notes, il indique toutes les données de la méthode comparative, en étudiant le droit de toutes les civilisations primitives.

Tempéraments apportés à la manus injectio.

Tel a été le droit primitif de la manus injectio. Mais, à mesure que les moeurs romaines s'adoucissent, des tempéraments sont apportés à la brutalité primitive. Ils sont de deux sortes:

La loi Poetelia Papiria.

Le premier tempérament fait l'objet de la loi Poetelia Papiria, de 428 de Rome, 326 avant J.C., qui enleva aux créanciers le droit de vendre ou de tuer leur débiteur, et leur conféra seulement le droit de

Source : BIU Cujas

le faire travailler jusqu'à complet désintéressement.

Les manus injectiones purae.

Le deuxième tempérament est la création des manus injectiones purae. Le débiteur contre qui le créancier fait manus injectio va pouvoir dorénavant se constituer son propre vindex c'est-à-dire se défendre lui-même. Un procès véritable peut alors s'engager entre le créancier et le débiteur. Mais comme le vindex, le débiteur s'expose à la peine du double.

Nous savons que les manus injectiones purae ont été créées pour des cas exceptionnels, jusqu'à ce que

a Loi allia.

la loi Vallia ait transformé en manus injectiones purae toutes les manus injectiones, sauf deux pour lesquelles le regime antérieur a été maintenu.

I° - Le cas du judicatum, le jugement auquel la manus injectio sert d'exécution.

2° - Le cas du depensum, c'est-à-dire le cas du recours du sponsor, de la caution, contre le débiteur principal qui ne l'a pas désintéressé dans les six mois.

II. Domaine d'application de la manus injectio.

I° - Originairement, la manus injectio, croyons-nous, a servi exclusivement à sanctionner des créances

d'abord servi à sanctionner des réances évientes de somme d'argent.

présentant les caractères suivants: dettes évidentes et consistant en une somme d'argent. Par exemple, elle a servi à sanctionner le plus ancien contrat connu du droit romain, le nexum, et aussi la créance née du legis per damnationem. Mais ce premier domaine d'application n'est pas admis par tout le monde. Il n'est pas admis par Mr. Wenger suivi par MM. Collinet et Giffard dans leur Précis élémentaire.

2° - Ensuite (pour les auteurs précités c'est à cela qu'elle aurait seulement servi originairement), la manus injectio a servi comme mode d'exécution des jugements. Mais cela n'a pu être possible que quand est apparue une legis actio impliquant nécessairement un procès, c'est-à-dire une question litigieuse à trancher, par exemple le sacramentum. Voici comment les choses se passent. Le juge a rendu son jugement. Le jugement a eu pour effet de rendre évidente la créance. La manus injectio est alors possible.

uis a servi de mode d'exécution es jugements.

Ou des dettes avouées in jure.

Au cas de jugement est assimilé le cas où le débiteur avoue sa dette in jure. C'est la confessio in jure, l'aveu in jure. En effet les deux cas de jugement et de confessio étaient prévus pour l'exercice de la manus injectio par les XII Tables, III, I. Si le débiteur a avoué sa dette, ou que le procès ait été jugé conformément au droit, que 30 jours légaux de délai lui soient accordés.

La manus in-

Enfin, 3° domaine d'application de la manus in-

Source : BIU Cujas

jectio pro judicato.

jectio apparu plus tard, la manus injectio fut donnée parfois par la loi comme s'il y avait eu un jugement, pro judicato. Exemple: dans le cas de depensum, créé par la loi Publilia de sponsu, sur le cautionnement . C'est le cas de recours du sponsor contre le débiteur principal qui ne l'a pas désintéressé dans les six mois

III - Le Sacramentum.

Définition du Sacramentum.

Le Sacramentum que Gaius appelle la legis actio generalis, c'est-à-dire d'un emploi général, est l'action de la loi à laquelle le demandeur doit recourir, toutes les fois que la loi lui donne une action, sans préciser la voie de procédure. Observation importante: cette legis actio implique toujours un procès. Elle a commencé à l'époque royale par être un serment. C'est le sens du mot sacramentum.

C'est d'abord un serment.

Puis un pari.

Plus tard, probablement quand se fit la séparation des pouvoirs civils et des pouvoirs religieux, le serment fut remplacé par un pari au profit de l'Etat. C'est ce qu'on a appelé la sécularisation, la laïcisation du sacramentum.

Quel est l'objet de ce pari? C'est le droit litigieux. D'autre part dans tout pari, il y a un enjeu. Ici, c'est une somme d'argent fixée selon l'importance du litige, à 50 ou 500 as. Cet enjeu était d'abord versé d'avance, consigné. Plus tard on se contenta simplement de le promettre, avec la garantie de cautions spéciales appelées praedes sacramenti.

Les praedes sacramenti.

Distinction du sacramentum in rem et du sacramentum in personam.

Il y avait deux sortes de sacramenta. C'est une distinction très importante pour le droit moderne, car c'est à propos du sacramentum qu'a pris naissance, en droit romain, la distinction capitale qui domine encore aujourd'hui tout le droit des biens, entre les droits de créance, qui seront étudiés en seconde année, et les droits réels, dont le principal est le droit de propriété. Cette distinction est née à Rome au sein de la procédure. A Rome la procédure a joué un rôle bien plus considérable que celui qu'elle joue dans le droit moderne. Aujourd'hui pour faire valoir un même droit on n'a à intenter qu'une seule et même action. Les modernes partent du droit pour arriver à la procédure. Au contraire, à Rome, il y a autant d'actions qu'il y a de droits. On peut même dire que, à la différence du droit moderne, c'est l'action qui précède le droit. C'est ainsi qu'à Rome le droit réel et le droit de créance sont sortis de la procédure.

Distinction du droit réel et du droit de créance.

Il y a donc deux sortes de sacramenta, l'un, qui sert à sanctionner les droits de créance; on l'appelle le sacramentum in personam, dirigé contre la per-

Source : BIU Cujas

sonne; l'autre qui sert à sanctionner les droits réels; on l'appelle le sacramentum in rem, dirigé contre la chose.

A - Le sacramentum in personam.

Les paroles solennelles du Sacramentum in personam.

Il sanctionne un droit de créance. In jure, le soi disant créancier affirme solennellement sa créance. Les termes qu'il emploie nous ont été rapportés par le grammairien Valerius Probus, qui donne les abréviations usitées dans la procédure des legis actiones.

De même qu'aujourd'hui, on faisait à Rome des abréviations et on avait fait de petits recueils des abréviations les plus usuelles. Le recueil de Valerius Probus, 4.I. (Girard, Texte p. 216) donne l'explication de l'abréviation suivante: A.T.M.D.O.. Aio te mihi dare oportere; j'affirme que tu dois me donner (telle somme d'argent, par exemple.)

La procédure est simple

L'autre plaideur devait alors contredire, également par des paroles solennelles, la prétention du soi disant créancier, et, pour cela, il niait le droit de créance invoqué contre lui. Dans le sacramentum in personam, on avait donc affaire à une procédure simple c'est-à-dire à une procédure dans laquelle les deux parties se distinguaient l'une de l'autre, d'un côté, le demandeur, de l'autre le défendeur. C'est une différence avec le sacramentum in rem qui, nous le verrons, était une procédure double.

La provocation au sacramentum.

Après ces deux affirmations contradictoires, les deux parties se provoquaient réciproquement au sacramentum.

La loi Pinaria

Puis, le sacramentum une fois versé, ou plus tard promis de part et d'autre, on passait de suite à la nomination du juge. Depuis une certaine loi, dont le nom nous est parvenu mais pas la date, la loi Pinaria, on suspendait la procédure, et les parties s'engageaient à revenir devant le magistrat au bout de 30 jours, vraisemblablement pour laisser aux parties le temps de la réflexion, et leur promettre une entente, un compromis.

La comperendinatio.

Le délai expiré, et le juge nommé, venait la comperendinatio, par laquelle les parties se promettaient réciproquement de se retrouver le surlendemain devant le juge. Ainsi se terminait la première phase, devant le magistrat, la procédure in jure.

2° Phase: La procédure apud judicem.

Le juge a à résoudre uniquement la question du sacramentum.

Nous sommes devant le juge. Que doit faire le juge? Le juge a seulement à résoudre la question suivante: De qui le sacramentum est-il justum? De qui le sacramentum est-il injustum? Autrement dit: qui des deux plaideurs a gagné son pari ? Supposons

Source : BIU Cujas

que le juge ait déclaré justum le sacramentum du soi disant créancier, qu'il ait donné raison au demandeur, reconnu l'existence du droit de créance. Comment le créancier va-t-il faire exécuter le jugement? La legis actio sacramenti in personam a eu pour but et pour résultat de rendre le titre du créancier exécutoire.

L'exécution a lieu par la manus injectio judicati.

On peut donc procéder à la manus injectio qui sert à l'exécution des jugements, la manus injectio judicati, après le délai de 30 jours.

Mais la manus injectio suppose en plus d'une créance évidente une créance consistant en une somme d'argent.

Or la créance ayant fait l'objet du sacramentum in personam, peut avoir pour objet autre chose que de l'argent.

L'arbitrium liti aestimandae.

Dans ce cas, avant de faire la manus injectio, il fallait vraisemblablement faire une liquidation, une estimation de la créance, transformer en une somme d'argent la créance. On arrivait à cette liquidation par une procédure spéciale, l'arbritrium liti aestimandae. Un arbitre est nommé en vue de procéder à l'estimation de la chose litigieuse.

B - Le sacramentum in rem.

Le sacramentum in rem sanctionne le droit de propriété.(Droit réel). Nous sommes beaucoup mieux renseignés sur le sacramentum in rem, parce que nous possédons le passage de Gaius qui le concerne (IV,16), tandis que, pour le sacramentum in personam, il y a une lacune dans le manuscrit de Vérone.

Le revendiquant, nous l'avons vu avec l'affranchissement par la vindicte, qui n'est qu'une copie de la revendication, tient à la main un bâton, festuca, vindicta, qui, d'après Gaius, représente la lance, le signe de la conquête, l'emblème de la propriété. Il dit, en saisissant la chose, par exemple l'esclave (homo) et en le touchant de la baguette Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio, j'affirme que cet esclave m'appartient en vertu du droit des Quirites, du droit propre aux citoyens romains.

La vindicta.

La contravindicatio.

Alors, à cette vindicatio l'adversaire répond par une contravindicatio, c'est-à-dire il affirme, cela est très important, et c'est une différence avec le sacramentum in personam, non pas que le revendiquant n'est pas propriétaire, mais que c'est lui même qui est propriétaire; ego contra hunc hominem ex jure Quiritium meum esse aio, moi, au contraire, j'affirme que cet esclave m'appartient d'après le droit des Quirites. Ainsi donc nous avons affaire ici à une procédure double, c'est-à-dire à une procédure dans laquelle chaque partie joue à la fois le rôle de demandeur et de défendeur. Alors intervient un simulacre de lutte, très

La consertio manuum.

Source : BIU Cujas

intéressant pour l'histoire de la justice. Les plaideurs ont l'air de s'arracher l'esclave. Cela nous reporte à l'époque de la justice privée, rendue à soi-même. Ce simulacre de lutte se rencontre chez les auteurs littéraires sous l'expression technique de consertio mamuum (conserere manus, en venir aux mains).

L'intervention du préteur.

Mais ce qui montre qu'on n'est plus sous l'empire de la justice privée, c'est que le préteur intervient. Il met fin au simulacre de lutte en disant: Mittite ambo hominem, tous les deux lâchez l'esclave. Telle est, de la part de tous les auteurs l'explication qu'il faut donner à cette parole du préteur. Dans un article récent, paru dans les Mélanges Bonfante, M. Levy-Brühl a soutenu que c'était moins que certain, qu'il n'y aurait pas eu du tout de simulacre de lutte, survivance de la justice privé. Mr. Fliniaux n'est nullement convaincu par son argumentation.(I)

Ensuite, il y avait lieu à provocation réciproque au sacramentum. Puis se posait la question de savoir à qui devait être attribuée ce qu'on appelle la possession intérimaire. Auquel des plaideurs va-t-on laisser la possession de la chose pendant les débats? Suivant quelle règle va être attribuée la possession?

La possession intérimaire est fixée d'abord arbitrairement.

A l'origine, c'est le magistrat, en vertu de son pouvoir discrétionnaire et arbitraire, qui laissait lapossession à celui des plaideurs qu'il voulait. Mais plus tard, la question de possession qui se distingue alors nettement en droit de la question de la propriété fut tranchée au préalable par une procédure spéciale, celle des interdits possessoires origine de la procédure moderne des actions possessoires. Ainsi, de la procédure du sacramentum est sortie en plus de la distinction du droit réel et du droit de créance, la distinction de la propriété et de la possession, matière très difficile, que l'on étudie à la fois dans le droit romain et dans le droit français.

Puis par les interdits.

Les praedes litis et vindiciarum.

Celui qui avait obtenu lapossession devait fournir des cautions, praedes, appelées ici, pour les distinguer des praedes sacramenti, les praedes litis et vindiciarum, c'est-à-dire les cautions garantissant la restitution de la chose litigieuse, lis, litis, et d'autre part; des fruits et des accessoires qui pourront survenir pendant le procès, les vindiciae.

La procédure qui continue à se dérouler ensuite in jure, est maintenant la même que pour le sacramentum

---

(I) Voir la critique faite par M. Giffard, sociologie et droit romain, 1930, p.33 et suivantes.

Source : BIU Cujas

in personam. (Renvoi).

2° Phase.- La procédure apud judicem.

Alternatives dans la sentence du juge.

Ici encore, la question est la même: de qui le sacramentum est-il justum? De qui est-il injustum? Trois alternatives peuvent se présenter:

Le sacramentum du possesseur est déclaré juste.

1° - Le juge a déclaré justum le sacramentum de la personne à qui a été attribuée la possession intérimaire. Alors la solution est simple: elle gardera la chose.

Le sacramentum du non possesseur est déclaré justum.

2° - Le juge a déclaré justum le sacramentum de la personne à qui n'avait pas été attribuée la possession intérimaire. Il va falloir alors lui transférer la possession. Comment ce transfert va-t-il être assuré, autrement dit, comment était exécuté le jugement rendu sur le sacramentum in rem? On trouve ici une grande différence avec le sacramentum in personam. Il n'y a pas ici exécution directe, il n'est pas possible d'exercer la manus injectio. Il ne peut y avoir qu'une exécution indirecte. L'exécution du jugement va être assurée par les praedes litis et vindiciarum, qui se sont engagées à garantir la restitution de la chose et des fruits.

L'exécution indirecte.

3° - Le juge a déclaré injusta les deux sacramenta. Aucun des deux plaideurs n'était propriétaire, alors, règle très importante, celui qui est en possession (voilà l'intérêt qu'on a à être possesseur dans un procès en revendication) reste en possession. C'est la fameuse règle: Melior est causa possidentis, la cause de celui qui possède est meilleure. De là l'importance énorme de cette question de possession, car celui qui ne peut pas prouver son droit de propriété, s'il a en face de lui un adversaire qui ne peut pas le prouver non plus, gardera la chose, car il est possesseur.

Les deux sacramenta sont injusta.

Melior est causa possidentis.

IV - La judicis arbitrive postulatio.

Cette legis actio, qui est vraisemblablement apparue postérieurement au sacramentum, est également une procédure judiciaire.

Formes de cette legis actio.

Sur les formes de cette legis actio, nous sommes assez bien renseignés par Valerius Probus, 4.8: Je te demande préteur, de me donner un juge (ou un arbitre). (Girard, Textes, p. 216).

Pour le domaine d'application de cette legis actio, nous n'avons qu'une indication tout à fait insuffisante de Gaius, de telle sorte qu'on en est réduit aux conjectures.

Domaine d'application de l'arbitri postulatio.

D'abord quelle était le domaine d'application de l'arbitri postulatio? Elle semble être intervenue dans les cas où il y avait plutôt un règlement à faire qu'une contestation véritable à juger, quand on avait

Source : BIU Cujas

Distinction des jurgia et des lites.

affaire à des jurgia, des règlements, par opposition aux lites, procès. Par exemple: le partage d'une chose indivise, le bornage de deux champs, enfin l'arbitrium liti aestimandae, dans la procédure de la manus injectio, pour estimer la créance.

Quel était le domaine d'application de la judicis postulatio?

Domaine d'application de la judicis postulatio.

D'après Girard, hypothèse qui n'est fondée sur aucun texte, mais qui est vraisemblable, elle aurait servi à sanctionner certains délits privés par exemple, le délit consistant à couper les arbres d'autrui (actio de arboribus succisis). Puis, et cette application est certaine, elle est indiquée par Gaius, comme ayant servi à sanctionner les créances qui le furent, par la suite, au moyen de la condictio (Gaius IV,20).

V - La condictio.

C'est la plus récente de nos cinq legis actiones. Elle servait exclusivement à sanctionner des droits de créance. Elle a été créée par deux lois de date ignorée, la loi Silia, en matière de sommes d'argent (I),

Les lois Silia et Calpurnia.

et la loi Calpurnia, en matière d'autres choses certaines, par exemple, un esclave. Dans tous les cas, on pouvait déjà, d'après Gaius (IV, 20), agir par sacramentum in personam ou par judicis postulatio. Mais ce nouveau moyen a dû être imaginé parce qu'il présentait sur l'une ou l'autre de ces legis actiones les avantages suivants:

Avantages de la condictio sur le sacramentum.

1° - Il n'y a pas besoin de déposer un enjeu.

2° - La procédure est moins compliquée. Elle consiste simplement en une sommation faite devant le magistrat, in jure, de venir prendre un juge dans les 30 jours. Condictio vient de condicere, faire une sommation.

3° - Cette legis actio, ce qui est très important pour l'histoire de la procédure romaine, avait pour résultat une condamnation, et non plus un jugement

Elle aboutit à une condamnation.

comme dans le sacramentum, car la question de droit est ici posée directement au juge. La condamnation s'oppose au jugement (cf. Dans la manus injectio la formule: judicatus sive damnatus).

§ 3 - Marche générale d'un procès dans la procédure des legis actiones.

Entrons dans le détail d'un procès quand il s'agit d'une legis actio impliquant un procès (sacramen-

(I) Sur la loi Silia, consulter en dernier lieu l'article de I.M. Nap. dans la revue d'histoire du droit (hollandaise) IX, 1929, P.62 et suiv.

Source : BIU Cujas

tum par exemple). Nous rencontrons, fait très intéressant pour l'histoire de la procédure, une combinaison étroite des règles de la justice publique et de la justice privée, idée sur laquelle nous avons eu soin d'attirer l'attention sous la période royale. La caractéristique des legis actiones est en effet le rôle prépondérant des plaideurs. L'initiative et l'exécution leur appartiennent, et non au magistrat, comme aujourd'hui. Cela n'est pas pour nous étonner. Anciennement les intéressés se faisaient justice eux-mêmes. Quand, plus tard, ils furent obligés de venir devant le magistrat pour se faire rendre justice, ils conservèrent un rôle de premier plan. Nous allons le constater, en passant en revue les phases d'un procès complet:

Rôle prépondérant des plaideurs dans les legis actiones.

1° - La procédure in jure.
2° - La procédure apud judicem.
3° - La procédure d'exécution.

I.- La procédure in jure.

La comparution du défendeur est assurée par le demandeur lui-même, sans aucune intervention de l'autorité judiciaire, ni de ses auxiliaires. Il n'y a pas d'huissiers, comme aujourd'hui, pour porter les assignations. D'après les XII Tables, I.I. le mode de citation en justice est l'in jus vocatio. Voici en quoi elle consiste. Le demandeur se met à la recherche du défendeur, il le guette aux alentours de sa demeure, il ne peut pas en effet pénétrer chez lui. Les Romains ont les premiers, dégagé le principe de la liberté individuelle, l'inviolabilité de la maison. Si le demandeur rencontre le défendeur sur la voie publique, il le somme, avec des paroles solennelles, de le suivre devant le magistrat. Le défendeur doit se conformer à cette sommation. S'il ne le fait pas, le demandeur va prendre des témoins, pour pouvoir affirmer que le défendeur a résisté. Puis il le saisit. Loi des XII Tables, I.I. que celui qui est cité y aille. S'il n'y va pas, que le demandeur prenne des témoins. Ensuite qu'il se saisisse de lui, igitur em capito.

La comparution du défendeur est assurée par le demandeur.

L'in jus vocatio.

Nous assistons dans une comédie de Plaute (VI° siècle de Rome) Persa, le Persan, à une scène d'in jus vocatio. Un père revendique sa fille à un trafiquant de chair humaine. Acte IV, scène IX, vers 8 et suivants. Saturio, le père, s'adresse ainsi au trafiquant: Allons, marche in jus, leno. Alors le trafiquant répond: pourquoi me cites-tu in jus? Le père réplique: Je te le dirai devant le préteur. En attendant je te cite in jus, in jus voco. Alors le trafiquant: Ne prends-tu personne à témoin? Et le père de répondre: Est-ce que tu

Source : BIU Cujas

vaux la peine, bourreau, que je frotte l'oreille à un homme libre, toi qui fais le commerce de personnes libres.

Le demandeur peut mettre la main sur le défendeur.

Revenons à la loi des XII Tables. Le défendeur contre qui on fait in jus vocatio peut vouloir s'échapper. Le demandeur est autorisé à employer la force. XII Tables, I, 2. S'il tente de s'enfuir, qu'il mette la main sur lui, manum endo jacito.

Citons encore ici corrélativement un passage d'une comédie de Plaute, Poenulus, le petit Carthaginois, acte III, scène V, vers 45, où l'on voit le demandeur traîner de force le défendeur devant le magistrat, obtorto collo, en le prenant au collet, littéralement, en lui tordant le cou.

Autres prescriptions des XII Tables.

La loi des XII Tables renferma des prescriptions pour le cas où le défendeur est un veillard, un malade ou un infirme. Observons l'humanité de la loi des XII Tables à l'égard de ces pauvres gens. Table I, 3: S'il y a un malade, un veillard ou un infirme, qu'il lui donne un jumentum, c'est-à-dire un chariot. S'il refuse le chariot, que l'on ne mette pas à sa disposition une arcera, c'est-à-dire un véhicule couvert semblable à ceux qui servaient au transport des malades.

Le vindex de l'in jus vocatio.

Le défendeur devait suivre immédiatement le demandeur, ou fournir une tierce personne comme garant de sa comparution ultérieure, un vindex. Mais il y avait une grande différence entre le vindex de la manus injectio et le vindex de l'in jus vocatio. Dans la manus injectio, l'intervention du vindex libère complètement le débiteur; l'intervention du vindex dans l'in jus vocatio ne libère pas le défendeur. Celui-ci est seulement dégagé de son obligation de suivre immédiatement le demandeur in jure.

Il n'y a pas de procédure in jure par défaut.

Comme la comparution du défendeur devant le magistrat doit être assurée par le demandeur lui-même, par ses propres moyens, il en résulte que le droit romain, dans la procédure in jure des actions de la loi ne connaissait pas la procédure par défaut.

La liaison du procès exige l'accord des parties.

Passons maintenant à ce qu'on appelle la liaison du procès. Supposons les deux parties présentes devant le magistrat, in jure. Le procès ne pourra se lier entre elles que si elles sont d'accord, c'est-à-dire, si, en fait, elles accomplissent exactement ce qu'elles ont à faire selon la loi. Le demandeur doit, à peine de nullité, employer certaines paroles solennelles, faire certains gestes, auxquels le défendeur doit opposer d'autres paroles solennelles, d'autres gestes. Si le défendeur ne le fait pas, le procès ne peut pas se lier. Il en sera ainsi dans les deux cas suivants:

Source : BIU Cujas

1° - En cas d'aveu. Le défendeur au lieu d'opposer à la prétention du demandeur une contre prétention, avoue, reconnaît le bon droit du demandeur. Il est ce qu'on appelle confessus. Il a avoué. L'institution est la confessio in jure.

La confessio in jure et l'in defensio uti oportet entraînent l'addictio du magistrat.

2° - Sans avouer expressément, le défendeur ne se défend pas comme il faut, uti oportet. Il est ce qu'on appelle un indefensus. C'est l'institution de l'indefensio uti oportet. Ce cas est absolument assimilé au premier.

Dans ces deux cas, quel va être l'effet de cette attitude du défendeur ? C'est de permettre l'addictio du magistrat, addictio qui sera, en matière personnelle, l'addictio de la personne même du défendeur, la manus injectio, et, en matière réelle, l'addictio de la chose litigieuse.

Comment expliquer cette addictio du magistrat ? Nous rencontrons deux explications différentes, et qui sont contradictoires:

Explications de cette addictio.

1° - C'est celle donnée la première fois par l'Allemand Demelius, dans son ouvrage intitulé: "La confessio in jure, 1880, suivi par M. Giffard, dans sa thèse de doctorat, intitulée aussi : "La confessio in jure, Paris, 1900. C'est aussi l'explication donnée par Girard, Manuel, 8° édition, page 1036, note 2, et par MM. Collinet et Giffard, Précis élémentaire, n° 132. Mais à son Cours, M. Giffard n'enseigne pas la même chose que dans son manuel.

D'après cette explication, communément admise, il faut voir dans l'addictio la résurrection du système primitif de la justice privée. Le demandeur va recouvrer son droit originaire de réaliser lui-même son droi et c'est le magistrat qui, par l'addictio, va reconnaître le droit du demandeur de se rendre justice à soi-même.

2° explication, c'est celle de M. Giffard à son cours. En cas de confessio in jure, ou d'indefensio uti oportet, l'arbitrage étant impossible, la justice privée se trouve écartée, et le magistrat, en vertu de sa jurisdictio, va dire le droit, rendre en fait l'arbitrage obligatoire, ce qui va lui permettre de prononcer l'addictio.

Quoi qu'il en soit, dans les deux systèmes, on est d'accord pour dire que la confessio in jure et l'in defensio uti oportet donnent naissance à l'addictio du magistrat.

La liaison du procès a pour conséquence très importante l'impossibilité pour les parties de recommencer dans l'avenir le procès pour le même droit. C'est cette conséquence qu'on exprime dans la règle célèbre:

Source : BIU Cujas

La liaison du procès empêche de le recommencer.

Bis de eadem re ne sit legis actio, que la legis actio ne soit pas possible une deuxième fois au sujet de la même affaire, point de départ de la théorie moderne de l'autorité de la chose jugée.

Qu'arrivait-il quand, in jure, les débats ne pouvaient pas finir le jour même ?

Le vadimonium.

Le défendeur fournissait alors au demandeur des cautions spéciales, appelées vades, qui avaient pour rôle de garantir la recomparution du défendeur in jure. C'est l'institution procédurale du vadimonium. Voir la thèse de M. Fliniaux, Le vadimonium Paris, 1908. On en trouvera un résumé, avec beaucoup d'additions sur certains points, dans l'article de M. Fliniaux, Dictionnaire des antiquités grecques et romaines de Daremberg et Saglio, V° Vadimonium.

II. La procédure apud judicem.

Les parties peuvent transiger.

Jusqu'à la comparution apud judicem, devant le juge, les parties peuvent transiger. Loi des XII Tables, 1,6: Rem ubi pacunt, orato, s'ils s'accordent, que l'accord soit proclamé. Sinon, la procédure doit suivre son cours; les parties doivent le jour fixé, exposer leur cause sur le forum ou au comitium, avant midi. Leur présence à toutes les deux est exigée pendant tous les débats apud judicem. Loi des XII Tables, 1,7: Cum peroranto ambo praesentes, pendant l'exposé de leur cause, qu'elles soient présentes toutes deux. Les débats ne peuvent pas dépasser le moment du coucher du soleil. Loi des XII Tables, 1,9: Solis occasus suprema tempestas esto, que le coucher du soleil soit le moment suprême.

Elles doivent être présentes apud judicem.

Que décider, si une des parties ne comparaît pas apud judicem ? Les XII Tables renferment dans ce cas 1,8, une disposition des plus importantes: Post meridiem praesenti litem addictio, après midi, que le juge adjuge le litige à la partie présente. Donc, à la différence de la procédure in jure, il y a, dans la procédure apud judicem, possibilité de procédure par défaut. Mais, observation très importante sur le caractère de cette procédure par défaut, le juge n'a pas à examiner la cause, comme cela a lieu dans la procédure par défaut du droit moderne, et aussi à la fin du droit romain, où le juge peut ne pas condamner le défendeur, même défaillant, dans le cas où la prétention du demandeur ne lui paraît pas fondée. Ici, en vertu de la règle impérative des XII Tables, le juge, doit, en quelque sorte mécaniquement, automatiquement, trancher le débat en faveur de la partie présente. Sur le défaut in judicio, consulter la thèse de Mr. Petot, Paris 1912: Le défaut in judicio dans la procédure ordinaire romaine.

Après midi, le litige est adjugé à la partie présente.

Source : BIU Cujas

III. La procédure d'exécution.

L'exécution est assurée par le gagnant.

L'exécution de la sentence n'est pas assurée par le juge, ni par le magistrat. C'est le plaideur victorieux qui doit mettre en mouvement l'exécution. Par exemple, dans le sacramentum in personam, il devra faire la manus injectio judicati, mise en mouvement au bout de 30 jours après le jugement.

II. Depuis la Loi Aebutia jusqu'à la fin de la République.

Coexistence de la procédure des legis actiones et de la procédure formulaire.

Inconvénients des legis actiones.

La procédure des actions de la loi tirait de ses caractères mêmes certaines imperfections, que le temps avait rendues encore plus sensibles.

Elles manquent de souplesse.

1° - Etant une procédure légale, c'est-à-dire tirant son existence de la loi seule, elle n'avait ni souplesse, ni faculté de progrès. Les parties ne pouvaient pas faire valoir une prétention, si juste fût-elle, quand il n'y avait pas de formule en quelque sorte calquée sur la loi, permettant de produire cette prétention en justice. Il en résultait un rôle effacé joué par le magistrat. Pour Girard, le magistrat aurait été un véritable automate, jouant seulement le rôle d'un témoin solennel dans la legis actio. Il doit y assister, et il ne peut pas refuser son concours. D'après M. Wlassak, qui a étudié à fond la procédure civile romaine, et M. Cuq, Manuel, page 803, le magistrat a sans doute joué un rôle effacé, mais pas un rôle nul, comme le voudrait Girard. Ces auteurs déclarent que le magistrat pouvait, s'il le jugeait bon, refuser la legis actio, denegare legis actionem.

Rôle effacé du magistrat.

Rigueur du formalisme.

2° - Etant une procédure formaliste, la procédure des legis actiones faisait dépendre le sort des procès du bon accomplissement des formalités. C'est principalement cette rigueur d'interprétation, ce formalisme exagéré, qui amena l'impopularité des legis actiones, comme nous l'apprend Gaius, 4,30: elles étaient toutes devenues peu à peu odieuses, omnes paulatim in odio venerunt.

Ainsi donc, pour nous résumer, du point de vue particulier des plaideurs, gêne qui finit par devenir intolérable; du point de vue de l'intérêt général, entrave apportée au libre développement du droit. Une réforme s'imposait. Ce fut l'objet de la loi Aebutia,

Source : BIU Cujas

La Loi AEbutia.

qui introduisit une nouvelle procédure, la procédure formulaire.

En quoi consiste exactement la réforme ainsi opérée par la loi AEbutia ? Ce point est très important, capital même.

Elle consiste dans la transformation de la procédure in jure. Désormais, cette première phase tend nécessairement à l'obtention d'une formule écrite, délivrée par le magistrat, dans laquelle celui-ci, après avoir institué le juge, lui trace en termes impératifs la mission dont il le charge. C'est donc une sorte de petit programme tracé par le magistrat pour le juge.

Disparition du formalisme.

En même temps, nous assistons à la disparition du formalisme devant le magistrat. Les parties peuvent exposer librement leurs prétentions, sans avoir besoin de les couler dans le moule d'une formule orale immuable. Après une discussion à laquelle préside le magistrat, et sur la marche de laquelle il exerce son pouvoir souverain de contrôle et de direction, la formule est rédigée par le magistrat, s'il le juge à propos.

La technique de la formule.

Dans presque tous les cas, la formule exprime la prétention du demandeur et prescrit au juge de condamner, si la prétention du demandeur se trouve vérifiée. Par conséquent, du point de vue de la technique, la formule comprend deux parties essentielles, à savoir:

Les parties essentielles.

I° - L'intentio.

2° - La condemnatio. Il faut dire ce mot en latin à l'examen, et ne pas le traduire par condamnation.

I°- L'intentio.

L'intentio résume la prétention du demandeur.

C'est peut-on dire, un résumé en quelques mots de la prétention du demandeur, Intentio vient de intendere, qui veut dire prétendre. Comment était rédigée l'intentio? C'était pour les droits existant déjà à l'introduction de cette procédure, la transposition sous une forme impersonnelle des paroles mêmes de la legis actio.

C'est la transposition sous une forme impersonnelle des paroles de la legis actio.

Exemple:

a) Action en revendication (action réelle).

Formule orale de la legis actio.	Formule écrite de la procédure formulaire.
L'intentio de l'action en revendication.	
Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio.	Si paret Auli Agerii servum Stichum esse ex jure Quiritium.
J'affirme que cet esclave m'appartient d'après le droit des Quirites.	S'il apparaît que l'esclave Stichus appartient à Aulus Agerius, d'après le droit des Quirites.

Source : BIU Cujas

Voilà l'intentio de la formule écrite. C'est bien la transposition pure et simple de la formule orale de l'action de la loi.

Le nom Aulus Agerius est un nom conventionnel pour désigner le demandeur. Agerius vient de agere, agir, être demandeur.

L'intentio de l'action personnelle.

b) Action personnelle en réclamation d'une somme d'argent (actio certae creditae pecuniae)

Formule orale de la legis actio.	Formule écrite de la procédure formulaire.
Aio te mihi sestertium decem milia dare oportere.	Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere.
J'affirme que tu dois d'après le droit civil me donner IO.000 sesterces.	S'il apparaît que Numerius Negidius (c'est le défendeur: Negidius veut dire qui negat celui qui nie) doit d'après le droit civil donner à Aulus Agerius IO.000 Sesterces.

Passons à la condemnatio.

La condemnatio:

a) Action en revendication (action réelle). Le préteur s'adresse au juge: Judex, quanti ea res erit, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolve, Juge condamne Numerius Negidius envers Aulus Agerius à lui payer la valeur de la chose. S'il n'apparaît pas, absous.

action en revendication.

b) Action personnelle: Judex, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia condemna. Si non paret absolve. Juge condamne Numerius Negidius à dix mille sesterces envers Aulus Agerius, s'il n'apparaît pas, absous.

action personnelle.

Les parties accessoires de la formule.

Parfois (il en sera ainsi quand il s'agit d'une action personnelle incertaine); l'intentio était précédée d'une autre partie, la démonstratio. C'est la partie de la formule qui indique au juge le fondement juridique de l'action intentée. Voici d'après Gaius, 4, 47, la formule civile de l'action de dépôt qui comportait une démonstratio.

La demonstratio (actions incertaines).

Demonstratio: quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur, en raison de ce que Aulus Agerius a déposé chez Numerius Negidius une table d'argent, au sujet de laquelle chose on agit.

Formule del' action de dépôt.

Intentio. L'action étant incertaine, l'intentio est incerta: quidquid ob eam rem Numerium Negidium

Source : BIU Cujas

Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, tout ce que, en vertu de cette affaire, Numerius Negidius doit donner ou faire envers Aulus Agerius, suivant la bonne foi.

Condemnatio (également incertaine): Ejus, judex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolve. A cela, Juge, condamne Numerius Negidius envers Aulus Agerius. S'il n'apparaît pas, absous. Ces trois parties de la formule se soudent l'une à l'autre. L'intentio à la démonstratio, par les mots ob eam rem, qui rappellent les mots qua de re agitur, et la condemnatio à l'intentio; le mot ejus rappelant le quid-quid de l'intentio.

Origines de la formule écrite.

Une question se pose: Quels sont les précédents de cette formule écrite, qui constitue le trait caractéristique et original de la nouvelle procédure ? Nous rencontrons sur ce point deux systèmes.

Le premier système pense que cette formule écrite a eu ses origines dans la pratique usitée devant le préteur pérégrin. En d'autres termes, ce système défend la thèse des origines pérégrines de la formule. En effet, d'après ce système, la procédure des actions de la loi était inapplicable aux pérégrins. Les formules solennelles, par lesquelles les deux adversaires

Thèse des origines pérégrines.

posaient la question et liaient le litige, faisant ici défaut, le préteur pérégrin, en vertu de son imperium, prit sur lui de rédiger une formule écrite, et de la proposer aux parties comme l'expression de leurs prétentions. La formule écrite, ainsi imaginée par le préteur pérégrin, fut ensuite employée pour les procès entre citoyens, c'est-à-dire par le préteur urbain lui-même.

Réfutation: Les pérégrins peuvent parfois lege agere.

Contre ce système, on a formulé certaines critiques. La principale, c'est qu'il n'est pas sûr du tout que les pérégrins ne pouvaient jamais lege agere. Nous avons vu le système de Girard, d'après lequel, pour certains pérégrins et certaines matières spéciales, il y avait lieu à legis actio pour les pérégrins. Par conséquent, il y a doute. M. Fliniaux est donc enclin à se diriger vers l'autre système.

Systèmes des origines provinciales.

D'après le second système, ce n'est pas du côté du préteur pérégrin qu'il faut chercher l'origine directe de la formule écrite. Ce serait dans les pratiques usitées dans les provinces. C'est le système des origines provinciales de la formule écrite.

Il est en effet des plus vraisemblable que c'est dans les provinces qu'a pris naissance cette idée de fixer les prétentions du demandeur dans une formule écrite. A cet égard, la pratique spéciale qu'on rencontre

Source : BIU Cujas

en Sicile paraît décisive. En Sicile, d'après les Verrines, il y avait lieu, pour la citation en justice, à une inscription de la prétention du demandeur sur un registre spécial, qui jouait en quelque sorte la fonction que remplit aujourd'hui le rôle dans un tribunal. Cette inscription porte le nom technique de dicarum scriptio, inscription des prétentions du demandeur, du mot grec δικη . Voir Fliniaux, Nouvelle Revue Historique; I909, page 535.

Le dicarum scriptio en Sicile.

Quoi qu'il en soit, que la formule soit née dans les pratiques en usage entre pérégrins, ou dans la procédure usitée dans lesprovinces, c'est certainement un acte législatif qui introduisit les formules à Rome dans les procès entre citoyens. C'est la fameuse loi Aebutia.

Importance historique de la loi AEbutia.

Le moment est venu d'insister sur cette loi qui a eu une importance considérable, non seulement sur la procédure romaine, mais sur le droit romain tout entier, et par là, sur le droit universel. Deux points particuliers méritent d'être étudiés:

I° - Quelle a été la portée de cette loi?

2° - Quelle est la date de cette loi?

I - Portée de la loi AEbutia.

La loi Aebutia n'a pas aboli les legis actiones.

C'est un fait absolument certain que la loi AEbutia n'a pas complètement aboli les legis actiones. Après comme avant la loi AEbutia, on rencontre des légis actiones. Seulement, après la loi AEbutia, à côté des legis actiones, on trouve des formules écrites pour tous les droits. Comment expliquer le phénomène?

Ici encore, on rencontre deux systèmes différents.

Un premier système a été soutenu en Allemagne par Becker, et repris récemment par Jobbé-Duval, Mélanges Cornil, I.pages 5I7 et suivantes. Pour chaque procès, il y aurait eu à la fois célébration de la legis actio et délivrance de la formule écrite. M. Fliniaux estime que ce système ne peut être adopté, car depuis longtemps, on l'a réfuté en l'enfermant dans le dilemne suivant: de deux choses l'une, ou c'est la legis actio qui est nécessaire, essentielle, alors, pas besoin de formule; ou bien c'est la formule, alors pas besoin de legis actio, il y a partout la formule.

Elle a donné le choix entre les legis actiones et les formules.

Voici le second système, qui rencontre, on peut dire, l'approbation quasi unanime, et est adopté dans tous les manuels de droit romain. C'est le système imaginé pour la première fois par le grand spécialiste de la procédure civile romaine. M. Wlassak, professeur à Vienne. La loi AEbutia, qui introduisit la procédure nouvelle, aurait permis aux parties de choisir entre la procédure nouvelle et la procédure ancienne, et cela sous le contrôle du magistrat. Elle aurait instauré un

Source : BIU Cujas

essai loyal de la nouvelle procédure. Nous sommes en présence d'une période de transition, qui aurait duré jusqu'au début de la période suivante, l'Empire.

La loi Julia a aboli les legis actiones.

En effet, sous Auguste, la nouvelle procédure formulaire a été mise à la place de l'ancienne procédure, qui fut alors définitivement mise de côté. C'est un fait certain. Ce fut l'oeuvre d'un autre acte législatif, très important également pour l'histoire de la procédure civile romaine, une des deux lois Juliae, re[n]due sous Auguste, en 737 de Rome, 17 avant J.C. et qu'on appelle la lex Julia judiciorum privatorum. A côté de cette loi, il y a eu une lex Julia judiciorum publicorum. La première concernait les procès privés, la seconde, les procès publics, la procédure criminelle.

2° Question: Quelle est la date de la loi AEbutia ? Les sources se contentent de signaler cette loi et sa grande importance, mais ne disent rien sur sa date. Comme c'est un document des plus importants pour l'histoire de la procédure civile romaine, on comprend qu[e] depuis longtemps, les romanistes se soient acharnés sur la date de cette loi. Il est impossible de lui assigner une date précise. On a cherché en vain dans les Fastes le nom d'un magistrat AEbutius qui l'aurait proposée.

La date de la loi AEbutia n'est pas donnée par les sources. Recherche de sa date par Girard d'après la méthode scientifique.

Un des derniers auteurs qui se sont occupés de la question est Girard qui a mis en oeuvre tout l'outillage scientifique de la méthode historique. Le procé[dé] scientifique qu'il a employé ici est un procédé particulier de la méthode historique. C'est quand il s'agit de fixer une date inconnue, le procédé de fixation des dates extrêmes. On recherche, après un dépouillement, combien consciencieux et laborieux, de tous les documents, les documents qui prouvent que la nouvelle institution n'existait pas encore, et d'autre part, tou[s] les documents qui font présumer que la nouvelle institution fonctionne, et on tâche de resserrer de plus en plus ces deux dates extrêmes. C'est ce que fit Girard, et il a donné des résultats de ce travail en 1897, dans un article qui a fait beaucoup de bruit à cette époque, Nouvelle Revue Historique, page 249. Il est revenu ensuite sur la question pour répondre aux critiques de savants allemands, notamment Wlassak) dans une revue romanistique allemande, la Zeitschrift der Savigny Stiftung Revue de la Fondation Savigny, 1908, page 113. L'article de Girard y est publié en français. On trouvera ces deux articles reproduits dans les Mélanges de Girard, réunion de tous ses articles par ordre de matières. Tome I Histoire des Sources, p. 67 et suivantes. Indiquons

Source : BIU Cujas

un excellent résumé de ces articles par un des disciples de Girard, M. Senn, Nouvelle Revue Historique I90 page 5I5.

Date extrême proposée par Girard.

Girard croyait avoir difinitivement localisé la date de la loi AEbutia entre ces deux dates extrêmes: 605 de Rome; I49 avant J-C. et 628 de Rome, I26 avant J-C.. Mais ces chiffres ont été contestés en Allemagne par Wlassak, et en France par M. Cuq, manuel, page 850, note I. Ces critiques paraissent assez troublantes, et il nous paraît difficile de s'attacher d'une façon ferme aux deux dates proposées par Girard. Tout ce qu'on peut dire d'absolument certain; c'est que le nouveau système introduit par la loi AEbutia, fonctionne en 63I de Rome, I23 avant J.C.. La loi AEbutia est donc certainement du premier tiers du VII° siècle de Rome. Il paraît impossible d'arriver à une précision plus grande.

La loi AEbutia est du premier tiers du VII° siècle de Rome.

Après ces considérations générales, nous nous proposons d'étudier, relativement à la nouvelle procédure, les deux points suivants, qui vont nous retenir longtemps, qui sont d'une importance extrême, et font très souvent l'objet d'interrogations aux examens.

I° - Utilisation par le préteur des pouvoirs nouveaux à lui conférés par la loi AEbutia. Formation et développement progressif du droit honoraire ou prétorien.

2°- Marche générale d'un procès dans la procédure formulaire.

I - Utilisation par le préteur des pouvoirs nouveaux à lui conférés par la loi AEbutia. - Formation et développement progressif du droit honoraire ou prétorien.

Pouvoirs du préteur.

De larges pouvoirs appartiennent désormais au magistrat, au préteur, aux fins d'administrer la justice civile. Le préteur va donc jouer un rôle des plus actifs, et cela par l'exercice combiné de ses deux pouvoirs:

I° - L'imperium, c'est-à-dire l'autorité supérieure, qui lui confère des attributions de police, principalement le pouvoir de faire exécuter ses ordres par des moyens de contrainte.

2° -La jurisdictio, c'est-à-dire le pouvoir d'organiser l'instance.

Du point de vue technique, le magistrat, le préteur, quand il exerce son imperium, rend ce qu'on appelle des décrets, decreta. Quand il exerce la jurisdictio, il donne ce qu'on appelle des judicia, c'est-à-dire des formules d'action. Armé de tels pouvoirs, le préteur fut peu à peu amené, non seulement à

Les décrets et les judicia.

Source : BIU Cujas

faire respecter le droit civil, à le seconder, comme disent les textes, mais encore à créer de toutes pièces du droit nouveau par lequel il complétait ou corrigeait le droit civil. L'ensemble de tous ces résultats ainsi obtenus, constitue le droit honoraire ou prétorien. Voici la définition même que donne au droit prétorien, un grand jurisconsulte romain de l'époque classique, Papinien; Digeste, Livre I, Titre I, loi 7, § I: Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam, le droit prétorien est celui que les préteurs ont introduit, en vue de seconder ou de suppléer, ou de corriger le droit civil, en vue de l'utilité publique.

Définition par Papinien du droit honoraire.

Pénétrons maintenant dans le détail des moyens techniques employés par le préteur pour arriver à ses fins. Ces moyens techniques sont de deux sortes:

Moyens techniques employés par le préteur.

I° - Les uns nous apparaissent comme étant tirés de la jurisdictio.

2° - Les autres au contraire, sont tirés de l'imperium.

I° - Moyens tirés de la jurisdictio.

Moyens tirés de la jurisdictio.

Le préteur nous apparaît comme le maître de l'action, c'est-à-dire de la formule écrite, judicium, terme technique employé par les sources. Nous rencontrons, sous cette rubrique, trois procédés différents utilisés par le préteur. Tantôt, premier procédé, le préteur refuse de délivrer la formule, denegatio actionis; tantôt il délivre la formule, mais, ou bien; deuxième procédé, il modifie la formule de l'action existante, ou bien, troisième procédé, il crée des formules nouvelles n'ayant aucun rapport avec les formules civiles.

Etudions ces trois procédés.

° procédé: la denegatio actionis.

I° Procédé: Le préteur refuse de délivrer la formule, denegatio actionis.

Le fonctionnement de ce procédé, a été contesté à tort, d'après M. Fliniaux, par M. Levy Brühl, dans deux articles parus en I924, intitulés le premier: La denegatio actionis, l'autre la causae cognitio. La thèse soutenue par cet auteur a été critiquée avec des arguments qui paraissent péremptoires, à la fois en Autriche, par Wlassak, Die Klassische Processformel, I924, p. I38, N° 28, en France, par M. Duquesne, dans son compte-rendu des articles de M. Levy-Brühl, Revue Historique de droit, nouveau titre de la Nouvelle Revue Historique, I925 p. 457 et suivantes, et en Italie par M. Guarneri Citati, Archivio giuridico, IX (I925)p.I40.

s de refus l'action.

Quels étaient les cas dans lesquels le préteur pouvait ainsi refuser de délivrer la formule?

Source : BIU Cujas

Ces cas peuvent rentrer dans l'une des hypothèses que voici:

La prétention du demandeur n'est pas sanctionnée par le droit.

I° -La prétention du demandeur ne se trouve sanctionnée, ni par le droit civil, ni par le droit honoraire, tel qu'il résulte de l'édit du préteur. Toutefois, il faut remarquer que le préteur peut, s'il le juge opportun, accorder pour la première fois une action qu'il n'a pas encore promise dans son édit. A ce genre particulier d'actions, on donne le nom technique d'actions in factum stricto sensu ou actions in factum decretales. Sur ces actions renvoyons à Girard, Manuel 8° édition, page 1065, note 5.

Les actions in factum stricto sensu.

2° -Le magistrat ne délivrera pas non plus la formule, quand il est certain que cette délivrance ne servirait en rien au demandeur, aboutirait fatalement à l'absolution du défendeur. Il en est ainsi, quand le demandeur réclame la formule d'une action, à laquelle il ne satisfait certainement pas. Par exemple, le débiteur, actionné par le créancier devant le magistrat, prouve en rapportant une quittance, qu'il avait payé la dette qu'on lui réclame. Au lieu de faire traîner les choses en longueur, en renvoyant l'affaire devant le juge, le magistrat refuse de délivrer la formule, et du même coup arrête le procès.

Le défendeur a un moyen de défense.

Quand le préteur utilise ce premier procédé de la denegatio actionis, il intervient plutôt adjuvandi juris civilis gratia, pour seconder le droit civil (et même aussi adjuvandi juris praetorii causa car il peut refuser une formule d'action prétorienne).

Quand il veut compléter ou corriger le droit civil, le préteur emploie ordinairement un moyen moins radical, un des deux autres procédés.

2° procédé: Modification de l'action civile ou prétorienne.

2° Procédé. Le préteur va bien délivrer la formule de l'action existante, mais il la délivrera avec de telles modifications, que le juge sera obligé de faire triompher les réformes du préteur. Donc ce deuxième procédé consiste en la délivrance de la formule d'une action civile (ou de la formule d'une action prétorienne) avec certaines modifications.

L'exceptio.

1ère modification: Insertion dans la formule de l'action civile (ou prétorienne) d'une exception, exceptio. L'exceptio est un moyen permettant au défendeur d'éviter la condamnation, sans avoir besoin de contester le bien fondé de la prétention du demandeur. Il ne faut pas, en effet, confondre l'exception avec le moyen de défense proprement-dit. Par moyens de défense, on entend les moyens qui contredisent directement la prétention du demandeur. A l'affirmation du demandeur qui se trouve formulée dans l'intentio de l'action, le défendeur

Distinction de l'exception et du moyen de défense.

Source : BIU Cujas

oppose une négation. Par exemple, dans l'action qui sanctionne un droit de créance, le demandeur affirme dans l'intentio qu'il est créancier. Le défendeur va nier expressément d'être débiteur en invoquant par exemple la nullité de l'obligation. C'est un moyen de défense.

e cas du dol

Mais ces moyens de défense ne sont pas toujours suffisants pour assurer une protection efficace au défendeur. Des cas de plus en plus nombreux se présentèrent où, bien que la prétention du demandeur fût fondée d'après le droit civil, jure civili, il paraissait équitable que le défendeur pût la faire écarter. Par exemple, l'obligation qu'on veut faire exécuter contre le débiteur a été contractée par lui sous l'empire du dol du créancier. Il y a eu des manoeuvres frauduleuses de la part du créancier, pour obtenir l'engagement du débiteur. D'après le droit civil, une telle obligation existe, et si le débiteur se contentait simplement de nier l'existence de la dette par un moyen de défense ordinaire, c'est-à-dire de nier directement la prétention du demandeur, il perdrait certainement son procès, car le juge ne pourrait que le condamner.

La praescriptio.

Mais le préteur, poussé par des motifs d'équité, vint à son secours. Il commença par adjoindre à la formule de l'action de droit civil, une praescriptio (littéralement, ce qui est écrit en tête de la formule). Par la praescriptio, le juge recevait du magistrat le pouvoir d'examiner au préalable si les faits dolosifs, allégués par le demandeur, étaient vrais, avec défense, en cas d'affirmative, de passer outre à la vérification de l'intentio.

L'exceptio.

Plus tard, on se contenta de donner au juge le pouvoir d'absoudre, au cas où les faits, allégués par le défendeur, seraient reconnus vrais, alors même que l'intentio serait vérifiée. Dès lors, les moyens, invoqués jusque-là par le défendeur dans la praescriptio, n'eurent plus besoin de tenir la tête de la formule. On se contenta de leur assigner une place dans la formule avant la condemnatio, et après l'intentio. Du point de vue technique, cela s'appelle l'exceptio.

L'exception de dol.

Prenons par exemple l'exception fameuse, par laquelle le préteur a réalisé des quantités de réformes basées sur l'équité, l'exception de dol. Voici comment l'exception va s'insérer dans la formule, entre l'intentio et la condemnatio. Prenons l'action sanctionnant un droit de créance portant sur une somme d'argent (actio certae creditae pecuniae). Après l'intentio: si paret, etc. s'il n'y avait pas d'exception, viendrait immédiatement la condemnatio. Le préteur, supposons-le

Source: BIU Cujas

admet l'exception de dol. Avant de passer à la condemnatio il insérera dans la formule les mots suivants: Gaius, 4, II9: Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit, neque fiat, à moins que dans cette affaire quelque chose ait été fait, ou soit fait par le dol de Aulus Agerius. Enfin, vient la condemnatio. Judex condemna, etc..

Ainsi si on va au fond des choses, si on examine le mécanisme de l'exception, l'exceptio apparaît en somme comme une exception apportée à l'ordre de condamner, donné par le magistrat au juge. Le nom d'exceptio est donc parfaitement choisi, et la forme conditionnelle négative, que revêt l'exception, exprime nettement la relation qui l'unit à la condemnatio. La condemnatio, en effet, se trouve, à la suite de l'insertion de l'exception, doublement conditionnelle:

La condemnatio est doublement conditionnelle.

I° - Elle est subordonnée à la vérification de l'intentio.

2° - Elle est subordonnée à la non-vérification de l'exception.

L'exception est un moyen opposé par le défendeur, mais elle peut être elle-même paralysée par un moyen analogue émanant du demandeur, et par lequel celui-ci au lieu de contester le bien fondé de l'exception oppose à l'exception un fait indépendant, de nature à la paralyser. Ce moyen émanant du demandeur porte le nom de réplique.

La réplique.

A cette réplique le défendeur peut, à son tour, au lieu de contester directement, opposer lui-même un autre fait indépendant, Ce nouveau moyen porte le nom de duplique.

La duplique.

Nous rencontrerons cette année un jeu intéressant d'exceptions de répliques et de dupliques dans la matière de la propriété prétorienne.

Les formules fictices.

2ème modification: Insertion d'une fiction (système des actions fictices) (I) Ici le préteur suppose que les conditions exigées pour la délivrance de l'action civile ou prétorienne sont toutes remplies, alors qu'elles ne le sont pas. Il délivre alors l'action civile ou prétorienne, mais comme elle est donnée dans d'autres circonstances que celles exigées par le droit civil(ou par le droit prétorien), il est nécessaire de modifier la formule. Il la modifiera en adjoignant une fiction. Par exemple, le préteur supposera au demandeur ou au défendeur une qualité que celui-ci n'avait pas et qui est exigée pour l'exercice de l'action.

(I) Consulter en dernier lieu sur les actions fictices l'article de Riccobono dans la Revue d'Histoire du droit (hollandaise)IX, I929 pages I et suivantes.

Source : BIU Cujas

Ainsi la victime d'un vol ne peut, selon le droit civil, réclamer l'amende (poena) due par le voleur qu'autant qu'ils sont tous deux citoyens romains. Supposons que la victime du vol ou le voleur, soit pérégrin. L'action de vol est alors irrecevable jure civili. Le préteur va cependant délivrer l'action civile de vol; seulement dans l'intentio de la formule, il introduira la fiction: comme si le demandeur (ou le défendeur) était citoyen romain, "si civis Romanus esset" (Gaius IV, 37).

Les formules à transposition de personnes.

3ème modification.- Actions avec formules à transposition de personnes. Le préteur délivre la formule de l'action civile (ou prétorienne) en y apportant la modification suivante. Il rédige l'intentio au nom d'une personne et la condemnatio au nom d'une autre personne. Il en est ainsi lorsque le préteur veut faire produire effet sur la tête d'une personne à un acte qui a été fait par une autre personne. Exemple: les contrats passés par le fils de famille produisent effet en la personne du paterfamilias. L'intentio de la formule sera rédigée au nom du fils de famille, car c'est lui qui a contracté. Par exemple: dans l'action qui tend au paiement de la créance d'une somme d'argent, l'intentio portera: si paret filium familias.....dare oportere, s'il apparaît que tel fils de famille doit donner, et la condemnatio sera rédigée au nom du paterfamilias: judex, patrem familias....condemna, etc,...

3° procédé : Les actions in factum.

3° Procédé. Tantôt le préteur délivre de toutes pièces une formule nouvelle. C'est ce qu'on appelle le système des actions in factum, rédigées en fait, par opposition aux actions rédigées in jus, en droit. C'est encore la fameuse distinction du droit et du fait.

Dans ce cas, l'intentio (nous n'admettons pas avec Lenel, Revue de la Fondation Savigny, 1928, la théorie de M. de Visscher R.H.D. 1925, p. 193 et suiv. suivant laquelle les actions in factum, n'auraient pas comporté d'intentio) est rédigée in factum, par opposition aux actions in jus, dont l'intentio est rédigée in jus. En effet, dans ces actions, le préteur ne pose plus dans l'intentio une question basée sur le droit civil.

L'intentio est rédigée in factum et non in jus.

Actions personnelles: Si paret.....dare oportere. Oportere signifie devoir d'après le droit civil; actions réelles: Si paret.....ex. jure quiritium. Dans les actions in factum, le préteur se contente simplement d'indiquer au juge un fait, factum, qui constitue la prétention du demandeur, et de lui prescrire de condamner, dans le cas où l'existence de ce fait se trouverait vérifiée. En reconnaissant ainsi une sanction à un fait que le droit civil ne connaît pas et auquel le droit civil ne donne aucune valeur juridique, aucune sanction,

Source : BIU Cujas

le préteur en réalité, crée du droit nouveau. Voici un exemple choisi à dessein. Nous avons déjà vu l'action civile de dépôt. Voici maintenant l'action in factum de dépôt. En effet, le dépôt a été sanctionné, à Rome, aussi bien par une action in jus, que par une action in factum. Gaius, 4.47. Voici l'intentio de l'action de dépôt in factum. On la comparera avec l'intentio de l'action in jus, déjà vue. Si paret Aulum Agerium apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuisse eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse; s'il apparaît que Aulus Agerius a déposé chez Numerius Negidius une table d'argent et que celle-ci n'a pas été rendue à Aulus Agerius par le dol de Numerius Negidius. Voilà le fait: Une chose a été confiée à une personne, et celle-ci ne l'a pas rendue à la première réquisition.

L'action in factum de dépôt.

Actions fictices, actions à transposition de personnes, actions in factum, ce sont là sur le terrain de l'offensive, les moyens tirés de sa jurisdictio, dont le préteur s'est fréquemment servi pour remédier aux insuffisances et aux iniquités du droit civil.

Divisions des actions.

Il importe d'insister sur les caractères généraux et particuliers qu'elles présentent ce qui nous mettra en présence de certaines divisions des actions, dont la connaissance est nécessaire pour la compréhension du développement qu'ont subi plusieurs institutions du droit privé romain.

Actions civiles et actions prétoriennes.

I° - Elles sont toutes des actions prétoriennes par opposition aux actions civiles.

Actions prétoriennes rédigées in jus et rédigées in factum.

2° - Parmi elles, les unes, tout en étant prétoriennes, sont rédigées in jus. Tel est le cas des actions fictices et des actions à transposition de personnes. La théorie de Pakrowsky suivant laquelle toutes les actions prétoriennes (donc aussi les actions fictices et les actions à transposition de personnes) étaient in factum, est certainement fausse.

Actions utiles et actions directes.

3° -Toutes, elles peuvent être des actions utiles par oppositions aux actions directes. Le but de l'action utile est d'étendre le champ d'application trop restreint de l'action telle qu'elle avait été originairement créée par le droit civil, et qui, par rapport à l'action utile, est appelée action directe.

Comme le dit Pomponius au Digeste, I9,5, frag II, les actions utiles sont celles par lesquelles le préteur supplée aux actions ayant leur source dans les lois, toutes les fois qu'il s'agit d'une loi juste et nécessaire et que le champ d'application de celle-ci apparaît trop étroit.

Aussi comprend-on que l'action utile produit les mêmes effets que l'action directe à laquelle elle

Source : BIU Cujas

se rattache.

Du point de vue de la technique nous croyons qu'une action utile pouvait être suivant les cas, ou une action fictice (ex: action utile donnée en cas de capitis deminutio, Gaius, 4,38) ou une action à transformation de personnes(ex: actions données au bonorum emptor et au bonorum possessor ou contre eux; Gaius, 4, 80) ou même une action in factum (ex:en matière de damnum injuria datum, délit privé qui sera étudié en 2ème année). Sur les actions civiles consulter Alibrandi.Des actions utiles et directes(en italien) article réimprimé dans les opere giuridiche esteriche d'Alibrandi, tome I, p. I5I et suiv..

II. Moyens tirés de l'Imperium.

Moyens tirés de l'imperium

En vertu de l'imperium, le magistrat donne des ordres aux parties, et il prend les mesures nécessaire pour assurer leur exécution. Quels sont les moyens de droit que le prêteur tire de son imperium ?

Ils sont au nombre de quatre, qui forment une gamme, le dernier étant celui dont l'effet est le plus fort : la stipulation prétorienne, la missio in possessionem, ou envoi en possession, l'interdit, (interdictum), et la restitutio in integrum. Ce dernier moyen est l'origine de la distinction du droit moderne des nullités absolues et des nullités relatives.

Les trois premiers moyens existaient déjà sous la procédure des actions de la loi, mais, sous la procédure formulaire, ils reçurent une plus grande extension. Quant au dernier, étant donné son caractère énergique, il n'a pu être utilisé par le préteur que quand celui-ci eut reçu les pouvoirs nouveaux que lui a conférés la loi Aebutia.

Nous rencontrerons l'application de ces moyens dans tout le droit privé romain.

I.- La stipulation prétorienne.

Ici, le moyen dont se sert le préteur pour sanctionner des droits nouveaux, est emprunté par lui au droit civil. Il s'agit, en effet, de certains faits dommageables qui, s'ils venaient à se produire, ne donneraient pas ouverture à des actions civiles, ou donneraient ouverture à une action civile jugée insuffisante.

L'institution du damnum infectum.

Voici un exemple emprunté à l'institution du damnum infectum, du dommage qui n'est pas encore réalisé. Supposons deux maisons contiguës. L'une menace ruine; elle constitue un danger pour la Maison du voisin. Que doit faire le voisin ? Doit-il attendre que la maison se soit écroulée pour intenter une action en dommages-intérêts ? C'est ce qu'on appelle le système répres-

Source : BIU Cujas

sif. Ou ne faut-il pas prévenir la chose et l'empêcher de se produire, ou bien, si elle se produit, avoir du moins la certitude qu'on sera indemnisé ? C'est le système préventif. Ce sont là les deux grands régimes qui dominent encore le droit public moderne. Le droit romain ancien, dans notre hypothèse, donnait déjà une action civile, contre le propriétaire, pour obtenir une indemnité dans le cas où la maison viendrait à s'écrouler. Nous savons par Gaius 4, 31., que cette obligation était sanctionnée par une action de la loi. Mais cette sanction étant insuffisante, le prêteur est intervenu. Que va faire le prêteur ? Il va forcer le propriétaire de la maison qui menace ruine à promettre à son voisin, par un contrat ordinaire du droit civil, la stipulation, de lui payer une indemnité dans le cas où la maison viendrait s'écrouler. Cette promesse faite au voisin par le propriétaire de la maison qui menace ruine, et qui est imposée par le prêteur, on l'appelle stipulation prétorienne. C'est une promesse du droit civil, mais imposée par le prêteur.

Le prêteur force le propriétaire à faire une stipulation.

Dans les cas où intervient la stipulation prétorienne, tantôt la promesse est pure et simple, on l'appelle alors cautio : tantôt elle est garantie par des cautions, on l'appelle alors satisdatio.

Satisdatio et cautio.

Ainsi donc, le prêteur, dans tous les cas où il jugera que le fait dommageable éventuel doit être répar imposera à celui qui doit en répondre, une promesse d'i demnité. Pour devenir obligatoire, cette promesse doit être faite dans la forme d'un contrat du droit civil, l stipulation.

Il faut prévoir le cas où on ne veut pas obéir au prêteur, s'engager par un tel contrat de droit civil Alors, le prêteur emploiera les moyens de contrainte : prise de gage, envoi en possession, délivrance d'une action in factum.

Comment le prêteur contraint à faire la stipulation.

Exemples de stipulation prétorienne : la cautio damni infecti, dans l'hypothèse que nous venons d'indiquer. On trouvera un exemple de stipulation prétorienne dans le cours de cette année, à propos de la tutelle. C est la satisdatio rem pupilli salvam fore, la promesse garantie par des cautions que le patrimoine du pupille sera sauf. C'est une des sanctions à la responsabilité du tuteur.

Exemples de stipulations prétoriennes.

II.- La missio in possessionem.

La missio in possessionem peut être définie : l autorisation accordée par le magistrat à une personne d prendre possession d'une partie des biens ou de l'ensem ble des biens appartenant à une autre personne. Il s'agit là d'un moyen de contrainte par excellence.

Définition de la missio in possessionem.

Source : BIU Cujas

Suivant cette définition, il y a deux sortes de missio in possessionem.

lle peut por- r sur un ien détermi- é.

Tantôt la missio in possessionem porte sur un bien déterminé. C'est le cas du damnum infectum; Quand le propriétaire de la maison qui menace ruine ne veut pas s'engager par stipulation, comme le veut le préteur, celui-ci, pour vaincre sa résistance, envoie le voisin en possession de la maison.

i sur l'en- mble du pa- rimoine.

Tantôt ce sera sur l'ensemble des biens, sur le patrimoine tout entier, que l'envoi en possession aura lieu. Il en sera ainsi dans le cas où une personne ne veut pas comparaitre devant le magistrat in jure, lorsque par exemple le défendeur se cache. L'in jus vocatio n'est possible que sur la voie publique. Le défendeur reste chez lui. Le préteur va envoyer le demandeur en possession de tous les biens du défendeur.

a venditio bonorum.

Si, après l'envoi en possession, l'individu ne vient pas à résipiscence, le préteur rend un second décret, par lequel il ordonne la vente de tous les biens. C'est la venditio bonorum, qui est en même temps une des procédures d'exécution des jugements.

III.- L'interdit.

éfinition de l'interdit.

D'une façon générale, l'interdit peut être défini un ordre émané du magistrat de ne pas porter atteinte à une personne dans l'exercice de son droit. Le préteur dit : vim fieri veto, je défends, j'interdis (d'où le nom d'interdit), qu'il soit fait violence.

es interdits ossessoires.

Nous avons déjà rencontré dans le sacramentum in rem les interdits possessoires, qui sont l'origine des actions possessoires du droit moderne. En effet, il y avait intérêt dans l'action en revendication à savoir si une personne était possesseur. Dans le sacramentum in rem étant donné que la procédure est double, que chaque plaideur est à la fois demandeur et défendeur, il y a intérêt à savoir à qui est dévolue la possession intérimaire pendant les débats. En effet, quand le juge déclare les deux sacramenta injusta, c'est le possesseur intérimaire qui garde la chose.

ntérêt de la ossession ans la pro- édure.

Donc, déjà dans le sacramentum, il y a intérêt à faire trancher la question de possession. Dans le système de la revendication par voie de formule, il y a encore intérêt à savoir qui est possesseur, car c'est le possesseur qui jouera dans la revendication le rôle de défendeur. Or, il est intéressant d'être défendeur, car le défendeur n'a qu'à rester sur la défensive. Si le demandeur ne peut pas faire la preuve de son droit de propriété, c'est le défendeur qui conserve la chose.

Quelques mots sur l'évolution qu'a subie à Rome la procédure des interdits.

Source : BIU Cujas

L'interdit est d'abord un ordre pur et simple.

I° - Au début, l'interdit nous apparaît comme étant un ordre pur et simple du magistrat, d'où le nom d'interdit decretalis, donné après examen dans l'affaire, cognita causa.

Puis un ordre conditionnel.

2° - Puis, l'interdit est devenu un ordre conditionnel, et l'interdit s'appelle alors interdit edictalis donné sans examen de la cause. Le magistrat va prononcer l'interdit en supposant que celui qui le lui demande se trouve dans les conditions auxquelles l'édit (d'où le nom d'interdit edictalis) subordonne la délivrance de l'interdit. Si la personne contre laquelle l'interdit est délivré estime que celui qui l'a obtenu ne se trouve pas dans les conditions requises par l'Edit, elle demande au préteur la délivrance d'une action, pour faire trancher la question de savoir si l'interdit a été régulièrement délivré.

IV - La restitutio in integrum.

C'est la voie de droit que le préteur met à la disposition des parties, pour leur permettre d'éviter un préjudice, auquel les expose inévitablement l'application rigoureuse des principes du droit civil. Le préteur, en effet, en présence d'actes pleinement valables d'après le droit civil, jure civili, va tenir ces actes pour non avenus, et remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient, avant que ces actes eussent eu lieu. D'où le nom de restitutio in integrum, qui vient de restituere in integrum, remettre en entier, c'est-à-dire dans l'état de droit précédent.

Notion de la restitutio in integrum.

La restitutio in integrum est un acte des plus graves. En effet, tandis que, dans la stipulation prétorienne, la missio in possessionem et l'interdit, le préteur ne contrecarre pas, au moins directement, le droit civil, ici, il anéantit complètement un évènement, dont il ne reconnaîtra pas les conséquences légales. Il donne donc les actions que cet évènement a supprimées, et il refuse les actions qui en sont nées. En conséquence, le préteur n'a pas dû vraisemblablement recourir à ce moyen énergique avant qu'il n'eût obtenu par la loi Aebutia des pouvoirs plus importants.

Ce moyen n'est probablement pas antérieur à la loi Aebutia.

Prenons des exemples de restitutio in integrum. En voici deux que nous rencontrons dans le droit privé.

L'in integrum restitutio ob aetatem.

Ier exemple. L'in integrum restitutio est accordée au pupille et au mineur de 25 ans, contre les actes d'eux-mêmes ou de leur tuteur et curateur qui leur ont causé une lésion. C'est l'origine de dispositions du code civil. C'est la restitutio in integrum ob aetatem, en raison de l'âge.

2ème exemple. Une restitutio in integrum est accordée à un individu absent de Rome, alors qu'il a une

Source : BIU Cujas

'in integrum
estitutio ob
bsentiam.

cause juste d'absence, qu'il était absens rei publicae causa, pour une mission qui lui avait été confiée par l'Etat. Pendant son absence, un tiers est entré en possession de son terrain, et en a acquis la propriété au moyen de la prescription acquisitive, de l'usucapion. Ce résultat est injuste. L'absent revient, il trouve un autre à sa place. Dans ce cas, le préteur va lui accorder une in integrum restitutio, il va remettre les choses dans l'état où elles se trouveraient si cette usucapion n'avait pas eu lieu. Il va considérer cette usucapion, valable d'après le droit civil, comme n'ayant pas eu lieu c'est la restitutio in integrum ob absentiam.

Quels étaient les effets de l'in integrum restitutio ?

C'est la par-
tie qui doit
tirer les
conséquences
de la resti-
tutio in in-
tegrum.

Elle consiste en une décision rendue par le magistrat, après examen du fond, mais si cette décision est prononcée par le préteur, ce n'est pas le préteur qui va en mettre les conséquences à exécution. C'est à la partie qui a obtenu le bénéfice de cette décision à en tirer ensuite elle-même les conclusions qu'elle comporte.

Par une ex-
ception.

I° - Tantôt en demandant une exception pour paralyser l'action existant contre elle d'après le droit civil. Il en est ainsi dans le premier cas que nous avons donné, la restitutio in integrum ob aetatem. Un mineur a passé un contrat avec un tiers. Ce contrat lui cause un préjudice, une lésion. Quand le tiers intentera l'action du contrat contre le mineur, celui-ci, muni de l'in integrum restitutio, paralysera l'action du créancier par une exception.

ou par une
action.

2° - Tantôt en demandant une action. Il en est ainsi dans le second cas; la restitutio in integrum ob absentiam. L'absent trouve un tiers qui a usucapé son terrain. S'il intentait l'action en revendication du droit civil, il perdrait son procès. Après avoir sollicité et obtenu du préteur l'in integrum restitutio il obtiendra contre le tiers une action en revendication fictice, c'est-à-dire une action dans l'intentio de laquelle le préteur insèrera la fiction que l'usucapion n'a pas eu lieu (rescisa usucapione, l'usucapion étant rescindée)

Tels sont les différents moyens que le préteur a utilisés.

Les moyens
sont donnés
dans l'Edit
du préteur.

Tous ces moyens, aussi bien ceux tirés de sa juridictio, que ceux tirés de son imperium, par lesquels le préteur, selon la formule célèbre, secondait, suppléait ou corrigeait le droit civil, le préteur les promettait dans son Edit, sous forme d'edicta au sens étroit. Le préteur disait par exemple : dans tel cas déterminé, s'il est satisfait à telles conditions, exceptionem dabo, je donnerai une exception; ou bien : judicium dabo, je donne.

Source : BIU Cujas

rai une action, ou bien: bona possideri vendique jubebo, j'ordonnerai que les biens soient possédés et vendus, ou enfin: in integrum restituam, je restituerai en entier.

Il donne aussi le modèle des formules.

La deuxième partie de l'édit du préteur était constituée par un formulaire contenant le modèle des formules d'actions, d'interdits, de stipulations prétoriennes.

Le préteur romain apportait beaucoup de soin à la rédaction de son édit. En effet, il y allait de sa carrière politique. Il pouvait, par la prorogation de pouvoirs, être nommé à sa sortie de charge pro-préteur

La pars translaticia de l'édit.

Il devait donc tenir compte de l'opinion publique. Dans ce but, il introduisait dans son édit les clauses de l'édit de son prédécesseur qui avaient obtenu l'approbation des praticiens, des jurisconsultes, et aussi de l'opinion publique. Cette partie de son édit s'appelait la pars translaticia. Cette partie représentait la tradition. Mais il n'y a pas que la tradition dans le droit. Il doit y avoir aussi un élément novateur. Pour mériter des éloges, le nouveau préteur ne devait pas se borner à conserver purement et simplement les édits de ses prédécesseurs, approuvés par les praticiens, les jurisconsultes et l'opinion publique. Il devait aussi s'attacher à introduire dans son Edit des réformes nouvelles. Cela l'amenait à introduire des edicta nova, dont l'ensemble constituait, par opposition à la pars translaticia la pars nova.

La pars nova

Le préteur peut accorder une action in factum dans un cas nouveau prévu par son édit.

Bien plus même, au cours de sa magistrature, le préteur pouvait être amené, dans une affaire qui lui était soumise, à réaliser une réforme nouvelle n'ayant pas été réalisée dans son Edit. C'était alors le système de l'action in factum, au sens étroit du mot (action in factum decretalis par opposition à l'action in factum edictalis).

Ainsi donc, le droit honoraire ou prétorien se trouve à Rome en voie continuelle de formation et de développement, et à ce titre, il doit être rapproché du droit français et du droit anglais.

L'oeuvre de la jurisprudence française comparée à celle du préteur.

I° - Du droit français. Le droit honoraire, issu du préteur romain, ressemble beaucoup à l'oeuvre de la jurisprudence française moderne. Toutefois une grande différence doit être signalée. Aujourd'hui, les tribunaux, au-dessus desquels la Cour de Cassation exerce en toute sérénité son action régulatrice, n'ont pour mission que d'interpréter la loi, ou de la compléter, quand elle est insuffisante, mais jamais ils ne peuvent la corriger. Quand les tribunaux français sortent des limites qui leur sont imposées par la Constitution, on dit qu'ils font de la jurisprudence "prétorienne". On pourra lire des déve-

Source : BIU Cujas

loppements intéressants sur la jurisprudence prétorienne dans Gény, Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, I899, pages 42I et suivantes. Voilà la grande différence entre l'action du préteur et l'action de la jurisprudence française.

Mais cette différence mise à part, chez nous, comme autrefois à Rome, on assiste à la formation lente, mais continue, d'un droit issu du pouvoir judiciaire, et il s'agit là en somme d'un droit de formation coutumière. Aujourd'hui, on fait état de plus en plus, dans les cours et dans les ouvrages de droit, de ce droit judiciaire. Voir notamment "le cours de Droit Civil positif français" de Mr. Josserand, Doyen de la Faculté de Droit de Lyon, qui vient de paraître. Sur le rôle important de la jurisprudence et son oeuvre, nous renvoyons à l'ouvrage précité de Gény, pages 4I8 et suivantes.

La formation du droit judiciaire.

2°. - Du droit anglais. Le droit prétorien romain ressemble encore davantage à ce qu'on appelle en droit anglais l'Equity. Antérieurement à la grande réforme judiciaire de I873 - I875, le droit anglais a vécu sur la distinction fondamentale de deux sortes de droit: d'une part, la common law, droit coutumier anglais, remontant au Moyen-Age, au XIII° et XIV° siècles, qui était appliqué par des cours de justice absolument spéciale , les cours de Westminster issues de l'ancien Ban du roi. Elles appliquaient le droit strict, pendant du jus civile romain. Quant à l'Equity, elle était appliquée par les cours de chancellerie. C'est un droit qui s'inspire largement des grandes conceptions de justice et d'équité. L'Equity remplit donc la même mission qu'à Rome le droit honoraire et prétorien.

L'Equity en droit anglais.

La grande réforme de I873 - I875 a rassemblé dans une organisation unique les juridictions de common law et les juridictions d'Equity.

Sur le système anglais d'Equity, consulter Levy-Ullmann, le système juridique de l'Angleterre, T. I (I928) p. 43I et suivantes.

II - Marche générale d'un procès sous la procédure formulaire.

Le caractère général de la procédure formulaire reste le même que celui que nous avons dégagé sous la procédure des actions de la loi. Ce caractère, survivance des idées primitives, c'est le caractère foncièrement contractuel que présente encore et toujours le procès civil romain. Le concours des deux plaideurs, du défendeur comme du demandeur, continue à demeurer indispensable. Sans ce concours, le procès ne peut pas naître, il ne peut pas se lier, il ne peut pas se terminer.

La procédure formulaire conserve le caractère contractuel.

Ce caractère général de la procédure romaine à

Source : BIU Cujas

l'époque républicaine est nettement exprimé dans un passage du Pro Cluentio de Ciceron, 43, I20: Nominem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujus quam sed ne pecuniaria quidem minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset."Nos ancêtres ont voulu qu on ne pût être juge dans une affaire, non seulement touchant l'honneur d'une personne, mais encore portant sur une somme d'argent infime, si on n'avait pas été choisi par les adversaires". C'est ce dont nous allons nous convaincre, en passant successivement en revue les diverses phases du procès civil romain sous la procédure formulaire.

I - La procédure in jure.
II - La procédure apud judicem.
III - La procédure d'exécution.

I° - La procédure in jure.

La citation en justice.

D'abord la citation en justice. Nous rencontrons deux modes de citation différents permettant au demandeur d'assurer la comparaison du défendeur in jure. C'est, en effet, toujours au demandeur qu'incombe la mission de faire comparaître in jure le défendeur.

L'in jus vocatio.

Ier mode de citation. C'est le vieux procédé de l'in jus vocatio. Il constitue le mode de citation normal. Mais ce procédé qui nous est apparu sous les legis actiones avec un caractère brutal a été amélioré, adouci, perfectionné par le préteur. C'est dans son Edit, au titre V. De in jus vocando, que le préteur indique la réglementation nouvelle de l'in jus vocatio. Et d'autre part, à un autre endroit de son Edit (Au titre XXXVIII, Quibus ex causis in possessionem eatur) il a pris des mesures de contrainte spéciales contre le défendeur récalcitrant.

Sa règlementation par le préteur.

Création d'actions pénales.

Ière innovation. Le préteur a créé toute une série d'actions pénales in factum. Gaius, 4. 46 :

a) - contre celui qui, cité in jus, n'est pas venu et n'a pas fourni de vindex, neque venerit neque vindicem dederit.

b) - contre celui qui a enlevé de force un in jus vocatus.

c) - contre le vindex qui ne présente pas le défendeur in jure au jour dit.

d) - contre celui qui aura violé l'édit par lequel le préteur interdisait de faire in jus vocatio contre un ascendant ou un patron.

2ème innovation - L'in jus vocatio était seulement possible quand le demandeur pouvait rencontrer son adversaire dans la rue ou dans un endroit public. Mais le demandeur était impuissant à la faire dans le cas où le défendeur se cachait ou était absent de Rome. Le de-

Source : BIU Cujas

mandeur va-t-il se trouver entièrement désarmé ? Le procès ne peut se lier que si le défendeur est présent in jure. Il n'y a pas de procédure par défaut in jure. Etant donné la rigueur des principes, le préteur est intervenu pour venir au secours du demandeur, quand le défendeur se soustrait à l'in jus vocatio.

Mesures contre le défendeur récalcitrant.

Il a élaboré de toutes pièces un système intéressant de missiones in possessionem, suivies de la venditio bonorum. Il va commencer par exercer une pression indirecte sur la volonté du défendeur, par un envoi en possession, et, si la résistance du défendeur se prolonge, il va, par un second décret, autoriser la vente de ses biens, venditio bonorum, qui va avoir pour conséquence de substituer au défendeur récalcitrant une autre personne, contre laquelle le demandeur pourra agir. En effet, la venditio bonorum est la vente en bloc du patrimoine du défendeur à un individu appelé bonorum emptor, qui va succéder juridiquement au défendeur récalcitrant. Le demandeur va avoir devant lui une autre personne, contre laquelle il pourra intenter l'action.

La missio in possessionem et la venditio bonorum.

Cas d'application.

Il faut distinguer deux hypothèses dans lesquelles le préteur accordait l'envoi en possession.

1° hypothèse : Le défendeur se cache frauduleusement, qui fraudationis causa latitabit.

2° hypothèse : L'adversaire, absent de Rome, n'est pas défendu, soit qu'il n'ait pas constitué de procurator, soit qu'un défensor ne se soit pas présenté pour lui, qui absens judicio defensus non fuerit.

Le vadimonium extrajudiciaire.

2ème mode de citation: Le vadimonium extrajudiciaire, dérivé du vadimonium judiciaire, qui, nous l'avons vu, fonctionnait quand les débats ne pouvaient être terminés le jour même. Voir Mr. Fliniaux thèse Paris, 1908, et article précité dans le Dictionnaire des antiquités grecques et romaines.

Sous la procédure formulaire, le vadimonium judiciaire résulte d'une stipulation prétorienne. Gaius, 4, 184 et suivants. Dans le cas de vadimonium desertum, c'est-à-dire si le défendeur ne se présente pas au jour fixé, le demandeur exerce contre lui l'actionné de la stipulation. L'usage s'établit entre gens de bonne société d'employer une stipulation de ce genre en vue d'assurer pour la première fois leur comparution in jure.

Débats in jure.

Passons aux débats in jure proprement dits. Les deux plaideurs sont maintenant devant le magistrat. Le demandeur va manifester sa prétention, mais non plus d'une façon solennelle, comme sous la procédure des actions de la loi.

D'autre part, contrairement à ce qui se passait sous les legis actiones où, sauf de rares exceptions

Source : BIU Cujas

La représentation en justice est admise.

(Inst. de Just. 4, IO, § I) personne ne pouvait se faire représenter en justice, nemo alieno nomine lege agere potest, Inst. de Gaius, 4, 82, les plaideurs peuvent, sous la procédure formulaire, se faire représenter en justice.

Arrêtons-nous un moment sur la représentation judiciaire qui dépasse le cadre de la procédure et est une matière très importante pour le Droit en général. Il s'agit là, en effet d'un chapître de la théorie générale de la représentation que nous rencontrons ici pour la première fois.

Représentation parfaite et imparfaite.

En droit moderne, lorsqu'une personne (mandataire, tuteur, par ex.) intervient pour le compte d'une autre dans un acte quelconque (juridique ou judiciaire), on dit qu'il y a représentation parfaite, ce qui veut dire que l'effet juridique de l'acte passé par le représentant se produit uniquement dans la personne du représenté.

Il en était tout autrement dans le Droit Romain qui en principe n'a jamais connu que la représentation imparfaite, c'est-à-dire un système dans lequel l'effet juridique de l'acte passé par le représentant se produit nécessairement dans la personne de celui-ci; et non dans celle du représenté.

Le système romain de la représentation a été constitué de pièces et de morceaux disparates. C'est la raison pour laquelle les Romains n'ont pu s'élever jusqu'à une synthèse qui leur fît admettre de façon générale le principe moderne de la représentation parfaite, bien que, cependant ils l'aient entrevu dans des cas particuliers. Cette année, après la représentation judiciaire, nous rencontrerons:

I° la représentation du paterfamilias par le fils de famille.

2° la représentation des incapables par leurs tuteurs et curateurs.

3° la représentation en matière de possession

Dans le cours de l'année, nous aurons à étudier la représentation dans les obligations par les personnes étrangères, c'est-à-dire n'appartenant pas à la famille du représenté (par ex. par un mandataire).

Après ces considérations générales, abordons l'étude de la représentation judiciaire à Rome. Cette première variété de représentation, - et cela est vrai pour les autres - , se présente sous deux aspects différents, suivant qu'il s'agit de la représentation active ou de la représentation passive. En effet, à la représentation du demandeur fait pendant la représentation du défendeur.

Source : BIU Cujas

Plan.

I°. Différents types de représentant judiciaire.

2°. Mécanisme et effets de la représentation judiciaire.

I°.- Différents types de représentant judiciaire.

Le Droit romain a connu 2 variétés de représentant judiciaire: le cognitor et le procurator.

Le cognitor.

a) - Le cognitor, le plus ancien, était constitué in jure en présence de l'adversaire, en termes sacramentels. La présence du cognitor n'était pas indispensable (Gaius IV, 83).

Le plaideur qui se faisait représenter le dominus comme on l'appelle, devait fournir une caution s'il s'agissait de représentation passive (représentation du défendeur). Cette caution s'appelle la cautio judicatum solvi (Gaius, IV, IOI). Au contraire, aucune caution n'était à fournir par le dominus ou par le cognitor en cas de représentation active (représentation du demandeur). La raison en est, comme nous l'apprend Gaius, IV, 97 et 98, que le droit du demandeur se trouvant déduit en justice, l'adversaire ne courait pas le risque, après s'être laissé poursuivre par le cognitor, d'être à nouveau poursuivi par le dominus relativement à la même affaire.

Le procurator.

b) - le procurator. A l'origine, il paraît avoir été une sorte d'intendant général chargé d'administrer le patrimoine d'autrui et à ce titre, sans qu'il ait reçu pour cela un mandat spécial, il intervenait dans les procès relatifs aux affaires dont il avait la garde. Plus tard le procurator devait un représentant spécialement désigné pour un procès déterminé, un mandataire ad litem (pour le procès). A la différence du cognitor, le procurator pouvait être constitué sous termes sacramentels et en l'absence de l'adversaire (Gaius IV, 84).

En ce qui concerne les cautions à fournir, elles intervenaient aussi bien en cas de représentation active que dans celui de représentation passive, et c'était le procurator, et non le dominus, qui avait toujours à les fournir. En cas de représentation passive, c'était, comme en matière de cognitare, la cautio judicatum solvi (Gaius IV, IOI). Dans le cas de la représentation active, c'était la cautio de rato par laquelle le procurator, le droit du demandeur ne se trouvant pas déduit en justice, et le défendeur courant par suite le risque d'être poursuivi à nouveau au sujet de la même affaire, donnait caution que le dominus ratifierait ce qui aurait été fait par lui, ratam rem dominum habiturum (Gaius, IV, 98).

Cautio de rato.

Source : BIU Cujas

2°. Mécanisme et effets de la représentation judiciaire.

La représentation judiciaire était réalisée au moyen de formules à transposition de personnes.

La représentation judiciaire se trouvait réalisée au moyen de la délivrance par le préteur d'une formule d'action à transposition de personnes. Dans l'intentio figurait le nom du dominus et dans la condemnatio le nom de celui qui le représentait en justice. Gaius IV, 86 , nous a rapporté cette formule pour le cas de représentation active (actes certae creditae pecuniae).

Si paret N. Negidium P. Mevio sestertium decem milia dare oportere. Judex, N. Negidium L. Titio sestertium decem milia condemna, etc...	: S'il apparaît que N. Negidius : doit donner dix mille sesterces à P. Mevius (le demandeur : représenté). : Juge condamne N. Negidius à : dix mille sesterces envers L. : Titius (le représentant du demandeur), etc...

D'imparfaite à l'origine la représentation judiciaire tend à devenir parfaite.

Il en résultait nécessairement qu'il ne pouvait s'agir que d'une représentation imparfaite. L'effet de l'acte judiciaire ne se produisait pas dans la personne du plaideur représenté (dominus), mais dans la personne du plaideur représentant. L'action en exécution du jugement (actio judicati) était donc donnée au plaideur représentant ou contre lui.

La jurisprudence est intervenue pour publier les inconvénients inhérents à un tel système (en particulier danger d'insolvabilité du représentant). Elle décida que l'actio judicati pourrait être donnée au dominus ou contre lui. D'abord limitée au cognitor, la réforme fut étendue ensuite au procurator qui avait reçu des pouvoirs certains (Fragments du Vatican, 317 et 331. Textes de Girard, p. 568 et 570).

Lorsque cela fut admis, on peut dire qu'à Rome la représentation judiciaire, d'imparfaite qu'elle était au début, était devenue une représentation parfaite.

Après cette longue digression, revenons à l'hypothèse normale. Le demandeur et le défendeur sont tous deux présents in jure, sans que l'un ou l'autre se soit fait représenter en justice.

L'editio actionis judiciaire.

Le demandeur va commencer par indiquer à son adversaire et au magistrat l'action qu'il demande (action civile, action prétorienne). C'est l'editio actionis judiciaire, qu'il ne faut pas confondre avec une editio actionis extrajudiciaire, qui avait lieu avant l'in jus vocatio, comme l'a démontré Lenel, Revue de la Fondation Savigny, 1894, et Edit perpétuel, traduction française, tome I, page 68. Le titre "De edendo" dans l'Edit précédait le titre "De in jus vocando". Cette editio actionis venait donc avant l'in jus vocatio.

Source : BIU Cujas

En face de la demande du demandeur, que va faire le défendeur ?

Partis que peut prendre le défendeur:

Le défendeur peut prendre plusieurs partis:

I°. s'exécuter.

Ier parti: Le défendeur s'exécute, en donnant au demandeur sans procès, ce qu'il demande. Le procès ne naît pas. Tout est terminé.

2°. avouer ou ne pas défendre uti oportet.

2ème parti: Le défendeur ne s'exécute pas, tout en ne contestant pas, soit qu'il fasse confessio in jure soit qu'il ne se défende pas uti oportet.

La situation du confessus in jure, auquel, une fois pour toutes, nous assimilons celui qui ne se défend pas uti oportet, n'est plus la même que dans la procédure des legis actiones. On assiste à l'apparition de la règle : Confessus pro judicato habetur, celui qui a avoué in jure est considéré comme juge, judicatus. Mais il n'en sera ainsi, le confessus ne sera considéré comme judicatus, que quand il s'agit d'une dette de somme d'argent, certa pecunia. Dans ce cas exclusivement, celui qui avoue sera considéré comme ayant été judicatus, et alors on pourra procéder contre lui aux modes d'exécution des jugements, que nous exposerons plus loin.

Confessus pro judicato habetur.

Il s'agit de certa pecunia.

Au contraire, la règle Confessus pro judicato habetur ne s'appliquera pas:

La règle ne s'applique pas: aux dettes ne portant pas sur de l'argent.

I° - en matière personnelle si le droit invoqué par le demandeur ne consiste pas en une somme d'argent: dette de certa res, d'incertum. En effet, il est, dans ces cas, impossible de dire qu'il y a eu jugement, lequel implique nécessairement une condamnation pécuniaire. Par conséquent, la règle Confessus..... ne pourra pas s'appliquer. Il faudra arriver réellement à un jugement, dont il n'est pas possible de supposer fictivement l'existence.

Le défendeur est contraint à se défendre

Dans ce but, on va contraindre indirectement le confessus à se défendre, et on le fera en lui substituant, s'il ne vient pas à résipiscense, un autre défendeur, le bonorum emptor, au moyen d'une missio in possessionem, suivie d'une venditio bonorum, c'est-à-dire par les mêmes moyens de contrainte que contre celui qui se cache.

ni en matière réelle.

2° - En matière réelle, la contrainte par la missio in possessionem est écartée, en vertu de la règle Invitus nemo, rem defendere cogitur (Dig. 5.I7 I56 pr). Personne ne peut être forcé malgré lui à défendre à une action réelle. Le préteur fera obtenir au demandeur la chose au moyen d'un interdit, appelé l'interdit Quem fundum, s'il s'agit d'une chose immobilière, ou par un ordre absolu (duci vel ferri jubere) s'il s'agit d'une chose mobilière.

3ème parti: Le défendeur conteste la prétention

Source : BIU Cujas

3°. Le défendeur conteste la prétention du demandeur.

du demandeur, de manière à provoquer un procès.

Nous rencontrons ici un changement quant au fon relativement à la manière dont le défendeur peut contes ter la demande. Sous la procédure des legis actiones ré gnait le principe de l'unité de question, suivant lequ une seule question pouvait être posée au juge. Sous la

Le principe de l'unité de question a disparu.

procédure formulaire, la règle de l'unité de question a disparu. Le défendeur peut contester la prétention du d mandeur non plus seulement en niant le droit allégué pa lui, mais en lui opposant un droit rival. Par exemple, dans la compensation, qu'on étudiera en seconde année, le défendeur oppose, à la créance que le demandeur in- voque contre lui, une créance qu'il a lui-même contre l demandeur, et qui vient l'éteindre en la compensant.

Rôle du magistrat.

Après avoir entendu les prétentions réciproques des parties, le magistrat peut :

1° ou bien refuser la délivrance de la formule. C'est la denegatio actionis, déjà étudiée.

2° ou bien délivrer la formule, dans laquelle i prescrit au juge de vérifier l'intentio et de condamner le défendeur, dans le cas où l'intentio se trouverait vérifiée, à moins qu'il n'admette le bien fondé d'une exception.

A ce moment, finit le rôle du magistrat. Mais à ce moment se place aussi un évènement très important quant à ses effets, la litis contestatio.

La litis contestatio.

Notion de la litis contestatio.

La litis contestatio, c'est le moment où le pro cès va être lié définitivement entre les plaideurs. Si les effets de la litis contestatio sont connus, ses for mes sont encore aujourd'hui enveloppées d'une certaine obscurité.

I - Formes de la litis contestatio.

Le judicium est acceptum.

Les formes de la litis contestatio se rattache certainement à la délivrance de la formule, à sa récep- tion. L'expression de judicium acceptum, de formule re- çue, sert souvent dans les sources à désigner la litis contestatio.

Mais de qui le judicium est-il acceptum ?

Dans un premier système, le judicium est accep- tum par le demandeur du magistrat. C'est le système de Keller.

Par le défendeur du demandeur.

Un second système est celui de Wlassak, Litis contestatio in Formularprocess, 1889, suivi par Girard, Mr. Fliniaux adopte ce système. Il tient mieux compte d caractère contractuel du procès civil romain. La litis contestatio résulte de l'accord des parties. Comme nous l'avons vu, toute l'organisation de l'instance suppose cet accord. Il est donc nécessaire, à la fin de la pha

Source : BIU Cujas

in jure; que les parties soient d'accord sur la question en litige, telle que la formule la pose au juge. Par conséquent il est préférable de dire que le judicium est acceptum par le défendeur du demandeur.

La litis contestatio marque donc le moment où le défendeur accepte du demandeur la formule déjà rédigée par le magistrat.

Formes extérieures.

Matériellement, le demandeur dictait au défendeur en présence du préteur, la formule qu'il avait reçue de celui-ci. Le défendeur acceptait alors de plaider sur la formule, dont il avait ainsi reçu connaissance.

Peut-être une prise à témoin des assistants avait-elle lieu à ce moment, de la part du demandeur comme du défendeur: testes estote, soyez témoins, d'où le mot contestatio. C'est l'étymologie donnée par Festus.

L'obligation de juger.

Ainsi donc, et l'idée semble rigoureusement exacte, la litis contestatio repose sur un accord des parties relativement à la formule. Mais il restait à expliquer l'obligation de juger, obligation de droit public, qui incombe au juge. Or, cette obligation ne peut découler d'un pur accord des parties. L'activité du juge ne peut être mise en mouvement que par un ordre du magistrat. Aussi Mr. Wlassak a-t-il récemment, reprenant et développant une idée déjà émise par lui en I89I, Prozessgesetze. Lois de procédure, tome II, page 55, note IO, complété sa théorie de la litis contestatio sous la procédure formulaire, dans une monographie intitulée Der Judikationsbefehl der römischen Prozesse. L'ordre de juger des procès romains, I92I. Tout en conservant intacte la structure purement contractuelle de la litis contestatio, Mr. Wlassak a supposé que, en vue d'investir le juge de l'examen de la question litigieuse, devait intervenir, à côté de cet acte des parties, un acte du magistrat, un jussus judicandi, un ordre de juger donné expressément au juge par le magistrat. Il s'agirait là, pour Mr. Wlassak, d'une instruction distincte de la formule, et que le juge recevait directement du magistrat.

Le jussus judicandi.

Mr. Wlassak ne nous semble pas être parvenu à trouver dans les sources la preuve formelle de l'existence distincte de ce jussus judicandi. Les passages par lui invoqués, et qu'il croit décisifs, de la loi de Gallia Cisalpina, ch. 2I, "judicium det, itaque judicare jubeat", et de la lex Coloniae Genetivae, ch 95, "Qui recuperatores dati erunt, si eo die quo jussi erunt non judicabunt", peuvent s'interprêter tout autrement que le voudrait Mr. Wlassak. Consulter à cet égard Arangio Ruiz, Corso di Istituzioni di Diritto romano, II, I923, page I42, note I. Cependant le nouveau système de Mr Wlassak a

Source : BIU Cujas

été adopté purement et simplement par Wenger, Institutions de la procédure romaine I925, déjà cité, et, à la suite d'un examen plus approfondi de sa part dans sa monographie intitulée: Praetor und Formel. Le préteur et la formule (Sitzunsberichte der Bayer. Akad Wiss I926, 3 Abh.), accepté définitivement par lui, avec quelques légères retouches.

II - Effets de la litis contestatio.

L'accord se produisant au moment de la litis contestatio entre les deux parties consiste :

Double effet de la litis contestatio.

I° - De la part du demandeur, dans la renonciation à son action, par conséquent à son droit qui peut être de sa nature excessivement variable : droit réel, droit de créance ayant pour objet une somme d'argent, autre chose que de l'argent, un fait ou une abstention, cette renonciation, le demandeur la fait en échange du droit éventuel à la condamnation.

2° - De la part du défendeur, l'accord consiste dans l'obligation également éventuelle de se soumettre à la sentence, c'est-à-dire de subir la condamnation qu'elle contient.

La litis contestatio produit donc un double effet.

I° - Un effet extinctif du droit ancien.

2° - Un effet créateur du droit nouveau.

Nous allons l'étudier sous ce double aspect.

I° - Effet extinctif de la litis contestatio.

Le droit du demandeur est déduit en justice.

Le droit du demandeur et l'action qui le sanctionne est éteint, prend fin, tollitur, consumitur. Gaiu 3.I80, 4.I3I a: res in judicium deducta, la chose litigieuse est déduite en justice. En conséquence de la consommation du droit et de l'action du demandeur, le demandeur, que la sentence soit une sentence de condamnation ou d'absolution, ne pourra plus agir à nouveau. C'est ce qu'exprime la règle Bis de eadem re ne sit actio.

L'effet extinctif peut se produire ipso jure.

L'effet extinctif de la litis contestatio peut se produire de deux manières différentes :

I° - ipso jure, de plein droit, d'une façon absolue.

ou exceptionis ope.

2° - exceptionis ope, avec le secours d'une exception.

Dans le premier cas, le demandeur sera toujours écarté, s'il veut recommencer à plaider, sans qu'il soit besoin d'insérer une exception dans la formule. Dans le second cas, le préteur insèrera dans la formule une exception, l'exceptio rei in judicium deductae, l'exception de la chose litigieuse déduite en justice, Juge, condamne le défendeur, à moins qu'il ne démontre que le droit a déjà été déduit en justice.

Source : BIU Cujas

Conditions de l'effet extinctif ipso jure.

Dans quels cas l'effet extinctif de la litis contestatio se produit-il ipso jure ? C'est d'après Gaius, 4, I07, quand l'action est une action in jus, in personam, et quand il s'agit d'un judicium legitimum. Au contraire, dès que l'action est in factum, in rem, ou qu'il s'agit d'un judicium imperio continens, l'effet extinctif se produit seulement exceptionis ope.

Comment distingue-t-on le judicium legitimum et le judicium imperio continens ?

Conditions du judicium legitimum.

Un judicium est dit legitimum, c'est-à-dire que l'instance repose sur la loi, quand il réunit les trois conditions suivantes :

I° - Instance organisée à Rome ou dans le premier mille autour de la ville.

2° - Entre parties ayant toutes la qualité de citoyen romain.

3° - Avec renvoi devant un judex unus, également citoyen romain.

Les judicia imperio continentia.

Toutes les autres instances ne réunissant pas toutes ces conditions sont des judicia imperio continentia, c'est-à-dire reposant sur l'imperium du magistrat, et non sur la loi.

Cette distinction n'offre pas seulement un intérêt au point de vue de l'effet extinctif de la litis contestatio, mais aussi pour la péremption de l'instance, comme nous le verrons ultérieurement.

2° - Effet créateur de la litis contestatio.

Création d'un droit nouveau le droit de la condamnation.

Si le demandeur renonce à son droit, lorsqu'il le déduit en justice, c'est parce que, à sa place, il en obtient un autre, le droit à la condamnation. Gaius explique en termes catégoriques cette création d'un droit nouveau, qui suit immédiatement l'extinction du droit ancien : ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, 3.I80.

C'est un droit éventuel de créance.

Le droit nouveau est un droit de créance, dont l'existence est subordonnée à la vérification de l'intentio. D'autre part, comme toute condamnation est nécessairement pécuniaire, cette créance a toujours pour objet une somme d'argent.

de caractère pécuniaire.

Il suit de là que, dans toutes les actions, sauf dans l'actio certae creditae pecuniae, la litis contestatio a pour effet de changer l'objet du droit et que, dans les actions in rem, elle modifie même la nature du droit, puisque de réel, il devient personnel.

Source : BIU Cujas

Cette créance, qui est le nouveau droit, est soumise à trois règles, dont l'examen va achever de mettre en lumière les effets de la litis contestatio.

1° - La créance est perpétuelle. Ulpien exprime cette idée en disant que le droit du demandeur se perpétue, perpetuatur, par la litis contestatio. Cela présente un intérêt, quand l'action est temporaire, annale. Toutefois la règle suivant laquelle la créance est perpétuelle est tempérée par les règles relatives à la péremption d'instance que nous étudierons plus loin.

perpétuel,

2° - La litis contestatio rend le droit transmissible activement et passivement. Ce caractère est intéressant en ce qui concerne les actions qui ne se transmettent pas aux héritiers, par exemple l'action d'injures.

3° - C'est au jour de la litis contestatio que le juge devra se placer pour examiner le droit du demandeur, quant à son existence, et quant à sa valeur pécuniaire. En principe, le juge n'est donc pas tenu de se préoccuper des évènements survenus après la litis contestatio. Il en résulte que si, au cours de l'instance apud judicem, le défendeur, qui sent qu'il va perdre son procès, s'exécute et donne satisfaction au demandeur, le juge n'en sera pas moins tenu de condamner le défendeur.

Le juge doit se placer au jour de la litis contestatio.

Ce résultat inique a été écarté de bonne heure par les jurisconsultes romains dans les actions dites de bonne foi, actions dans lesquelles le juge reçoit le pouvoir de statuer conformément à la bonne foi. (Sur les actions de droit strict et les actions de bonne foi, voir plus loin: Caractères généraux du droit privé).

Effet de la bonne foi.

Après controverse entre les jurisconsultes, il en fut ainsi décidé de même dans les actions de droit strict. C'est l'objet de la fameuse règle que nous rapporte Gaius 4. 114: Omnia judicia sunt absolutoria. Cette règle veut dire que dans toutes les actions, il y a absolution, lorsqu'il y a eu satisfaction au cours de l'instance apud judicem.

Omnia judicia sunt absolutoria.

II - La procédure apud judicem.

Le juge saisi par la remise de la formule doit juger dans un certain délai. Après l'expiration de ce délai, il y a péremption de l'instance. A ce point de vue, une distinction importante doit être faite:

La péremption de l'instance.

Distinction

1° - Quand il s'agit d'un judicium imperio con-

Source : BIU Cujas

à faire.

tinens, c'est-à-dire d'une instance organisée par le préteur, en vertu de son imperium, les pouvoirs du juge finissent avec ceux du magistrat qui l'a investi. La sentence doit donc être rendue dans l'année.

2° - Quand il s'agit d'un judicium legitimum, c'est-à-dire d'une instance organisée par le préteur en vertu de la loi, l'instance est perpétuelle. La loi Julia judiciorum privatorum rendue sous Auguste, décida qu'il y aurait néanmoins péremption après un délai de dix-huit mois.

Supposons que le juge est appelé à statuer dans le délai voulu. La présence des deux parties n'est plus nécessaire. Il y a eu, en effet, accord entre les deux parties sur les éléments du procès, par suite de l'institution fondamentale de la procédure formulaire, la litis contestatio. En conséquence, une procédure par défaut est possible apud judicem, et nous voyons encore fonctionner sous la procédure formulaire la vieille règle des douze Tables, d'après laquelle, après midi, le juge doit adjuger le litige à celui qui est présent devant lui.

La procédure par défaut apud judicem.

Supposons maintenant les deux parties ou leurs représentants présents apud judicem. Une grande liberté est donnée aux parties. C'est dans cette phase de l'instance que nous voyons intervenir des avocats. Le juge pourra ainsi se faire librement sa conviction, d'après les preuves administrées devant lui par les parties.

Quel était le système des preuves en droit romain ?

Les modes de preuve.

Nous rencontrons, en droit romain, les mêmes modes de preuve qu'aujourd'hui: témoignages ou preuve testimoniale, écrits, aveu, serment, présomptions.

Deux règles fondamentales, qui sont passées en droit moderne, dominent le système romain des preuves:

La charge de la preuve incombe au demandeur.

Ière règle: c'est au demandeur qu'incombe la charge de faire la preuve de son droit. C'est ce qu'exprime la règle romaine: Necessitas probandi incumbit cui agit, la nécessité de faire la preuve incombe à celui qui agit, au demandeur. D'où l'adage moderne qu'on exprime toujours en latin : Onus probandi incumbit actori, la charge de la preuve incombe au demandeur.

et, pour les exceptions, du défendeur.

2ème règle: le défendeur qui invoque une exception doit faire la preuve du droit qu'il excipe, d'où la formule latine, encore employée dans les ouvrages de doctrine et les arrêts de jurisprudence: Reus in excipiendo fit actor, le défendeur devient demandeur

Source : BIU Cujas

quand il invoque une exception.

Une fois sa conviction ainsi formée, le juge est rigoureusement tenu d'en tirer les conséquences que lui indique la formule. En effet, le juge est lié par les termes mêmes de la formule. Il doit s'y conformer exactement pour prononcer sa sentence. C'est ce qu'on appelle l'officium judicis, le devoir du juge.

Le juge est lié par les termes de la formule.

Cette idée très importante conduit aux conséquences suivantes :

même s'ils sont contraires à l'équité ou au droit,

I° - Le juge doit suivre les indications de la formule, alors même qu'elles lui paraîtraient contraires à l'équité ou au droit. Ainsi, il ne peut pas tenir compte des exceptions qui ne figurent pas dans la formule, quand elles viendraient à être invoquées pour la première fois devant lui.

même si la formule contient une inexactitude.

2° - Si la formule contient une inexactitude, le juge n'a pas le droit de la rectifier. Cette règle présente un grand intérêt pour ce qu'on appelle dans le langage technique la plus petitio, le fait de réclamer plus que ce qu'on doit réclamer. On dit qu'il y a plus petitio, quand le demandeur demande plus qu'il ne lui est dû. A ce point de vue, on peut distinguer plusieurs sortes de plus petitio, distinction qu'ont faite les jurisconsultes romains :

Les plus petitiones.

re

I° - La plus petitio re, par la chose, quant à la chose. Il en est ainsi, par exemple, quand, étant créancier de I00, on réclame I50.

tempore

2° - la plus petitio tempore, quant au temps. C'est quand on agit avant l'échéance de la dette.

loco.

3° - la plus petitio loco, quant au lieu, quand on agit dans un lieu autre que celui où le paiement pouvait être exigé. On s'est engagé à payer à Rome; le créancier actionne à Ephèse: il y a plus petitio loco. Cependant il y avait un correctif dans l'institution de l'actio de eo quod certo loco, l'action au sujet de ce qu'on doit réclamer dans un certain lieu, que le créancier intentera à la place de son action primitive et dans laquelle le juge tiendra compte du change.

Quel est l'effet de la plus petitio ?

La plus petitio fait perdre le procès dans les actions certaines.

Son effet est de faire perdre irrévocablement le procès au demandeur. La conséquence est donc rigoureuse. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut nécessairement qu'il s'agisse d'un procès dans lequel l'intentio soit certa, c'est-à-dire qu'on ait affaire à une action certaine. Il n'y a pas de plus petitio, quand l'action a pour objet un incertum. L'intentio y est en effet, ainsi rédigée; quidquid paret. Il n'y a pas de danger à craindre.

Source : BIU Cujas

La condamnation est nécessairement pécuniaire.

3° - Le juge doit nécessairement condamner le défendeur à payer une somme d'argent. C'est le fameux principe, qui domine toute la procédure formulaire, des condamnations pécuniaires. Aujourd'hui, le juge peut condamner à fournir une prestation en nature, Si le défendeur ne veut pas exécuter la sentence, on mettra en branle la force publique, la manus militaris. A Rome, toutes les condamnations prononcées par le juge doivent être pécuniaires. On condamne, dit Gaius, 4.48 à une somme d'argent, et non ad ipsam rem, à la chose elle-même.

Explication de cette règle.

Comment expliquer cette règle ? On en a donné plusieurs explications.

D'après une première explication, cette règle serait la résultante du système des compositions légales en matière de délits privés. Quand on a renoncé à la vengeance, une composition légale, une somme d'argent est fixée par l'Etat, et l'on doit s'en contenter

La manus injectio judicati.

D'après une seconde explication, qui est préférable, cette règle serait la résultante de la pratique, comme mode d'exécution des jugements sous la procédure des actions de la loi, de la manus injectio. Pour que la manus injectio soit possible, il faut, nous l'avons vu, qu'il s'agisse d'une créance évidente et consistant en une somme d'argent.

Les actions arbitraires.

En tout cas, un tempérament très important fut apporté au principe des condamnations pécuniaires, qui devait souvent constituer une gêne. C'est le système appelé système des actions arbitraires. Dans les actions de cette espèce, on trouve, avant la condamnatio, une clause spéciale, dite clausula arbitraria, ainsi conçue: neque ea res arbitrio tuo restituetur, à moins que cette chose (la chose litigieuse) ne soit

La clausula arbitraria.

restituée conformément à ton arbitrium. Dans beaucoup de formules, notamment dans Gaius, on trouve l'abréviation : N.R. qui remplace l'énoncé complet de cette clause.

En vertu de cette clausula arbitraria, en effet, le juge était autorisé à ne passer à la condamnation pécuniaire, que si le défendeur n'exécutait pas l'arbitratus du juge, c'est-à-dire n'opérait pas les restitutions en nature arbîtrées par le juge. Et afin d'inciter le défendeur à exécuter son arbitratus, le juge, en cas de refus d'exécuter, condamne le défendeur à payer une somme d'argent, dont le montant sera fixé sous serment par le demandeur lui-même.

Source : BIU Cujas

Quels sont les effets de la sentence ?

C'est une matière juridique très importante. Nous allons assister à la naissance d'une institution capitale; le principe de l'autorité de la chose jugée dont il sera fait application dans le cours de droit civil de cette année. Le juge a rendu sa sentence. Quels vont en être les effets ? Il va de soi que les effets seront différents, suivant que la sentence absout ou condamne le défendeur. Si le défendeur est absout, tout est fini. Le défendeur n'a rien à obtenir du demandeur.

Mais s'il est condamné, le défendeur doit exécuter la condamnation, et le demandeur poursuivra l'accomplissement de cette obligation, au moyen de ce qu'on appelle les voies d'exécution, que nous étudierons plus loin.

En tout cas, et ici s'amorce la théorie de l'autorité de la chose jugée, quelle que soit la décision qu'elle consacre, la sentence met fin au débat.

Comment est évité un nouveau procès.

Mais il est à craindre que ce débat ne vienne à être soulevé de nouveau. Celui des plaideurs qui n'a pas eu gain de cause cherche instinctivement à remettre en question les droits de celui qui a gagné. Aujourd'hui, en droit moderne, on déclare que l'autorité de la chose jugée s'oppose à une telle prétention. L'ordre public dit-on, est intéressé à ce que les procès ne renaissent pas sans cesse.

Ce sont les Romains qui ont dégagé pour la première fois le principe moderne de l'autorité de la chose jugée. Mais ils n'y sont pas arrivés du premier coup, et c'est ce qui fait l'intérêt du droit romain Ils n'y sont arrivés qu'à la suite d'une évolution, qu'il importe de retracer.

Distinguons dans cette évolution deux phases successives.

l'effet extinctif de la litis contestatio

La première phase est l'application pure et simple des règles relatives à l'effet extinctif de la litis contestatio. Supposons un jugement d'absolution du défendeur. Plus tard, le demandeur intente un nouveau procès contre le défendeur au sujet de la même chose. Le défendeur lui opposera que son droit, déduit une première fois in judicium, a été consommé, il lui opposera l'effet extinctif de la litis contestatio, la fameuse règle : Bis de eadem re ne sit actio, et cet effet extinctif de la litis contestatio s'effectuera, nous l'avons vu, ou bien de plein droit, ipso jure, ou

Source : BIU Cujas

au moyen d'une exception, exceptionis ope (exceptio rei in judicium deductae).

L'exceptio rei in judicium deductae.

Ainsi donc, dans cette première phase, ce n'est pas, comme dans le droit moderne, le jugement qui arrête le procès ultérieur. C'est l'instance in jure, car la litis contestatio est l'évènement de procédure qui se place à la fin de la procédure in jure, et lie le procès entre les plaideurs.

C'est l'instance in jure qui arrête un nouveau procès.

Pourquoi cette différence avec le droit moderne ?

Mr. Giffard, à son cours, donne une explication intéressante. Le procès d'aujourd'hui est jugé tout entier par l'Etat. Il est résolu par un fonctionnaire de l'Etat. On comprend très bien, dans ce système d'étatisation, que l'Etat attache une importance au jugement de son représentant. Au contraire, à Rome, c'est un simple particulier qui rend la sentence, qui décide comme un arbître (vestige de la période de l'arbîtrage facultatif privé). Par conséquent, la décision du juge, en droit romain, ne présente pas comme chez nous, un caractère officiel. L'acte officiel, c'est la litis contestatio, qui est un véritable contrat judiciaire passé entre les deux plaideurs.

Insuffisance de ce procédé.

Quoi qu'il en soit, ce premier procédé, qui constitue tout de même un progrès, présentait certains inconvénients. L'insuffisance de ce procédé va apparaître dans les deux cas suivants qui ont fait chercher une autre direction à la doctrine:

Le défendeur peut revendiquer comme demandeur.

Ier cas - Supposons qu'à la suite d'une action en revendication, le défendeur a été condamné. Ce dernier pouvait vouloir recommencer le procès, en jouant le rôle de demandeur, en revendiquant à son tour la chose contre celui qui avait joué le rôle de demandeur dans le premier procès. Or, ici, le système de la litis contestatio est en défaut. Dans le premier procès, comme il n'a pas joué le rôle de demandeur, mais le rôle de défendeur, son droit n'a pas pu être déduit en justice. Donc, si le défendeur revendique à son tour, le demandeur ne pourra pas lui opposer l'effet extinctif de la litis contestatio.

Le demandeur ne peut revendiquer à nouveau, si le défendeur est devenu possesseur.

2ème cas - Le demandeur qui a intenté une première fois l'action en revendication a obtenu gain de cause, a été reconnu propriétaire. Mais il n'a pas pu obtenir la chose, parce que le défendeur avait prouvé en avoir perdu la possession sans sa faute. Plus tard, apprenant que la chose a fait retour aux mains du défendeur, le demandeur veut à nouveau revendiquer la chose, et il intente un nouveau procès. Le défendeur

Source : BIU Cujas

lui opposera l'effet extinctif de la litis contestatio.

En définitive, l'application pure et simple des règles relatives à l'effet extinctif de la litis contestatio ne permettait de faire respecter que l'autorité négative de la chose jugée.

Le principe de l'autorité de la chose jugée

On a cherché un autre système. C'est la deuxième phase : apparition et développement du principe général de l'autorité de la chose jugée.

C'est tout au début de l'Empire que s'est formé à Rome ce principe nouveau. La doctrine romaine a dégagé le grand principe que Girard a formulé dans les termes suivants: "Une question déjà tranchée régulièrement entre les deux parties ne doit pas pouvoir être soumise à nouveau devant un nouveau juge, aussi sujet à l'erreur que l'ancien". Conséquence : étant donné la généralité de ce principe, dans les deux cas précédents l'autorité de la chose jugée sera respectée dans sa fonction positive, et sera assurée par une exception, qu'on appelle l'exceptio rei judicatae.

L'exceptio rei judicatae.

Les jurisconsultes romains n'ont pas seulement posé le principe, ils ont étudié avec la plus grande science les conditions d'application du principe. Quelles conditions sont nécessaires, pour que l'autorité de la chose jugée puisse être invoquée dans sa forme négative ou positive ?

Conditions d'application:

Ière Condition - Il faut qu'il y ait ce qu'on appelle identité de question, eadem res, que la nouvelle instance pose une question déjà soumise à un autre juge. Exemples:

L'identité de question.

a) - Celui qui s'est prétendu possesseur dans une première instance peut très bien intenter ensuite un second procès, où il se prétendra propriétaire.

b) - Celui qui a revendiqué peut intenter une autre instance en se prétendant créancier. La première instance avait pour objet un droit réel, la seconde instance a pour objet un droit de créance. Il n'y a pas eadem res.

L'identité de personnes.

2ème condition - Il faut qu'il y ait ce qu'on appelle identité de personnes. L'identité de personnes n'est pas seulement l'identité physique. Il y a aussi ce qu'on appelle l'identité juridique. Du même coup s'évoque la notion de l'ayant-cause. Il y a deux sortes d'ayant-cause, distinction dégagée par les Romains et passée dans le droit moderne :

Distinction de l'ayant-cause à ti-

I° - L'ayant-cause à titre universel.

C'est par exemple l'héritier. Supposons une personne qui, avant sa mort, a intenté une action de son chef. Elle vient à mourir. Son héritier est considéré

Source : BIU Cujas

tre universel et de l'ayant-cause à titre particulier.

comme lui ayant succédé in universum. C'est comme si son héritier avait intenté lui-même l'action. Il n'y a pas identité physique, mais il y a identité juridique.

2° - L'ayant-cause à titre particulier.

C'est par exemple un acheteur.

Lorsque se fût dégagé le principe général de l'autorité de la chose jugée, on prît, comme nous le montre Gaius IV, 106, 107, l'habitude dans la pratique d'appeler l'exception destinée à lui donner effet exceptio rei judicatae vel in judicium deductae, la mention de la res in judicium deducta pouvant être utile pour le cas où il y aurait déduction en justice, sans jugement. Lors de la délivrance concrète de la formule, celui des deux termes de l'exception qui se trouvait hors de cause pouvait y être effacé (argument Fragm. d'Autun, 110. Textes de Girard, p. 369). (I)

III - La procédure d'exécution.

La manus injectio judicati sert d'exécution aux procès organisés par legis actiones.

Pour comprendre la procédure d'exécution de la procédure formulaire, il faut avoir soin de se rappeler la procédure d'exécution dans la procédure des actions de la loi. Ainsi que nous l'avons vu, le mode d'exécution des jugements, sous les actions de la loi, tout au moins, quand il s'agissait d'actions sanctionnant des droits de créance (sacramentum in personam), était la manus injectio judicati, et nous savons que cette manus injectio judicati a servi encore, pendant l'époque républicaine, de procédure d'exécution des jugements, quand les procès étaient organisés suivant les actions de la loi. Lex Coloniae Genetivae Juliae. chap. 61, rendue en 710 de Rome, 44 avant J.C.

Sous la procédure formulaire, l'exécution est assurée par l'action judicati.

Il faut avoir bien présent à l'esprit le mécanisme de la manus injectio judicati pour comprendre le mécanisme de la procédure d'exécution de la procédure formulaire. En effet, dans notre procédure nouvelle, la manus injectio judicati se trouve remplacée par l'actio judicati, qui est exactement la transposition de la manus injectio judicati. Le créancier qui a obtenu un jugement, ou qui a un titre exécutoire assimilé

(I) - Cons. Paul Thomas, professeur à la Faculté de Toulouse, Evolution de la théorie de la chose jugée à Rome, ou de la coexistence des deux exceptiones rei in judicium deductae et rei judicatae. Thèse Toulouse 1898.

Source : BIU Cujas

à un jugement, (confessio in jure ou défaut de défense uti oportet, quand il s'agit d'une créance de somme d'argent), mène son débiteur devant le magistrat, au bout de 30 jours, et là, in jure, le demandeur va intenter contre lui l'actio judicati, tendant à l'exécution du jugement.

Quel est exactement l'objet de l'actio judicati ?

Elle a pour objet l'existence d'un jugement valable.

C'est tout simplement et pas autre chose, l'existence d'un jugement valable. En effet, le défendeur, sur cette actio judicati, peut bien faire valoir la nullité de fond ou de forme du jugement (Argument des mots: judicatum sit necne sit. Digeste, 39. S. I. pr), mais il ne peut pas s'opposer à l'exécution en disant: il y a eu mal jugé. Il ne peut invoquer que la nullité du jugement, mais non la nullité du droit.

Elle est la transposition de la manus injectio judicati.

Les conditions d'exercice de l'actio judicati s'expliquent par l'idée, que nous venons de mettre en lumière, qu'elle est en définitive, la simple transposition de la manus injectio judicati. En effet, les caractères particuliers que présente cette actio judicati s'expliquent tous, et ne peuvent pas s'expliquer autrement que comme des vestiges de la manus injectio judicati:

Le défendeur est condamné au double.

I° - Le défendeur à l'actio judicati est condamné au double, s'il a forcé à tort le demandeur à l'intenter, comme autrefois le vindex, dans la manus injectio judicati, encourait la peine du double. Gaius, 4. III.

Il doit fournir la cautio judicatum solvi.

2° - De même que le défendeur ne pouvait repousser la manus injectio judicati sans fournir de vindex comme répondant, de même, le défendeur ne pouvait défendre à l'actio judicati qu'à la condition de fournir une caution. Elle porte le nom technique de cautio judicatum solvi, Gaius, 4. II2. Il faut avoir soin de ne pas confondre cette caution avec la cautio judicatum solvi de la représentation judiciaire.

L'objet doit être une somme d'argent.

Faisons encore remarquer que l'actio judicati, tendant comme la manus injectio, à une somme d'argent, ne peut être intentée que quand il s'agit d'une somme d'argent. Or, c'est là une des raisons qui expliquent le système des condammations pécuniaires. Ce système a été rendu nécessaire, par suite de la procédure d'exécution par l'actio judicati, calquée exactement sur le système ancien de la manus injectio judicati.

L'actio judicati est intentée; que va-t-il se passer ? Deux hypothèses doivent être distinguées avec soin.

I° - Le défendeur défend à l'actio judicati et

Source : BIU Cujas

fournit caution. Un nouveau procès naît sur la non existence d'un jugement. Si le défendeur ne fait pas la preuve, il est condamné au double. Et comme on ne peut pas continuer indéfiniment, l'exécution immédiate a lieu.

2° - Si le défendeur ne défend pas à l'actio judicati, en ne contestant pas le titre exécutoire invoqué contre lui, ou en ne fournissant pas la caution judicati solvi, absolument indispensable comme condition de recevabilité de l'action, il n'y aura pas de nouveau procès. On va procéder également à l'exécution.

Comment cette exécution va-t-elle être faite ?

Le droit romain a connu deux modes d'exécution qui pendant longtemps ont également fonctionné chez nous :

L'exécution sur la personne.

I° - L'exécution sur la personne qui a fonctionné chez nous jusqu'en I867 sous le nom de contrainte par corps, non seulement en matière pénale, mais en matière civile et commerciale. Aujourd'hui, la contrainte par corps n'existe plus qu'en matière pénale, pour le recouvrement des amendes.

L'exécution sur les biens.

2° - Un autre mode qui est apparu plus récemment et constitue un progrès sur le premier. C'est l'exécution sur les biens. Il est d'une importance capitale pour dégager la notion moderne du patrimoine. On est tenu sur ses biens. L'art. 2092 du Code Civil déclare que les biens d'un individu constituent le gage général de ses créanciers.

I - L'exécution sur la personne.

Le judicatus est emmené par le demandeur sur l'ordre du magistrat.

Le judicatus, ou les personnes qui sont assimilées au judicatus, à savoir le confessus et aussi l'indefensus uti oportet, est attribué au demandeur, et emmené par lui avec l'autorisation du magistrat (duci jubere) dans la prison domestique du demandeur. Nous sommes renseignés sur cette exécution sur la personne dans la procédure formulaire, par la lex de Gallia Cisalpina chap. 2I. Le demandeur est donc autorisé à emmener, même en employant la force, le judicatus dans sa prison. Il peut le tenir enchaîné. Il est obligé de le nourrir. Il est douteux qu'il ait pu le contraindre au travail.

But de cette exécution.

Quel but poursuivait-il donc ? C'est moins dans l'espoir qu'il se rachète par son travail, que pour l'empêcher de rester au milieu de ses biens, dont, en droit, il reste propriétaire, et pour peser sur sa volonté et celle de ses proches. C'est le même but que poursuivait la contrainte par corps, admise, jusqu'en I867, en matière ci-

Source : BIU Cujas

vile et commerciale.

L'exécution sur la personne apparaît donc un système incomplet. Elle ne donnait pas toute satisfaction au demandeur. Aussi se fit sentir bientôt la nécessité d'un nouveau mode d'exécution, l'exécution sur les biens, qui fut employée de préférence par le demandeur. Mais il pouvait aussi être provoqué par le judicatus, qui faisait ce qu'on appelait cession de biens. En effet, on voit fonctionner pour l'exécution des jugements un bénéfice particulier, le bénéfice de cession de biens, grâce auquel le débiteur peut se soustraire à l'exécution sur la personne, en abandonnant volontairement ses biens au créancier, pour qu'il les fasse vendre. La cession de biens, cessio bonorum, a été organisée par une loi Julia d'Auguste ou de César.

Elle ne donne pas toute satisfaction au demandeur.

Le bénéfice de cession de biens.

II - L'exécution sur les biens.

C'est une matière des plus importantes, d'où vont sortir des notions du droit moderne. Ce mode d'exécution, qu'on appelle la venditio bonorum, a été créé tout entier par le droit prétorien. C'est un préteur, Rutilius Rufus, qui créa la venditio bonorum, au plus tard en 636 de Rome, II8 avant J.C. Il l'a créée sans doute à l'imitation de la procédure qui était suivie contre les débiteurs de l'Etat, la sectio bonorum, c'est-à-dire la vente en bloc des biens faits par les questeurs au profit de l'Etat.

La venditio bonorum est une création du préteur.

L'institution de la venditio bonorum présente certains traits originaux, que nous avons du mal à concevoir aujourd'hui.

I° - Il est singulier que, pour l'exécution d'un seul jugement, dont le montant peut être de beaucoup inférieur à la fortune du judicatus, on arrive nécessairement à la saisie et à la vente de tout son patrimoine, au lieu de se borner, comme aujourd'hui à ne saisir que la partie des biens suffisante pour satisfaire le bénéficiaire du jugement.

Elle porte sur tout le patrimoine.

2° - Il est non moins singulier qu'on ne vende pas les différentes parties du patrimoine en détail, au plus offrant, pour tirer de chaque bien la plus haute valeur. Dans le système de la venditio bonorum, l'ensemble des biens est attribué aux enchères à un adjudicataire unique, à celui qui offre le plus fort dividende. Il porte le nom technique de bonorum emptor.

Elle a lieu en bloc.

Le bonorum emptor.

3° - Le bonorum emptor est considéré en droit comme un ayant-cause à titre universel qui, par conséquent, va succéder à tout l'actif et à tout le passif

Il est l'ayant-cause

Source : BIU Cujas

à titre universel du saisi.

aussi bien corporel qu'incorporel. Conséquence: le bonorum emptor aura toutes les actions du saisi, et inversement, il pourra être poursuivi à raison de toutes les actions existant contre le saisi, même par l'actio judicati elle-même, à laquelle le judicatus n'a pas voulu défendre, ce qui a eu pour effet de déclancher la procédure d'exécution.

Ainsi donc, nous assistons dans la venditio bonorum à la substitution complète du bonorum emptor, sorte de sosie juridique, au défendeur primitif, au judicatus.

Tous ces traits originaux peuvent-ils s'expliquer ?

Elle n'est pas nécessairement une mesure d'exécution des jugements.

L'explication réside, d'après M. Fliniaux, dans l'idée que Dernburg a mise en lumière, dans son ouvrage intitulé "Uber die emptio bonorum, 1850," à savoir que cette procédure de la venditio bonorum n'a pas été imaginée pour assurer l'exécution des jugements, et que ce n'est pas forcément après l'actio judicati qu'elle intervient. Elle peut, en effet, comme nous l'avons vu, intervenir à propos de n'importe quelle action, quand le défendeur, d'une façon générale, fait obstacle à l'organisation de l'instance par le magistrat, par exemple quand il rend l'in jus vocatio impossible, en se cachant ou par son absence.

C'est une mesure de pression sur le défendeur.

Notre procédure de venditio bonorum a donc pour raison d'être un des principes fondamentaux de la procédure civile romaine, à savoir qu'il ne peut pas y avoir de procédure par défaut in jure. Pour exercer alors une pression sur la volonté du défendeur, on prononce contre lui une missio in possessionem, qui englobe tous ses biens. Si sa résistance se prolonge, on aboutira à la venditio bonorum. Le résultat de celle-ci sera uniquement de permettre au demandeur d'amener devant le magistrat le bonorum emptor, le remplaçant de celui qui ne veut pas se présenter, et d'intenter contre lui l'action qu'il était impossible d'intenter contre le défendeur. C'est là la clef de tout le système de la venditio bonorum, mise en lumière par Dernburg, et que cependant la presque totalité des interprêtes du droit romain continue encore à ignorer.

Elle lui substitue le bonorum emptor.

Ainsi donc, en résumé, la venditio bonorum est apparue d'abord comme le moyen employé pour suppléer à la procédure par défaut in jure. Elle servit ensuite de mode d'exécution des jugements.

Phases de cette procédure.

Connaissant le fondement et les caractères originaux de la venditio bonorum, nous pouvons entrer dans les détails de cette procédure d'exécution. Cette procédure

Source : BIU Cujas

passe par trois phases successives :

I° - La missio in bona, l'envoi dans les biens.
2° - Les préliminaires de la venditio.
3° - La venditio.

I - La missio in bona.

La clause d'envoi en possession. dans l'édit du préteur.

L'envoi en possession des biens était accordé en vertu d'une clause de l'édit du préteur, titre 38, ainsi intitulé : Quibus ex causis in possessionem eatur en vertu de quelles causes on va en possession. Cette clause était ainsi libellée: Qui judicatus prove judicato erit quive uti oportet defensus non erit, celui qui aura été jugé, ou qui sera pro judicato, c'est-à-dire en cas d'aveu, ou qui ne se sera pas défendu comme il faut.

L'envoi en possession a lieu in rem.

L'envoi en possession obtenu par un des créanciers profitait à tous. C'est ce qu'on exprime en disant que la missio in possessionem était donnée in rem Mais le judicatus ne perd pas la possession de ses biens. Les créanciers n'ont qu'un droit de garde et de surveillance. Ils ont ce qu'on appelle la custodia d'-

Les créanciers ont la custodia.

où le nom de missio in possessionem rei servandae causa l'envoi en possession en vue de conserver la chose, le patrimoine (I).

Aussitôt après l'envoi en possession, il devait être procédé à un affichage, proscriptio, effectué par les saisissants.

L'affichage.

Ce sera alors le seul résultat qu'on obtiendra quand le préteur, en accordant la missio in possessionem, aura dit simplement: Bona possideri proscribique jubebo, j'ordonnerai que les biens soient possédés, et que des affiches soient apposées. On n'ira pas plus loin. On s'arrêtera là dans les cas suivants :

On s'arrête à ces mesures: si le défendeur est impubère ou absent reipublicae causa.

I° - S'il s'agit des biens d'un impubère. On ne peut pas vendre les biens d'un impubère avant qu'il ait atteint la puberté.

2° - S'il s'agit d'un défendeur absent de Rome rei publicae causa, d'un individu absent en mission officielle. Mais il n'en est pas de même en cas de simple absence. Une personne s'absente sans motif légitime. On pourra aller jusqu'à la venditio. C'est ce que M. Fliniaux a tenté de démontrer, dans un article publié dans les Etudes d'histoire juridique offertes à

(I) - Consulter Ramadier, Les effets de la missio in bona rei servandae causa, Thèse Paris I9II.

Source : BIU Cujas

Paul Frédéric Girard, 1913, tome I, page 43. Cf. Solazzi, Mélanges Simoncelli, 1916.

Dans les cas exceptionnels où la procédure ne va pas plus loin, il est indispensable que les créanciers fassent nommer un curator bonorum, c'est-à-dire un administrateur, nommé sur la requête des créanciers par le préteur, et pris, soit parmi eux, soit en dehors d'eux. Il s'agit là d'une personne chargée d'administrer les biens jusqu'à ce que l'impubère soit devenu pubère, ou jusqu'au retour de l'absent rei publicae causa.

On nomme alors un curator bonorum.

Dans tous les autres cas, y compris la simple absence, la missio in possessionem n'est qu'un début. La procédure va être continuée par la venditio bonorum.

II - Les préliminaires de la venditio.

Depuis le premier affichage court un délai, qui n'est pas le même, suivant qu'il s'agit des biens d'une personne vivante ou d'une personne décédée. S'il s'agit d'une personne décédée, le délai est de 15 jours. Gaius, 3.79. Ce délai avait une grande importance, car au bout de ce délai, le judicatus encourait l'infamie.

Le délai après l'affichage.

Passé ce délai, intervenait un deuxième décret du préteur, ordonnant la nomination d'un magister bonorum, qu'il faut avoir grand soin de distinguer du curator bonorum. En effet, à la différence du curator bonorum, le magister était nommé par les créanciers et pris parmi eux. Le magister bonorum est la personne qui va être chargée de procéder à la vente.

Le magister bonorum.

Dans ce but, il va dresser un cahier des charges, appelé la lex venditionis. Puis, il est procédé à un deuxième affichage, et les affiches indiquent les conditions de paiement, les créances privilégiées à payer intégralement, les sûretés que l'acheteur des biens devait fournir.

La lex venditionis et le 2ème affichage.

Ces préliminaires accomplis, on entre dans la dernière phase, la venditio bonorum.

III - La venditio bonorum.

Le magister bonorum adjugeait l'ensemble des biens, le patrimoine entier, à celui qui lui offrait le plus fort dividende, portio. L'acquéreur des biens portait le nom de bonorum emptor, acheteur des biens. Comme de nos jours, (c'est en partie de cette institution

Rôle du bonorum emptor.

Source : BIU Cujas

qu'est sortie une institution du droit commercial actuel, la faillite), le bonorum emptor est une sorte de syndic de faillite. Il est chargé de liquider l'actif et le passif.

Il va d'abord avoir à réaliser l'actif. Pour cela, il a deux procédés juridiques à sa disposition:

Il réalise l'actif.

1° - En ce qui concerne les choses corporelles faisant partie du patrimoine, il aura, pour les faire rentrer, un interdictum possessorium.

2° - S'il s'agit de choses corporelles ou incorporelles, il aura à sa disposition les actions mêmes appartenant au judicatus. Et du point de vue technique, voici comment se présente l'action du judicatus exercée par le bonorum emptor. Elle peut être, comme nous l'apprend Gaius, IV. 35:

Procédés techniques d'exercice des actions.

a) ou bien une formule à transposition de personnes. L'intentio est rédigée au nom du judicatus puisque c'est lui qui est titulaire du droit, et la condemnatio au nom du bonorum emptor.

b) ou bien une formule fictice (il devait en être vraisemblablement ainsi quand il s'agissait de la vente des biens d'un mort). Dans l'intentio, on insérait la fiction: si heres esset, comme si, juge, tu as affaire à un héritier, car le type de l'ayant-cause à titre universel, c'est l'héritier.

Il paie le passif.

Mais il ne suffit pas de réaliser l'actif, il faut aussi payer le passif. Comment allait-on réaliser le paiement du passif ?

Le bonorum emptor va être poursuivi jusqu'à concurrence du dividende, portio, par les mêmes actions que celles pouvant être intentées contre le judicatus, même, par conséquent, par l'actio judicati, à laquelle le judicatus n'a pas voulu défendre, ce qui a eu pour effet de déclancher la procédure d'exécution sur les biens. Par conséquent, le bonorum emptor va pouvoir défendre lui-même aux actions qui auraient été intentées contre le judicatus. Nous sommes bien en réalité en présence d'une institution qui a pour but de mettre à la place d'un défendeur récalcitrant un autre individu qui ne sera pas récalcitrant, et voudra bien qu'on l'actionne. Le procès pourra ainsi se poursuivre jusqu'au bout.

Il défend aux actions contre le judicatus.

Nous rencontrerons cette année les deux origines romaines de la faillite. Cette institution fonctionne dès le XIII° siècle en Italie, avec des apports romains. Le premier apport est la venditio bonorum.

Source : BIU Cujas

Section III. - Caractères généraux du droit privé.

Le droit privé ne se présente pas sous le même aspect suivant que l'on se place avant ou après les conquêtes hors de l'Italie.

A.- Jusqu'aux conquêtes hors de l'Italie.

Le peuple romain demeure, nous l'avons vu, un peuple d'agriculteurs aux moeurs rudes et simplistes. Aussi le droit de cette époque continue-t-il à présenter les mêmes caractères que sous la période royale, c'est-à-dire à être un droit à la fois formaliste et rude (strict). C'est l'impression qui se dégage de l'examen de l'ensemble des dispositions de la loi des XII Tables. En dehors de son caractère formaliste et rude, la législation décemvirale présente un caractère rustique bien marqué. Comme l'a écrit Girard N R N I902 p. 422 (Mélanges I, p. 47), la loi des XII Tables apparaît comme ayant été faite en réalité "pour un peuple de petits propriétaires ruraux pour lesquels le vrai Code civil était le Code rural". Nombreuses en effet, sont ses dispositions qui se rapportent à l'économie rurale (Voir les citations de Girard, loco citato).

B.- Depuis les conquêtes hors de l'Italie.

Les conquêtes hors de l'Italie amenèrent, comme nous l'avons montré, le développement du commerce et aussi la pénétration de la philosophie grecque. Il en résulta pour le droit privé, des transformations que l'on peut grouper autour des quatre idées suivantes :

I° la liberté des formes.
2° l'équité.
3° l'utilité.
4° la bonne foi.

La première idée vivant le caractère formaliste de l'ancien droit, les trois suivantes un caractère strict.(I)

---

(1) - L'importance des développements qui vont suivre a été très bien mise en lumière par Mitteis dans son discours prononcé à Vienne en I9I7 (trad. italienne dans le V L. XII des Annales du Seminaire juridique de Palerme

Source : BIU Cujas

I°. La liberté des formes.

Le développement des transactions commerciales eut pour conséquence une plus grande liberté de formes en ce qui concerne les actes juridiques les plus usuels principalement en ce qui concerne le transfert de la propriété et la conclusion des contrats. En cette matière le jus gentium semble avoir joué un rôle dont il convient peut-être de ne pas exagérer l'importance. (Voir trad. Cuq. Institutions juridiques des Romains, I, Ière édition, p. 489). Cette année, nous étudierons un mode d'acquisition de la propriété du droit des gens la traditionqui se distingue des modes d'acquisition du droit civil par son caractère non formaliste.

2°. L'équité.

Dans la conception romaine de l'époque républicaine, l'équité (aequitas) peut être définie, le sentiment de justice (du bonum et aequum), qui, la justice constituant le but auquel tend le Droit, doit présider à son élaboration et à son interprêtation. L'équité est donc un tempérament apporté à la rigueur du droit , rigor juris, telle qu'on la rencontre dans le vieux droit quiritaire.

Pour ce qui est de la diffusion de la notion d'équité dans le droit privé à l'époque républicaine, un rôle très important a été joué aussi bien par le préteur que par les jurisconsultes (Jurisprudentia). C'est ce dont nous allons nous convaincre en utilisant les travaux récents en la matière.

I928) et intitulé:"Histoire du droit antique et étude du droit romain": "Décrire le développement soudain du système juridique (romain) depuis l'époque des legis actiones où il est encore archaïque, fondé sur aucune synthèse ni base philosophique, jusqu'au premier siècle de l'Empire où nous nous trouvons en présence d'un système organisé juridiquement presque dans des ramifications les plus subtiles, serait une tâche qui pour l'histoire de la pensée humaine serait de la plus haute valeur". (p. 492 de la traduction italienne).

Source : BIU Cujas

A. Rôle de la Jurisprudence. (I)

Nous voyons la jurisprudence s'inspirer de la rhétorique et de la philosophie grecques.

a) -Influence de la rhétorique grecque.

Elle se fit sentir en ce qui concerne l'interpretatio juris, l'interprétation du Droit. Lorsque le sentiment de justice se trouva blessé par l'interprétation trop rigoureuse donnée au droit quiritaire, il s'ensuivit chez les jurisconsultes une réaction contre une telle interprétation, réaction qui trouve son expression dans le célèbre proverbe summum jus, summa injuria, littéralement le droit le plus grand constitue l'iniquité la plus grande, cité par Cicéron dans un De officiis I, IO § 33 et qui,comme Stroux l'a récemment démontré, rentre dans le domaine de l'interprétation, et doit être ainsi traduit. Le droit le plus rigoureux se change en la plus grande injustice (2)

(I)- Bibliographie: Stroux (professeur de philosophie à l'Univ. de Munich): Summum ius summa iniuria. Un chapître de l'histoire de l'Interprétatio iuris, Berlin I926 et le compte rendu très important d'Ernest Levy dans la Rev. de la Fondation Savigny.I928, p. 668; Riccobono, préface de la traduction italienne de la monographie de Stroux dans le vol. XII des Annales du Séminaire juridique de Palerme. I929 (contre les tendances manifestées par Stroux et Riccobono, voir Albertario, Mélanges Bonfante, I, p. 6II et suivantes) Elemer Balogh, Mélanges Bonfante IV. p. 627Ragusa (Vincenzo)Piretto ed. equita (Da Cicerone ai giureconsulti classici) dans l'archivio giuridico, I930; vol. XX - En ce qui touche la littérature française, on pourra lire avec fruit les développements de Mr. Cuq dans son Manuel, p. 40 et suivantes.

(2) - Comme le montre Elemer Balogh,article précité, p. 629; le proverbe summum jus summa injuria est d'inspiration aristovélicienne. D'après Aristote en effet la nature de l'équité réside en ce qu'elle est une correction de la loi, là où celle-ci se montre défectueuse. Ethique à Nicomaque, V. I4, 26-27.Pour Aristote l'équité doit donc entrer en oeuvre toutes les fois que le droit dans ses résultats agit contre lui-même et où son interprétation la plus rigoureuse conduit à la plus grande injustice.

Source : BIU Cujas

Pour interprêter d'une manière plus douce le jus civile, les jurisconsultes firent appel aux procédés qui avaient été imaginés par la rhétorique grecque .Parmi ces procédés, celui qui se révèla un des plus féconds fut la recherche de l'intention η διανοια du législateur s'il s'agit d'un texte de la loi ou des parties s'il s'agit d'un acte juridique,cette intention devant l'emporter sur la lettre το ῥηθον .

Les sources nous ont révélé l'existence de plusieurs conflits qui, à Rome, se sont ainsi élevés entre ,d'une part la voluntas (consilium,sententia) et d'autre part les verba (scriptum). Nous nous contenterons de citer le précis célèbre connu sous le nom de causa Curiana où il s'agissait de l'interprétation à donner à une clause du testament d'un citoyen romain, précis dont parle Cicéron à plusieurs endroits de son oeuvre et que nous rencontrerons dans le droit successoral (substitutions pupillaires)

b) Influence de la philosophie grecque.

Il s'agit ici d'une influence qui s'est exercée sur le fond même du droit par la pénétration d'un certain nombre de principes de la morale grecque. L'oeuvre dans laquelle les jurisconsultes romains de l'époque républicaine ont davantage précisé en ce qui concerne le domaine de l'éthique est celle d'Aristote. C'est par exemple dans l'Ethique à Nicomaque que l'interprête moderne semble devoir chercher l'origine de deux grands systèmes du droit privé romain: celui de l'enrichissement sans cause et celui de la responsabilité subjective, qui seront étudiés dans le cours de 2ème année.(En ce qui concerne la responsabilité subjective voir le discours de Mr. Fliniaux, Annales de l'Université de Paris, III, I928, P. I07 et suiv.)

B - Rôle joué par le préteur.

Nous avons déjà indiqué qu'un des buts que s'est proposé le Préteur a été de corriger les imperfections du droit civil (Voir plus haut: Utilisation par le préteur des pouvoirs nouveaux à lui conférés par la loi Æbutia). La plupart des réformes que le préteur réalisa dans cette voie lui ont été inspirées par des raisons d'équité.

Sur l'équité en droit moderne et spécialement en droit français, consulter Gény, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2ème édition, I9I9, T. II, p. I09 et suivantes.(Riche bibliographie).

Source : BIU Cujas

3° - L'utilité.

La notion d'utilité (utilitas) nous met en présence d'une nouvelle fonction du Droit. Par utilitas les Romains entendaient la fonction du Droit en ce qui touche, non plus l'idéal de justice, mais les nécessités de la vie sociale.

Et sous cet angle général, l'idée d'utilitas se présentait sous les 2 aspects suivants:

I° - sous l'aspect d'utilité commune (utilitas communis, utilitas publica).

L'idée de "bien commun" de "bien général", nous la voyons mise en application tant par les jurisconsultes que par le Préteur.

a) - Par les jurisconsultes: Exemple: Julien (jurisconsulte du début de l'Empire, mais qui ne fait que suivre la leçon déjà dégagée par la jurisprudence républicaine D. IX, 2, 51 § 2: Multa autem iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta eue innumeralibus rebus probari potest. On peut montrer que dans des cas très nombreux des solutions ont été prises pour l'utilité commune contre l'étroite logique (I)

b) - Par le préteur. Nous n'avons qu'à citer à nouveau la définition célèbre du droit prétorien: (D. I.I.7. § I) Jus praetorium est quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam. Sur la notion d'utilité commune à Rome cons. Senn, Rev. Histoire de Droit I930, p. 608.

2° - Sur l'aspect d'opportunité d'adaptation aux circonstances.

Exemples: Labéon et Pezasus cités par Papinien Dig. 46, 3, 95 § 7: Quod quidem Labeo et Pegasus

---

(I) - Ce texte est suspecté d'interpolation par plusieurs auteurs (Seckel, Heumann's Handlexikon V° innumerabilis, disputare, et autres références indiquées dans l'Index des Interpolations du Digeste) pour des raisons de langages. Mais quant au fond, il se trouve en harmonie parfaite avec la leçon qui se dégage des oeuvres des écrivains de la fin de la République ou du début de l'Empire, et en particulier chez (Cicéron De officiis, I ,IO), leçon d'ailleurs qui n'apparaît pas comme leur étant originale, mais bien plutôt leur avoir été suggérée par des enseignements d'origine pythajoricienne et stoicienne (En ce sens Senn, notice citée plus bas).

Source : BIU Cujas.

putaverunt utilitatis causa recipiendum, solution que Labeon et Pegasus ont pensé qu'il convenait d'admettre par raison d'utilité.

La notion d'utilité dans le droit moderne.

La notion d'utilité a surtout retenu l'attention à la suite du bouleversement économique consécutif à la guerre de I9I4, principalement hausse imprévisible des prix. La question se posa ainsi: Les conditions auxquelles avaient été passés avant la guerre les contrats tant entre particuliers qu'entre les puissances administratives (Etat, commune) et particuliers devaient-elles être maintenues dans leur rigidité ou au contraire n'y avait-il pas lieu de les adapter au nouvel état des choses?

La juridiction civile s'est montrée chez nous beaucoup moins hardie que la juridiction administrative.

a) Juridiction administrative - Dans plusieurs décisions relatives à l'exécution de marchés de fournitures ou de marchés d'entreprises, se rattachant à l'exécution de services publics, par exemple: à l'éclairage d'une ville (Arrêt du Conseil d'Etat du 24 Mars I9I6. Sirey, I6.5. I7 et la note du Doyen Hauriou: affaire dite du gaz de Bordeaux, la compagnie concessionnaire se trouvant aux prises avec des difficultés d'exploitation par suite de la hausse excessive du prix du charbon) le Conseil d'Etat admit le relèvement des conditions du contrat de façon à permettre d'en exécuter les stipulations.

b) Juridiction civile - La question se posa devant la Cour de Cassation à propos du bail à Cheptel, contrat par lequel l'une des parties donne à l'autre un fond de bétail pour le garder, le nourrir et le soigner, sous les conditions convenues entre elles (art. I800 du Code Civil). A l'expiration du bail, le fermier est tenu de restituer un cheptel équivalent à celui qu'il a reçu. Si l'on suppose que ce cheptel ait été l'objet d'une estimation, et étant donné que la loi attribue l'excédent de valeur au fermier (art. I826 al. 2), de grandes difficultés ont surgi au lendemain de la guerre de I9I4, par suite de l'augmentation considérable du prix des bestiaux. On s'est demandé si le fermier avait droit à cette augmentation de valeur, laquelle ne résultait pas de ses soins et améliorations, de telle sorte qu'il pourrait être tenu pour quitte en ne restituant au bailleur qu'un cheptel d'égale valeur pécuniaire, mais de bien moindre importance numérique, ou encore que,

Source : BIU Cujas

tenu de restituer un même nombre d'animaux, il serait en droit d'exiger du bailleur le paiement de la plus value généralement énorme acquise par suite de la crise économique consécutive à la guerre. Plusieurs Cours d'Appel avaient tranché le problème en faveur du bailleur contre le fermier. Mais la Chambre Civil de la Cour de Cassation le trancha en faveur du fermier par un arrêt du 6 Juin I92I, Dalloz, I92I.I.73 qui eut à l'époque un grand retentissement.

La Cour de Cassation estima que le pouvoir de modifier les clauses d'un contrat ne pouvait appartenir qu'au législateur. Et l'on sait combien ce dernier prit en considération la notion d'utilité (Ex: législation exceptionnelle sur les loyers).

La notion d'utilité devait aussi pénétrer dans le domaine du droit international public. Voir l'ordonnance de la Cour permanente de justice internationale de la Haye du 6 Décembre I930 relative au conflit entre la France et la Suisse au sujet des zones franches. La Cour y recommande aux parties de "rechercher entre elles un règlement portant sur l'ensemble du problème s'éloignant du droit strict, et par là le mettre en harmonie avec les circonstances actuelles".

En terminant nous présenterons une observation commune à la notion d'équité et à celle d'utilité. En cette double matière nous assistons à Rome à une véritable collaboration du Préteur et des jurisconsultes, les seconds faisant sanctionner par le premier les systèmes nouveaux qu'ils créent. Sur cette collaboration, lire l'article de Mr. Lévy -Bruhl, Prudent et Préteur, Revue historique du droit I926, p. 5 et suivantes et la monographie de Wlassak, Die klassische Prozessformel, I924 (Sitzunsberichte de l'Académie des Sciences de Vienne, Philos. Hist.Klasse 202 Band., 3 Abhandl.) avec le compte rendu de Mr. Lévy-Bruhl dans la Rev. hist. de droit, I926, p. 700, et celui de Karl Wenger, dans la Rev. de la Fond. Savigny , I926, p. 578.

4° - La bonne foi.

D'après la légende , le culte de la déesse Fides, la Foi, la Fidélité, aurait été institué par le roi Numa, en même temps que son temple était érigé près du Capitole (Denys d'Halicarnasse, II, 75;V. 68). Sur les origines de l'histoire de cette divinité, nous renvoyons à Bréal; Hercule et Cacus, p. 46 et suivantes. Sous la protection de la déesse était placée la fidèlité, aux engagements, à la parole donnée.

Source : BIU Cujas

Nous sommes ainsi encore dans le domaine du droit sacré ou fas. C'est ce qui explique la peine de sacerté qui était infligée à ceux qui ne respectaient pas leur promesse, en particulier les patrons et les clients en ce qui concerne leurs obligations réciproques (XII Tables VII, 2I Patronus si clienti fraudem fecerit, sacer esto, que le patron soit sacer (c'est-à-dire voué aux dieux infernaux) s'il a frustré un client, c'est-à-dire a manqué à sa dette de protection envers son client (sens de l'expression fraudem facere, d'après Bréal, Dictionnaire étymologique latin, V° fraus).

Plus tard la Fides se sécularisa en devenant un concept philosophique principalement sous l'influence des idées stoiciennes (en ce sens Pernice Labeo, I, p. 408). C'est avec un caractère éthique que nous la rencontrons chez Cicéron. De officiis, I,7: Fundamentum est autem justitiae fides, id est dictorum conventorumque cōnstantia et veritas. Le fondement de la justice est la fides, c'est-à-dire la fidèlité et la sincérité dans les paroles et les engagements.

Lorsque la Fides se fut ainsi sécularisée, elle entra dans le domaine du jus, où elle prit le nom de bona fides, bonne foi, et où nous la rencontrons sous un double aspect, à la fois objectif et subjectif. Les premières manifestations de cette double notion de bona fides remontent, dans les sources, à l'époque du jurisconsulte Quintus Mucius Scaevola et comme celui-ci a été en même temps grand Pontife et que nous savons qu'il a subi l'influence de la philosophie grecque on peut se demander si ce n'est pas lui qui a contribué à faire passer la fides du domaine du fas dans celui du jus.

A - Notion objective de la bona fides.

L'honnêteté dans les relations d'affaires.

Sous sa forme objective, la bona fides peut être définie l'honnêteté dans les relations d'affaires. C'est cette notion qui est à la base de la célèbre distinction des actions de bonne foi et des actions de droit strict (judicia bonae fidei, judicia stricti juris).

Passage du De officiis de Cicéron relatif aux actions de bonne foi.

L'histoire et la portée de cette distinction, en ce qui concerne l'époque républicaine peut être déduite d'un passage très important de Cicéron dans ses De officiis, 3, I7 § 70: Quintus quidem Scaevola pontifex maximus summam vim dicebat esse in omnibus iis arbitriis in quibus adderetur EX FIDE BONA: fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae

Source : BIU Cujas

societas contineretur. In iis magni esse judicis statuere quid quemque cuique praestare oporteret. Quintus Mucius Scaevola, grand pontife, disait que la plus grande force existait dans toutes ces actions dans lesquelles était ajouté: EN VERTU DE LA BONNE FOI. Il pensait que le terme bonne foi avait l'acception la plus étendue et qu'on le rencontrait dans les tutelles, les sociétés, les fiducies, les mandats, les ventes, les louages, c'est-à-dire dans les actes impliquant une société de vie. Dans ces sortes d'actions, le rôle du juge consistait, selon lui, à fixer ce que l'un devait fournir à l'autre.

De ce passage du De officiis, il résulte:

1° - Qu'à l'époque de Quintus Mucius Scaevola (consul en 659 de Rome, 95 avant J.C.) rentraient dans la catégorie des actions de bonne foi les actions sanctionnant certains contrats: société, fiducie, mandat, vente, louage, ou certaine autre situation juridique génératrice d'obligations: tutelle.

2° - qu'à la formule de ces actions étaient ajoutés en principe, les mots ex fide bona, en vertu de la bonne foi, nous disons: en principe, car par plusieurs passages de l'oeuvre de Cicéron (De officiis, 3,15, 6I; 3,17,70; Topiques, 17,66) nous savons que la formule de l'action sanctionnant le contrat de fiducie contenait la clause ut inter bonos bene agier, comme il convient d'agir entre honnêtes gens, ce qui va vous permettre de dégager nettement la notion de bona fides dans les actions de bonne foi. La bonne foi, c'est la loyauté que, d'après l'usage des honnêtes gens (boni viri) on doit apporter dans les relations d'affaires, comme dit Cicéron, dans les actes dans lesquels vitae societas contineretur. C'est donc une notion purement objective.

3° - que cette variété d'actions possédait une très grande force (summam vim), un effet supérieur à celui des autres actions.

Théorie générale des actions de bonne foi.

Nous allons maintenant présenter la théorie définitive des actions de bonne foi en nous plaçant successivement aux 3 points de vue de la technique de leur formule, de leurs caractères, et de leurs effets.

a) Technique de la formule des actions de bonne foi. Gaius, 4,47, nous a transmis la formule complète d'une action de bonne foi. Il s'agit de l'action de dépôt qui, à l'époque de Gaius, 4,62, figure dans la liste des actions de bonne foi.

"Les Cours de Droit" 3, Place de la Sorbonne RÉPÉTITIONS ÉCRITES ET ORALES

Source : BIU Cujas

Demonstratio.

Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argenteam deposuit, qua de re agitur.	: En raison de ce qu'A.A. a déposé chez N.N. une table d'argent, au sujet de laquelle chose on agit.

Intentio.

Quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona.	: Tout ce qu'il faut que N.N. donne ou fasse envers A.A. en vertu de la bonne foi.

Condemnatio.

Ejus, judex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito.	: A cela, juge, condamne N.N. envers A.A. s'il n'apparaît pas, absous.

b) Caractères des actions de bonne foi.

Les actions de bonne foi présentent les caractères suivants:

1° - Ce sont des actions rédigées in jus: oportet,

2° - Ce sont des actions civiles, et non des actions prétoriennes. Il y a tout lieu de penser qu'elles ont été créées par les jurisconsultes de la fin de la République.

3° - Ce sont des actions personnelles, c'est-à-dire sanctionnant des droits de créance.

4° - Ce sont des actions incertaines, c'est-à-dire ayant pour objet un incertum.

c) Effets des actions de bonne foi.

Le juge a le pouvoir d'apprécier selon la bonne foi le rapport juridique qui lui est soumis. L'exception de dol est

L'effet essentiel des actions de bonne foi est de conférer au juge un plus large pouvoir d'appréciation. Elles donnent en effet au juge le pouvoir d'apprécier selon la bonne foi le rapport juridique invoqué par le demandeur.

Il en résulte une conséquence assez importante. Le juge, devant tenir compte de la bonne foi, se trouve par là même saisi de la question de savoir si le demandeur n'a pas commis un dol. C'est pourquoi le défendeur, dans les actions de bonne foi, n'est pas tenu de faire insérer l'exception de dol. Cette exception se trouve implicitement contenue dans la formule.

Source : BIU Cujas

toujours sous-entendue dans les actions de bonne foi.

C'est ce que les jurisconsultes romains expriment en disant: In bonae fidei judiciis inest exceptio doli, dans les actions de bonne foi, l'exception de dol est sous-entendue (Dig. 43,3,2I); Judicium bonae fidei continet in se doli mali exceptionem. L'action de bonne foi renferme en elle l'exception de dol (Dig. 30, De legatis I,84,5).

Bibliographie: Grosso, Recherches sur la liste des actions de bonne foi, Revue italienne pour les sciences juridiques, nouvelle série, tome III, 1928 p. 39.

B. Notion subjective de la bona fides.

La bonne foi apparaît aussi dans les sources du droit romain sous un aspect purement subjectif. Elle repose alors sur un élément interne et psychologique, la croyance. C'est ainsi que les sources parlent de possesseur de bonne foi, d'acheteur de bonne foi, de vendeur de bonne foi, pour attacher à la qualité de bonne foi certains avantages juridiques. La notion subjective de bonne foi est déjà connue du jurisconsulte Quintus Mucius Scaevola qui l'applique au vendeur (Dig. 40, 12, 23, pr.).

Chapître III.

L'EMPIRE.

La fondation de l'Empire.

La fondation de l'Empire peut être fixée en l'année 725 de Rome, 29 avant J.C., date à laquelle Octave rentra triomphalement à Rome. Mais on peut dire que l'affaire était déjà réglée en faveur d'Octave, depuis la célèbre bataille navale d'Actium, 723 de Rome, 3I avant J.C. gagnée par Octave sur Antoine.

Avec le retour triomphal d'Octave à Rome, nous assistons à l'ascension d'Octave. En 727 de Rome, 27 avant J.C. Octave reçut du Sénat le titre d'Augustus.

Pouvoirs attribués à Octave.

En 73I de Rome, 23 avant J.C. Auguste reçut la puissance tribunitienne. Enfin en 735 de Rome, 19 avant J.C. il reçut l'imperium proconsulaire.

Division de l'Empire.

L'Empire romain se divise en deux grandes périodes: d'une part, le Haut-Empire ou Principat, d'autre part, le Bas-Empire, à partir de l'avènement de Dioclétien, 284 après J.C. Conformons-nous à cette division, car au point de vue du droit, de l'état social et économique, il y a un abîme entre le Haut-Empire et le Bas-Empire.

Bibliographie générale - Albertini. L'Empire romain,

Source : BIU Cujas

1929, dans l'Histoire générale publiée sous la Direction d'Halphen et Sagnac.

Ière Période - Le Haut-Empire.

Conquêtes du Haut-Empire.

Pendant cette période, on n'enregistre pas une expansion territoriale comparable à celle qui a marqué la période républicaine. Cependant Rome a conquis la Grande-Bretagne, la Dacie, l'Arabie, le royaume des Parthes. Mais aux frontières commence la poussée des peuples barbares, en particulier des Germains.

Quels sont les facteurs économiques et moraux que nous rencontrons dans cette période ?

Les facteurs économiques.

1° - Au point de vue économique (1) nous n'assistons pas non plus à une transformation comparable à celle qui a marqué la dernière période de la République. On assiste seulement au développement de l'évolution qui y avait commencé. L'économie agricole a pris tout à fait la forme capitaliste; les grands domaines, latifundia, se sont généralisés. L'économie commerciale s'étend à toutes les parties de l'Empire, et partout y prend une grande extension.

La monnaie.

La monnaie continua à se développer. Le Principat introduisit, à l'exemple des monarchies orientales, la monnaie d'or. La pièce d'or appelée aureus valait 25 deniers d'argent. D'autre part le Principat tendit à faire de la frappe des monnaies un monopole de l'Etat. L'Empereur commença par s'arroger le droit de frapper seul les pièces d'or et d'argent, laissant au Sénat la faculté de frapper les pièces de cuivre, et aux cités et Etats conquis le droit de monnayer l'argent et le cuivre pour les besoins locaux. Cette faculté ayant entraîné des abus, l'Empereur Aurélien au IIIe siècle enleva leurs droits monétaires aux cités et au Sénat.

Influence de la philosophie grecque.

2° - Au point de vue moral, la philosophie grecque continue à exercer son attrait sur les esprits, et son influence se manifeste en particulier sur l'objet et la notion même du droit dans les oeuvres des jurisconsultes de l'époque classique.

L'objet du droit.

Sur l'objet: les préceptes du droit sont présentés comme des préceptes moraux. Voici le fameux pas-

---

(1) Lire Rostovtzeff, Social and economic history of the roman Empire, 1926; Les classes rurales et les classes citadines dans le Haut-Empire romain, Mélanges Henri Pirenne, 1926 p. 419.

Source : BIU Cujas

sage des Institutes de Justinien, livre II, titre I et 3 emprunté à un jurisconsulte de l'époque classique: Juris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere suum cuique tribuere, les commandements du droit sont les suivants: vivre honnêtement, ne pas léser autrui, rendre à chacun ce qui lui appartient.

Voici encore la définition célèbre de Celse, reproduite au Digeste, I.I.I. Jus est ars boni et aequi, le droit est l'art de ce qui est bon et juste.

Le droit naturel.

Sur la notion même du droit, nous voyons, sous le Principat, s'élaborer ce qu'on appelle le droit naturel, jus naturae, ou jus naturale, qui vient s'ajouter aux branches du droit que nous avons déjà vues, le droit civil, le droit des gens, le droit honoraire ou prétorien. L'idée d'un droit supérieur, idéal, venant de la nature et, par suite de Dieu, est due aux philosophes grecs. C'est à eux que Cicéron a emprunté sa définition célèbre de De Republica, 3.22.33: Est quaedam vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna, il est une véritable loi, droite raison, conforme à la nature, répandue dans tous, constante et éternelle. Plus loin, Cicéron ajoute: "Le droit naturel est d'institution divine. On ne peut pas proposer d'abroger cette loi.... C'est une loi éternelle et immuable; elle sera pour toutes les nations et de tous les temps". Chez les jurisconsultes de l'époque classique le droit naturel est généralement présenté comme étant le droit propre à la nature des hommes et d'inspiration divine: Institutes de Justinien (rapportent une définition empruntée à un jurisconsulte classique), I,2,II:Les institutions du droit naturel, qui sont également appliquées chez toutes les nations, étant établies par une sorte de providence divine, demeurant toujours fermes et immuables.(I)

(I) Le droit naturel se distingue donc nettement du jus gentium au sens où nous l'avons entendu plus haut(Les pérégrins): ensemble des règles applicables à tous les habitants de l'Empire. Nous voyons cependant Ulpien confondre le jus naturale avec le jus gentium, le jus naturale étant pour lui le droit naturel propre à tous les animaux y compris l'homme, le jus gentium servant à désigner le droit naturel propre aux hommes, propre au genre humain (Dig. I.I.4.) Il semble qu'Ulpien a subi à cet égard l'influence d'Aristote.
La confusion du droit des gens avec le droit naturel se trouve au XVII° siècle chez les représentants de

Source : BIU Cujas

Voici une application de ce droit naturel. L'esclavage est considéré comme une institution du droit des gens, mais on dira: c'est une institution qui n'est pas du droit naturel, car d'après le droit naturel les hommes naissent libres.

Sur la notion du droit naturel et ses rapports avec la philisophie grecque consulter l'intéressante monographie de Mr. Senn. De la justice et du droit. Paris I927, et l'article de Koschembahr - Lyskowski, "Naturalis ratio" en droit classique romain, Mélanges Bonfante, tome III, page 467.

Sur la notion du droit naturel en droit moderne, cons. Geny, Science et technique, IV, où l'on trouvera l'indication de la littérature.

La naissance du christianisme.

Cette idée d'une loi supérieure d'essence divine, la morale chrétienne la consacra de son côté. Au début du Haut-Empire se place un évènement capital pour l'histoire du monde, la naissance du christianisme. La morale du Christ fut, après sa mort, répandue par Saint-Paul, citoyen romain, qui ne connut pas J-C. mais se convertit peu d'années après sa mort. Dans sa fameuse épître aux Galates, on retrouve les accents du droit naturel des philosophes grecs et des jurisconsultes classiques, chapître III, 26 - 28: Non est Judaeus, neque Graecus, non est servus neque liber, non est masculus neque femina. Omnes enim vos unum estis in Christo Jesu: il n'y a pas de Juif ni de Grec, il n'y a pas d'esclave ni d'homme libre, il n'y a pas d'homme ni de femme. Car vous êtes tous un dans Jésus Christ.

Mais la doctrine chrétienne resta à l'état ésotérique pendant tout le Haut-Empire. Son influence sur le Droit ne commence à apparaître qu'au Bas- Empire avec Constantin..

Il reste à parler des facteurs sociaux, politiques et juridiques. Suivant notre plan nous étudierons:

Section I - L'organisation politique et les sources du droit.

Section II - L'organisation judiciaire.

---

l'Ecole du droit de la nature et des gens. Pour eux le jus gentium est un droit issu de la raison. L'école historique, avec Hugo, rendit au jus gentium sa véritable notion en le considérant non pas comme le produit de la spéculation philosophique mais comme le résultat de l'expérience.

Source : BIU Cujas

et la procédure.

Section I - L'organisation politique et les sources du droit.

Sous section I - L'organisation politique.

A. Eléments constitutifs de la société.

Nous retrouvons, avec des transformations plus ou moins importantes, les mêmes éléments que dans la période précédente. Nous les étudierons dans l'ordre suivant:

§ I - Les citoyens.
§ 2 - Les esclaves.
§ 3 - Les affranchis.
§ 4 - Les étrangers.

§ I - Les citoyens.

La répartition d'une partie des citoyens en deux classes, les nobiles et les equites, a donné naissance à la création de deux ordres: l'ordre sénatorial et l'ordre équestre.

I° - L'ordre sénatorial.

L'ordre sénatorial.

Il est constitué par tous les sénateurs actuels, et aussi par tous les sénateurs virtuels, c'est-à-dire les descendants des sénateurs. Mais par une innovation d'Auguste, nul ne peut appartenir au Sénat, s'il ne possède une fortune déterminée. Il y a donc désormais ce qu'on appelle un cens sénatorial. Auguste paraît l'avoir fixé d'abord à 800.000 sesterces en capital pour le porter ensuite à I million de sesterces.

Ses privilèges.

Les membres de l'ordre sénatorial ont quelques avantages juridiques. Ils sont soumis à une règlementation spéciale pour leur mariage. Certaines peines leur sont évitées. Depuis Marc Aurèle, ils portent le nom de clarissimi.

2° - L'ordre équestre.

L'ordre équestre

Ici encore est exigé un cens. Le cens équestre a été fixé à 400.000 sesterces en capital. Mais c'est l'empereur qui désigne, parmi les citoyens réalisant cette condition de fortune, ceux qui seront inscrits sur la liste des chevaliers.

Les membres de l'ordre sénatorial et de l'ordre équestre, ont un privilège commun. C'est parmi eux que s'effectue le recrutement des magistrats au cours de la période impériale.

Source : BIU Cujas

Du sommet de la hiérarchie, descendons dans les bas-fonds.

§ 2 - Les esclaves.

Deux faits marquent les transformations qu'a subies sous le Haut-Empire l'institution de l'esclavage:

I° Apparition de nouvelles sources de l'esclavage.

2° Adoucissement de la condition de l'esclave.

Ier Fait. Apparition de nouvelles sources de l'esclavage.

Nouvelles sources de l'esclavage.

Ces nouvelles sources sont venues remplacer les anciennes sources du droit civil, abrogées ou en désuétude. Deviennent esclaves:

I° - En vertu de l'édit du préteur, celui qui s'est laissé vendre par un compère, dans l'intention de faire établir ensuite sa liberté et de partager le bénéfice de l'escroquerie, pretii participandi gratia.

2° - Les condamnés à certaines peines, notamment aux travaux forcés dans les mines, in metallum. On les appelle les esclaves de la peine, servi poenae.

3° - Aux termes du sénatusconsulte Claudien, rendu sous l'empereur Claude, en 52 après J-C., la femme libre qui entretient des relations avec l'esclave d'autrui, malgré la défense du maître.

2ème Fait - Adoucissement de la condition de l'esclave.

La raison de ces adoucissements, que nous allons passer en revue, c'est certainement l'influence de la philosophie stoïcienne, pour laquelle l'esclavage n'était pas considéré comme une institution de droit naturel. Dans sa lettre 47 à Lucilius, Senique s'exprime éloquemment sur la condition humaine que les esclaves partagent avec leurs maîtres: servi sunt? immo homines.

Nous allons voir ces adoucissements, en étudiant successivement:

I° - Le droit des personnes.

2° - Le droit du patrimoine.

3° - Le droit d'ester en justice.

I - Le droit des personnes.

Adoucissements dans le droit des personnes.

Les esclaves finirent par être protégés contre les mauvais traitements de leur maître. Voici les mesures qui furent prises en leur faveur.

I° - La lex Petronia de I2 après J.C. défend de livrer les esclaves aux bêtes, sauf en vertu d'une décision du magistrat.

2° - Un édit de Claude dépouille de son droit de propriété le maître qui abandonne son esclave vieux et malade.

Source : BIU Cujas

3° - Une constitution d'Antonin le Pieux punit des peines de l'homicide le maître qui tue son esclave sans motif, et une autre constitution du même empereur autorise le magistrat à forcer les maîtres trop cruels à vendre leurs esclaves.

II - Le droit du patrimoine.

Le pécule en fait et en droit.

La personnalité juridique de l'esclave commence à se dégager, grâce principalement à l'institution du pécule. Nous avons vu que l'usage s'était établi de laisser à la disposition de l'esclave certains biens pour qu'il les fasse valoir. Le sort de ces biens dont l'ensemble constitue le pécule, fut réglementé par le travail de la doctrine, du préteur et de la loi. Ces biens constituent en fait entre les mains de l'esclave un véritable petit patrimoine, par conséquent, comprenant un actif et un passif, patrimoine que l'esclave administre et dont il jouit comme un véritable propriétaire. Mais en droit, c'est le maître qui en reste toujours le propriétaire. Nous verrons les conséquences de cette idée.

Si nous examinons de façon large la condition juridique de l'esclave pour le droit du patrimoine, le Haut -Empire a consacré trois grandes innovations.

L'esclave peut contracter des obligations naturelles

I° innovation. Sous l'influence de la notion du droit naturel (Ulpien au Digeste 50,I7,32: Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur; non tamen et jure naturali, quia, quod ad jus naturale attinet, omnes homines aeguales sunt, En ce qui concerne le droit civil, les esclaves sont considérés comme nuls; mais il n'en n'est pas de même par rapport au droit naturel, parce que, en ce qui regarde le droit naturel, tous les hommes sont égaux) on décida que l'esclave pourrait contracter, soit comme créancier, soit comme débiteur, des obligations jure naturali, conformément au droit naturel. Ce sont les obligations naturelles, ainsi appelées par opposition aux obligations civiles. On les retrouvera en seconde année, en droit romain et en droit civil français.

Il s'oblige civilement par ses délits.

2° innovation.- On décida que l'esclave pourrait même s'engager civilement par ses délits.

Il engage son maître par ses contrats dans certains

3° innovation. très importante- Le préteur admit que, dans certain cas, l'esclave qui se serait engagé par un contrat envers un tiers engagerait en même temps son maître vis-à-vis de ce tiers, qui pourrait en conséquence poursuivre directement le maître par une action. C'est la grande théorie dite des actions adjecticiae qualitatis. Nous étudierons cette matière, très importante pour le droit moderne également, dans

"Les Cours de Droit" 3. Place de la Sorbonne RÉPÉTITIONS ÉCRITES ET ORALES

Source : BIU Cujas

cas (actions adjecticiae qualitatis.

la deuxième partie du cours, car elle est commune à l'esclave et au fils de famille. Nous l'étudierons à propos de la condition juridique du fils de famille. A l'examen, si l'on est interrogé sur la condition juridique de l'esclave, il suffira de remplacer le fils par l'esclave, et le pater familias par le maître.

III - Le droit d'ester en justice.

La. cognitio extra ordinem est ouverte à l'esclave dans certains cas.

La nouvelle procédure qu'on voit, au cours de la période impériale, fonctionner à côté de la procédure formulaire, à savoir la procédure administrative appelée, dans son application aux procès privés, cognitio extra ordinem, fut accessible à l'esclave qui put par cette procédure porter plainte contre son maître dans les cas suivants:

I° - Quand l'esclave se droit affranchi dans un testament supprimé par les héritiers de son maître.

2° - Quand le maître viole la convention passée avec son esclave de l'affranchir moyennant une certaine somme, si l'esclave arrive à grossir son pécule, de manière à pouvoir offrir à son maître cette somme.

3° - Quand l'acheteur d'un esclave viole la convention intervenue entre l'esclave et lui. C'est le cas où un esclave s'est entendu avec un tiers, pour que ce tiers l'achète avec une somme que l'esclave lui remet et provenant de son pécule, et pour que le tiers l'affranchisse. D'après le droit civil, cet arrangement n'est pas obligatoire. Il fallut que l'autorité publique intervînt. Ce fut l'objet d'un rescrit de Lucius Verus et de Marc Aurèle, qui permit dans ce cas à l'esclave de déposer une plainte contre l'acheteur devant le magistrat.

§ 3 - Les affranchis.

Modification de l'institution des affranchis.

Les transformations que subit sous l'Empire l'institution des affranchis sont de deux sortes:

I° - Restrictions apportées à la liberté d'affranchir.

2° - Création de nouvelles catégories d'affranchis.

I - Restrictions apportées à la liberté d'affranchir (excepté en cas d'affranchissement du mancipium. Gaius I. I39)

Restrictions à la liberté d'affranchir.

Auparavant il n'existait aucune restriction aux affranchissements, bien qu'il y eût un danger social à peupler Rome de grandes masses d'affranchis. A l'époque impériale, des mesures restrictives furent prises. Ce fut l'objet de deux lois très importantes:

Source : BIU Cujas

la loi AElia Sentia, de l'année 4 après J-C.(I) et la loi Fufia Caninia , d'une date incertaine, mais certainement du Haut-Empire.

La loi Aelia Sentia.

Quelles sont les diverses restrictions apportées par ces lois à la liberté d'affranchir?

A - La loi Aelia Sentia y apporta cinq restrictions.

Esclave de moins de trente ans.

I° - Elle défendit d'affranchir un esclave âgé de moins de trente ans, sans justification d'un motif sérieux devant le consilium manumissionis, assemblée qui se réunissait sous la présidence d'un magistrat, et était composée: à Rome, de cinq sénateurs et de cinq chevaliers pubères choisis par le magistrat; dans les provinces, de vingt récupérateurs citoyens romains. (Gaius I.20). Si la légitimité du motif était reconnue par le consilium manumissionis, l'affranchissement devait avoir lieu par la vindicte.

Maîtres de moins de vingt ans.

2°- La loi Aelia Sentia défendit aux maîtres âgés de moins de vingt ans d'affranchir leurs esclaves sans justification d'un motif sérieux, apprécié par le consilium manumissionis. On voulait empêcher que le caprice d'un enfant ou d'un jeune homme ne peuplât la cité d'affranchis.

L'affranchissement devait avoir lieu par la vindicte, si la légitimité des motifs était reconnue.

Si l'affranchissement était fait autrement, ou sans justification de motif, il était déclaré nul (Gaius, I.4I).

Réforme de Justinien.

Cette seconde restriction subsista pleinement jusqu'à Justinien aussi bien pour les affranchissements testamentaires que pour les affranchissements entre vifs. Justinien la supprima pour les affranchissements testamentaires.

Esclaves châtiés en captivité.

3° - La loi Aelia Sentia défendit d'affranchir les esclaves qui auraient subi en captivité un châtiment grave.

Affranchissement en fraude des créanciers.

4° - Elle interdit l'affranchissement fait en fraude des créanciers du maître, in fraudem creditorum. L'édit du préteur s'était occupé déjà des actes faits par un débiteur en fraude des droits de ses créanciers. C'est l'objet de la fameuse action Paulienne, passée dans le code civil français, art. II67. Mais les affranchissements irrévocables par leur nature, échappaient à cette disposition de l'édit du préteur. Le préteur n'o-

---

(I) Sur la loi Aelia Sentia, cons. en dernier lieu Baseler, Revue de la Fondation Savigny, 1927, p. 356.

Source : BIU Cujas

sa pas les déclarer nuls. Il fallut l'intervention de la loi. La loi Aelia Sentia déclara que, dans ce cas, l'affranchissement serait nul.

5° - La loi Aelia Sentia annula les affranchissements faits en fraude des droits du patron, in fraudem patroni. (Gaius,I.37.). Le patron avait droit à la succession de son affranchi mort sans enfant. L'affranchi, n'ayant pas d'enfant, qui affranchissait par testament un de ses esclaves causait donc à son patron un préjudice, résultant de ce que le bénéfice du droit de succession du patron était diminué de la valeur de l'esclave(I).

ou en fraude des droits du patron.

B - La loi Fufia Caninia, qui semble bien avoir été promulguée sous Auguste, restreignit le nombre des affranchissements testamentaires à cent. On ne pouvait pas par testament affranchir plus de cent de ses esclaves. La loi Fufia Caninia déclare nuls les affranchissements faits en plus. Cette interdiction aurait pu donner lieu à une fraude ingénieuse: on aurait pu éviter l'annulation des affranchissements au-delà de cent esclaves en écrivant les noms des esclaves en rond. La loi a songé à cette fraude. Elle déclare que si le testateur avait écrit les noms des esclaves en rond, de façon qu'il n'y eût ni premier, ni dernier, tous resteraient esclaves. (Gaius I.46).

La loi Fufia Caninia limite à I00 les affranchissements par testament.

Justinien ne comprit plus que la loi Fufia Caninia empêchait le maître de dépouiller ses héritiers. Emporté par un vain amour-propre de se faire de la popularité, il abrogea la loi Fufia Caninia.

Son abrogation par Justinien.

II - Création de nouvelles catégories d'affranchis.

Sous le Haut-Empire furent créées deux nouvelles catégories d'affranchis:

1°- Celle des affranchis latins juniens.
2° -Celle des affranchis déditices.

Nouvelles catégories d'affranchis.

I -Les affranchis latins juniens.

Cette catégorie d'affranchis doit son double nom aux deux faits suivants. Ils s'appellent latins, parce que la condition juridique de ces affranchis a été calquée sur celle des latins coloniaires. Ils s'appellent Juniens, parce qu'ils ont été créés par la lex Junia, dont on peut placer la date au début de l'Empire (Gaius I.22). Nous étudierons successivement:

Les affranchis latins juniens.

(I) Cons. en dernier lieu Schulz, L'affranchissement fraudatoire en droit romain classique et Justinien. Rev. de la Fondation Savigny, (1928 p. I97.)

Source : BIU Cujas

1° - Les sources de la qualité d'affranchi latin junien.

2° Condition juridique des affranchis latins juniens.

3° Acquisition du droit de cité par les affranchis latins juniens.

I- Les sources de la qualité d'affranchi latin junien.

Sources:

Sont affranchis latins juniens:

Esclaves affranchis sans formes.

1° - Les esclaves qui ont été affranchis par leur maître sans que celui-ci ait eu recours à une des trois formes d'affranchissement légales: la vindicte, le cens, le testament.

Dans ce cas, l'affranchissement est nul jure civili, l'esclave n'est pas libre en droit. Il le devenait en fait, en raison d'une tolérance du maître, qui pouvait toujours prendre fin. Aussi le préteur, sans doute ému de reviremens scandaleux, était-il déjà intervenu dans la période précédente, en déclarant dans son édit qu'il refuserait dans ce cas la vindicatio in servitutem au maître oublieux de sa parole. C'est un cas de denegatio actionis. L'esclave restait ainsi libre de fait jusqu'à la mort. La loi Junia décide que cet esclave affranchi sans forme sera libre en droit, mais sera latin junien.

ou par un propriétaire bonitaire.

2° - Les esclaves affranchis par un maître qui n'avait sur eux que la propriété prétorienne, ou bonitaire, propriété très importante pour le droit moderne que nous étudierons dans la seconde partie du cours. En effet, l'esclave ne pouvait être affranchi que par un maître qui avait sur lui la propriété quiritaire. Le propriétaire bonitaire ne pouvait pas affranchir valablement. Le préteur déclara dans son édit que, dans ce cas, l'esclave resterait libre de fait jusqu'à la mort, et la loi Junia décida qu'il deviendrait libre en droit, mais serait latin junien.

L'esclave de moins de trente ans affranchi sans motif sérieux.

3°- En vertu de la loi AElia Sentia, postérieure par conséquent à la loi Junia, l'esclave âgé de moins de trente ans, affranchi sans justification d'un motif sérieux devant le consilium manumissionis, devient aussi affranchi latin junien.

II - Condition juridique des affranchis latins juniens.

Ils ont le commercium restreint.

Leur condition est moins bonne que celle des affranchis citoyens romains. Elle a été calquée sur celle des latini coloniarii. Ils sont donc privés des droits politiques et du conubium. Ils ont le commercium, mais avec des restrictions importantes. Ils ont

Source : BIU Cujas

Ils ne peuvent tester, ni recevoir par testament.

bien le droit de jouer un rôle quelconque dans un testament, soit comme témoins, soit comme bénéficiaires. Mais la loi Junia leur enleva ce qu'on appelle le jus capiendi directo, c'est-à-dire que, à moins d'être devenus citoyens romains du vivant du testateur, ou dans les cent jours de son décès, il ne recueillaient pas le bénéfice des libéralités testamentaires.

Cette loi leur dénia aussi le droit de tester. Les biens que l'affranchi latin junien laissait en mourant revenaient comme un pécule d'esclave au patron ou à ses héritiers, mais le patron n'était pas tenu de payer sur sa fortune personnelle les dettes de l'affranchi.

ni être tuteur.

Cette loi empêcha aussi les affranchis latins juniens de devenir tuteurs testamentaires.

Toutes ces incapacités, confrontées avec celles des latins coloniaires, montrent que la condition des affranchis latins juniens était inférieure à celle des latins coloniaires.

III - Acquisition du droit de cité par les affranchis latins juniens.

L'accès du droit de cité leur était largement facilité. Ils acquéraient la cité par huit modes différents, énumérés par Ulpien, Regulae, 3,I, et qui se rattachent à des idées diverses: tantôt en vertu des faveurs faites au mariage et à la fécondité, tantôt à raison de services rendus à l'administration de la ville de Rome, en matière de police, de voirie, d'alimentation par exemple, le fait d'exploiter un moulin, tantôt par la répétition dans les conditions légales de l'affranchissement irrégulier, enfin en vertu d'un privilège impérial.

Mode d'acquisition de la cité.

II - Les affranchis déditices.

1° - Sources de la qualité d'affranchi déditice.

2° - Condition juridique des affranchis déditices.

I - Sources de la qualité d'affranchi déditice.

Cette catégorie d'affranchis a été créée par la loi AElia Sentia, qui défend d'affranchir les esclaves qui avaient subi en captivité un châtiment grave. Dans le cas où il serait passé outre à cette interdiction; elle décide que ces esclaves devien - dront affranchis déditices. On les appela ainsi parce qu'on leur appliquait la condition juridique des pérégrins déditices, c'est-à-dire des peuples qui, soumis par Rome, s'étaient rendus à discrétion.

Source de la qualité d'affranchi déditice.

Source : BIU Cujas

II Condition juridique des affranchis déditices.

Ils ont la condition des pérégrins déditices.

La condition juridique des affranchis déditices était à plusieurs égards inférieure même à celle des pérégrins déditices. Comme ces derniers, ils n'ont pas de droit de politiques, il n'ont ni conubium, ni commercium; il ne peuvent pas tester car ils n'appartiennent à aucune cité. (Gaius, I.25). Il ne sont donc soumis à aucune loi propre, mais seulement au droit des gens.

Ils sont interdits de séjour.

De plus à la différence des pérégrins déditices, il leur est défendu de paraître à Rome, ou dans un rayon de cent milles autour de Rome. Ils sont interdits de séjour. En cas de contravention, ils perdent la liberté et leurs biens, et ils sont attribués au peuple romain, et vendus avec la clause expresse: qu'ils ne pourront jamais plus être affranchis. Le maître qui méconnaîtrait cette clause les feraient retomber sous l'esclavage du peuple romain.

On comprend donc pourquoi Gaius. I.26. dit en parlant des affranchis déditices, qu'ils avaient la plus mauvaise condition d'homme libre, pessima libertas.

§ 4 - Les étrangers.

Les latins et les pérégrins avant Caracalla.

Jusqu'à l'Empereur Caracalla se maintint la distinction des latins et des pérégrins. Aux uns comme aux autres, de grandes facilités continuèrent à être données en vue de l'acquisition du droit de cité. Nous retrouvons les deux procédés; le bienfait de la loi, et la naturalisation. En ce qui concerne le bienfait de la loi, la plupart des modes qui s'appliquaient aux affranchis latins juniens devaient s'appliquer aux latins ordinaires et aux pérégrins.

Les naturalisations.

Sous le Haut-Empire des naturalisations abondantes de pérégrins furent faites par les empereurs, comme l'atteste le grand nombre de Claudii, Flavii, Aelii, qu'on rencontre dans les inscriptions provinciales, c'est-à-dire naturalisés par Claude, etc... La naturalisation était ainsi accordée.

Généralisation du droit de cité sous Caracalla (212°

1° - Aux soldats de la troupe auxiliaire, au moment de leur congé, pour récompenser leurs loyaux services.

2° - Aux provinciaux, afin de pouvoir les enrôler dans les légions romaines, où seuls les citoyens romains pouvaient servir.

Sous le règne de Caracalla, se produisit un évènement qui eut un grand retentissement dans tout

Source : BIU Cujas

l'empire : c'est la généralisation du droit de cité qui fut conféré à tous les habitants de l'empire. Ce fut l'objet d'un édit célèbre, appelé constitutio Antoniniana, d'Antonin Caracalla, rendue en 212 après J.C..

Le papyrus de Giessen n° 40.

On a cru en reconnaître le texte grec dans un papyrus égyptien conservé à l'Université de Giessen, et appelé Papyrus de Giessen, numéro 40 § I est publié dans les Textes de Girard, 5° édition, page 203.

Aujourd'hui certains auteurs se montrent beaucoup plus hésitants en ce qui concerne ce papyrus. On rencontre ces doutes dans la thèse allemande de Bickermann, l'Edit de l'Empereur Caracalla d'après le papyrus de Giessen numéro 40, Berlin 1926, et dans des articles de Sanctis, Revue de philologie italienne 1926 pages 488 et suivantes, intitulé: La "Novella" del papiro di Giessen, et de Heichelheim, Philolog Wochenschrift, 1928, p, 1197. Ces auteurs déclarent qu'il n'est pas sûr du tout que ce papyrus donne le texte de la célèbre constitution de Caracalla. Il s'agirait d'un édit complémentaire qui aurait été promulgué en 213 en faveur des Barbares implantés dans l'Empire (contre cette thèse Fleury, compte rendu de Bickermann dans la Revue Histoire du Droit, 1928, p, 268 et suiv; L'écrivain, compte rendu du même ouvrage dans la Revue historique, tome 157 (1927), p, 403; Wenger, Archiv. für Kulturgeschichte; XIX, p, 37 et suivantes; P.M. Meyer, Rev. Fondation Savigny, 1928 p, 595.

En tout cas ce papyrus est dans un tel état de mutilation et il se prête à des interprétations si diverses qu'il nous semble n'avoir rien ajouté de nouveau pour la connaissance du problème que pose la constitution de Caracalla: quelle a été la portée exacte de cette constitution?

Portée de l'Edit de Caracalla.

Nous nous contenterons donc de donner les résultats qui sont le plus communément admis.

1° - Avec l'Edit de Caracalla disparaît la distinction juridique des latins et des pérégrins.

2° - L'édit renferme expressement certaines restrictions. Ne furent pas admis au bénéfice de l'édit de Caracalla, ni les affranchis latins juniens, ni l'ensemble des déditices: à savoir les citoyens romains condamnés à la peine de déportation qui, sous l'empire, a remplacé l'interdiction de l'eau et du feu de la période républicaine, puis les pérégrins déditices, enfin les affranchis déditices.

Connaissant les élements constitutifs de la

Source : BIU Cujas

société romaine, étudions les différents pouvoirs de gouvernements.

B - Les différents pouvoirs de gouvernements.

Nous rencontrons sous le Haut-Empire, les trois rouages déjà rencontrés à l'époque républicaine: la magistrature, les comices et le sénat, mais avec de grands changements.

I - La magistrature.

Le premier magistrat, celui qui devait éclipser tous les autres, c'est le prince, princeps, l'empereur (I). Il concentre sur sa tête tous les pouvoirs. On voit donc se reformer la concentration des pouvoirs de l'époque royale. Cette concentration résulte de la fusion de deux puissances:

L'empereur concentre tous les pouvoirs sur sa tête.

I° - La puissance tribunicienne. Mais il s'agit ici de la puissance tribunicienne illimitée dans le temps comme dans l'espace. Elle est conférés au prince par le peuple, dans une loi qui porte le nom technique de lex de imperio votée par acclamation par le peuple sur la proposition du Sénat. Un exemple nous est parvenu, Girard, Textes, page IOO. En vertu de ce vote, l'Empereur était inviolable, placé au dessus de tous les magistrats.

Il a la puissance tribucienne illimitée (Lex de imperio).

2° - La puissance proconsulaire. Elle se rattache à l'institution de la prorogatio imperii de l'époque républicaine. Mais il s'agit ici de la prorogatio imperii illimitée dans le temps comme dans l'espace et seul de tous les magistrats l'Empereur à l'imperium militiae. Il a donc le commandement exclusif de toutes les troupes, le droit exclusif de nommer à tous les grades, de conclure les traités, de faire la paix et la guerre. Il reçoit la puissance proconsulaire du Sénat et de l'Armée. On peut dire que la personne de l'Empereur eclipse celle de tous les autres magistrats, qui ne sont que ses satellites.

et la puissance proconsulaire illimitée.

A Rome nous retrouvons les mêmes magistrats que ceux de l'époque républicaine. Mais le rôle de certains est très réduit. Les consuls ne font en somme que présider le Sénat; leurs attributions sont devenues purement honorifiques. Le système de la prorogatio imperii continue à fonctionner pour les consuls et les préteurs, mais les magistrats prorogés n'ont

Les consuls président le Sénat.

(I) L'idée suivant laquelle l'Empereur est un magistrat est depuis Mommsen l'opinion dominante. Elle est combattue par Francisci dans son article La costituzione Augusta, Mélanges Bonfante, I,P,33.

Source : BIU Cujas

plus qu'un imperium civil. Nous sommes ainsi amenés à parler de l'organisation des provinces à l'époque du Haut-Empire.

Distinction des provinces

On rencontre deux sortes de provinces; les provinces sénatoriales, et les provinces impériales.

Les provinces sénatoriales.

I° - Les provinces sénatoriales provinciae populi sont les anciennes provinces pacifiées: Sicile, Sardaigne devenue plus tard impériale, Bétique ou Espagne ultérieure, Illyrie, Macédoine, Achaïe, Asie, Bithynie (jusqu'en I35 après J.C.), Crète et Cyrénaïque, Afrique. Elles étaient administrées par des gouverneurs portant le titre de proconsuls. Ils étaient tirés au sort, pour l'Asie et pour l'Afrique, parmi les anciens consuls, et pour les autres provinces, parmi les anciens préteurs, mais ils portent tous le titre de proconsuls, qu'ils soient recrutés parmi les anciens consuls ou parmi les anciens préteurs. Ces gouverneurs sont des magistrats purement civils.

Les provinces impériales.

2° - Les provinces impériales sont celles où le maintien de l'ordre exigeait la présence de troupes. Elles se divisent en deux groupes:

légatoriennes.

a - Les provinces dites légatoriennes: Espagne citérieure, Aquitaine, Lyonnaise, Belgique, etc... Elles étaient administrées par des légats de rang sénatorial, qui sont les représentants directs de l'empereur, et voici leur titre exact: legati Augusti pro praetore, et ils portent alors le titre de propréteurs. Outre l'administration de la justice, les légats avaient l'administration financière et le commandement des troupes au nom de l'empereur.

équestres ou procuratoriennes.

b - Une deuxième variété de provinces impériales beaucoup moins connue, ce sont les provinces dites équestres ou procuratoriennes: Norique, Rhétie, Thrace, Judée (En l'an 6 après J.C.et seulement pendant un certain temps), etc... administrées par des préfets ou des procurateurs impériaux, de rang équestre. (Cf. la nouvelle d'Anatole France: "Le procurateur de Judée").

L'Egypte.

Parmi les provinces impériales, l'Egypte occupe une place à part. Elle était comprise aussi dans la part du prince, mais elle fut traitée d'une façon spéciale. La tradition monarchique et bureaucratique des Ptolémées, l'étendue des domaines royaux dont la propriété passa naturellement à l'empereur considéré comme le successeur des rois d'Egypte, déterminèrent Auguste à administrer l'Egypte comme son bien propre (1)

(1) - Contra Van Groningen, L'Egypte et l'Empire. Etude de droit public romain, Aegyptus VII (I926) p. I89 et s.

Source : BIU Cujas

Il y était représenté comme un propriétaire par son intendant, par un chevalier qui portait le nom de praefectus Aegypti et nul personnage de rang sénatorial ne pouvait entrer en Egypte sans la permission expresse de l'Empereur (Sur cette exclusion, Levi, Aegyptus V (1924) p. 231.

II.- Les comices.

Décadence des comices.

Nous rencontrons la même variété de comices que sous la période républicaine: comices par curies, par centuries, par tribus. Mais leurs pouvoirs deviennent de moins en moins importants. Nous allons le voir en les passant en revue.

Ils perdent leurs pouvoirs judiciaires sous Auguste.

1° - Le pouvoir judiciaire des comices s'évanouit complètement sous Auguste, par suite du développement de la procédure criminelle des quaestiones perpetuae qui remplaça le système de la provocatio ad populum. Nous renvoyons à la section relative à l'organisation judiciaire et à la procédure: Procès criminels.

Leur pouvoir électoral sous Tibère.

2° - Le pouvoir électoral des comices survécut sous Auguste, mais il leur fut enlevé et transféré au Sénat, dès la première année du règne de Tibère, I4 ap. J.C.

Leur pouvoir législatif sous Nerva.

3° - Le pouvoir législatif des comices s'éteignit peu à peu. Il est encore actif sous Auguste et dans la première moitié du règne de Tibère. La dernière loi comitiale fut votée sous Nerva. Cependant le pouvoir législatif se maintint dans l'acte qui conférait à l'empereur la puissance tribunitienne, la lex imperio.

III - Le Sénat.

Attributions électorales et législatives du Sénat.

Le Sénat a hérité, nous l'avons vu, du pouvoir électoral des comices. Il hérita aussi jusqu'à un certain point de leur pouvoir législatif. Nous renvoyons sur ce point aux sources du droit. Les sénatus consultes

Autres attributions du Sénat.

Le Sénat a des attributions judiciaires (qu'il partage avec le prince) en matière criminelle (renvoi); des attributions administratives: il administre les provinces sénatoriales; des attributions financières importantes: il administre le trésor public, qui porte le nom technique d'aerarium, et dont les revenus proviennent principalement des provinces sénatoriales. Le trésor public s'oppose au trésor du prince, qui porte le nom technique de fiscus.

Autres attributions judiciaires administratives.

financières: Il administre le trésor public. (aerarium)

Ainsi, si nous laissons de côté les pouvoirs absolument négligeables des comices, comme pouvoirs de gouvernement sous le Haut-Empire, nous rencontrons l'Empereur et le Sénat. D'où le nom de dyarchie (ou gouvernement à deux) donné au régime du Principat. Mais bien

Source : BIU Cujas

La dyarchie.

que le pouvoir du prince s'équilibre au début avec celui du Sénat, il tendit à l'emporter sur celui du Sénat. De bonne heure, le prince, en vertu de son imperium proconsulaire, s'immisça dans l'administration des provinces du Sénat et, au point de vue financier, non seulement le prince augmenta toujours les recettes du fisc, aux dépens des recettes de l'aerarium, mais dès le premier siècle après J.C., sous Néron, il arriva à devenir aussi pleinement maître du trésor public, auquel il mit des préfets de son choix pour l'administrer (praefecti aerario) que de son trésor privé. Ainsi s'ouvre la marche vers la monarchie absolue.

Le pouvoir du prince finit par l'emporter sur celui du Sénat.

II. - Les sources du droit.

Nous rencontrons les mêmes sources que celles déjà étudiées sous la République, auxquelles sont venues s'adjoindre deux sources nouvelles; les senatus consultes et les constitutions impériales.

1° - La coutume.

La coutume, usus, mos, consuetudo, continue à créer du droit nouveau et à abroger du droit ancien.

La coutume.

Chez les jurisconsultes de l'époque classique la coutume est présentée comme une sorte de loi tacitement consentie: Hermogenien au Dig. 1,3, De legibus, frag. 35, velut tacita civium conventio. Pour eux la différence entre la loi et la coutume réside en ce que tandis que, par la loi écrite, le peuple exprime directement et ouvertement sa volonté, il la révèle, non moins effectivement, mais silencieusement, dans la coutume. Julien, Dig. I,3 frag. 32, § 1.

Sur la coutume en droit romain, consulter en dernier lieu: Steinwenter, article mores dans le Pauly Wissowa et article dans les Mélanges Bonfante, II p. 421 et suiv.

Sur la coutume en droit moderne, consulter Gény, Méthodes d'interprétation, I, p. 316 et suiv. et en ce qui concerne le rôle de la coutume en droit public interne Réglade, Thèse Bordeaux 1919.

2° - La Loi.

La liste presque complète des lois votées sous le Haut-Empire est donnée par Girard dans son Manuel. Nous retrouverons celles de droit privé. Elles sont très nombreuses encore sous Auguste, puis elles se raréfient. La dernière loi relative au droit privé est la lex Claudia sur la tutelle des femmes rendue sous Claude (41 à 54 après J.C.).

La Loi.

3° - Les édits des magistrats.

Jusqu'à Hadrien, se maintient la pratique antérieure. Mais en fait, sinon en droit, les magis-

Source : BIU Cujas

trats se contentaient purement et simplement de reproduire dans leur édit la pars translaticia, qui constituait la tradition. Il n'y avait plus de pars nova.

Disparition de la pars nova des édits.

Sous Hadrien, une codification de l'Edit fut faite par le grand jurisconsulte Salvius Julianus. Les sources (Code Tost, 2,19,4) donnent à cette codification le nom d'edictum perpetuum, Edit perpétuel (nouveau sens du mot).

La codification de l'Edit par Salvius Julianus.

Il règne encore des obscurités sur la date exacte de la codification de l'Edit. On sait seulement qu'elle fut faite sous Hadrien (117 à 138). On a voulu pousser l'investigation plus loin. Ici encore, Girard s'est livré au même travail que pour essayer de déterminer la date exacte de la loi Aebutia. Ce fut l'objet d'une communication à l'Académie des inscriptions et belles lettres, reproduite dans le Journal des savants, et, avec tout l'appareil de preuves en notes, dans la Nouvelle Revue Historique, 1910, page 5, article reproduit dans les Mélanges de Girard, Paris 1912, page 214. Girard est arrivé à fixer deux dates extrêmes entre 125 et 128. Mais ces dates paraissent difficiles à admettre, et Girard lui-même s'en est aperçu. Dans son édition des Textes de 1923, il donne, comme beaucoup plus probables, les années 134 à 138.

Date de la codification de l'Edit.

Quoi qu'il en soit, l'oeuvre de Salvius Julianus fut ratifiée par un sénatus consulte.

Portée de la codification de l'Edit.

Quelle a été la portée exacte de la réforme de Salvius Julianus ? Pour ce qui est des pouvoirs des magistrats, en quoi vont-ils être diminués par cette rédaction ? Il est certain que les magistrats, même après la codification de l'édit, ont conservé le jus edicendi, le droit de publier un édit à leur entrée en charge. Mais ils ont perdu en droit le pouvoir d'insérer des clausulae novae.

Les magistrats ne peuvent plus insérer de clausulae novae.

Pour ce qui est des magistrats dont l'édit fut codifié, il n'y a aucun doute pour l'édit du préteur urbain et l'édit des édiles curules. Il y a doute pour l'édit du préteur pérégrin et l'édit des gouverneurs de provinces. On est réduit, pour ces deux sortes de magistrat, aux conjectures. Sur l'édit provincial, renvoyons à l'article de Partsch, paru dans la revue Hermes, 1908.

Magistrats dont l'édit est codifié.

Enfin, quant à la composition de l'édit perpétuel, il y a un changement par rapport à l'édit tel qu'il se présentait avant la codification (cons. Girard, articles Nouv. rev. hist. 1904, Mélanges

Composition nouvelle de l'Edit.

Source : BIU Cujas

Bekker reproduits Mélanges de Girard). Auparavant, l'Edit comprenait deux parties.

1° - Le corps général de l'Edit contenant les édicta au sens étroit du mot.

2° - Des formulaires contenant les formules d'interdits, d'exceptions, de stipulations prétoriennes, en même temps que les formules des actions prétoriennes.

Réforme de Salvius Julianus.

Salvius Julianus a extrait du formulaire les formules d'actions prétoriennes, pour les mettre à la suite de chaque edictum qui les promettait, et il a fait suivre la formule de l'action prétorienne de la formule de l'action civile correspondante. Par exemple, nous étudierons cette année, le droit de propriété. Le droit Romain a connu deux grandes sortes de droit de propriété: la propriété quiritaire, sanctionnée par la revendication, et la propriété prétorienne sanctionnée par une action prétorienne, l'action Publicienne, A la suite de l'edictum où il accordait sa protection au propriétaire prétorien, venait la formule de l'action publicienne, puis la formule de l'action en revendication.

Reconstitution de l'Edit perpétuel par Lenel.

Cet Edit perpétuel, oeuvre de Salvius Julianus, ne nous est pas parvenu. Mais on a essayé, comme pour la loi des XII Tables, de le reconstituer. Le problème avait été abordé plusieurs fois, notamment par Rudorff en 1866. "Aussi, écrit Girard (art. précité, Nouvelle Revue Historique 1904: Mélanges de Girard, I, 1912, page 250) lorsque, en 1880, l'Académie de Munich proposa comme sujet de concours l'étude des formules d'actions, d'interdits, d'exceptions et de stipulations contenues dans l'Edictum perpetuum, le choix fut critiqué, comme se rapportant à une question épuisée, sur laquelle il n'y avait plus rien à dire. Et cependant, sur ce sujet, tant de fois traité, avec les mêmes instruments dont s'étaient servi ses devanciers, un jeune Privatdocent de Leipzig c'est le titre en Allemagne des Professeurs qui ne sont pas encore titulaires, comme les agrégés chez nous), Monsieur Lenel, en reprenant le problème dans sa totalité, composa une oeuvre toute pleine de faits nouveaux et de révélations imprévues, l'un des livres les plus importants, probablement le plus important pour l'histoire du droit romain, qui ait paru dans le dernier tiers du XIX° siècle. "C'est un grand maître de la science romanistique française, qui rend ainsi hommage à un grand maître de la science du droit romain en Allemagne, dont le monde entier en

Source : BIU Cujas

1930 a fêté le quatre-vingtième anniversaire.

Editions de l'ouvrage de Lenel.

La première édition allemande de l'ouvrage de Lenel, Essai de reconstitution de l'Edit perpétuel, a paru en 1883, et fut suivie d'un certain nombre d'articles publiés dans la Revue de la Fondation Savigny, de 1883 à 1899. —

En 190I- 1903, une traduction française fut donnée par Frédéric Peltier. Il ne s'agit pas seulement d'une simple traduction, mais d'une nouvelle édition, faite avec le consentement de Lenel.

Une deuxième édition allemande a paru en 1907 et une troisième en 1927.

Quelle a été la méthode utilisée par Lenel, pour ressusciter la physionomie de l'Edit perpétuel ?

La méthode des inscriptions.

C'est la méthode dite des inscriptions; qui consiste à regrouper les fragments du Digeste, en tenant compte des indications contenues dans l'inscription de ces fragments. Exemple: D.I.4, De in jus vocando, fr. 2, Ulpien, livre 5 de son Commentaire sur l'Edit. On a ainsi reconstitué l'ordre des matières étudiées par les jurisconsultes dans leurs commentaires sur l'Edit, ordre qui, en principe, est l'ordre même de l'Edit. On trouvera l'indication des différents titres et des différents edicta de l'Edit perpétuel dans Girard, Textes, pages 137 et suivantes.

L'Edit perpétuel de Salvius Julianus renfermait:

Les deux parties générales de l'édit.

1° - Le corps principal de l'Edit contenant les edicta au sens étroit, plus les formules d'actions.

2° - Trois appendices renfermant les formules d'interdits, d'exceptions et de stipulations prétoriennes.

Les quatre parties du corps général de l'Edit.

Le corps général de l'Edit, divisé en 45 livres, comprenait 4 parties:

1° - La première partie contenait les matières relatives à l'organisation de l'instance. Comme la loi des XII Tables, l'Edit commence par la Procédure. C'est dans cette partie que figurait le titre De edendo (titre 3) et le titre De in jus vocando (Titre 5) déjà rencontrés au cours.

La deuxième partie renfermait les matières relatives aux différents droits qui peuvent composer le patrimoine d'une personne.

La troisième partie contenait les différents moyens de droit, disposés dans leur ordre économique.

La quatrième partie concernait l'exécution des jugements. D'abord était étudiée l'exécution sur la personne, puis venait l'exécution sur les biens,

Source : BIU Cujas

pour laquelle se rencontrait le titre Quibus ex causis in possessionem eatur (titre 38) que nous avons déjà évoqué au cours.

4° - Les sénatusconsultes.

Evolution du pouvoir législatif du Sénat.

Le Sénat a hérité du pouvoir législatif des comices. Mais il n'a pas acquis d'emblée la plénitude de ce pouvoir. Il y a eu des étapes intéressantes à retracer. D'où plusieurs phases de cette évolution.

1° Phase: Le Sénat intervient au moyen d'injonctions adressées au préteur. C'est le système des exceptions dites civiles.

Les injonctions au préteur.

Exemple: le sénatusconsulte Velléien, un des plus célèbres, rendu en 46 ap. J.C., qui a joué un grand rôle dans l'ancien droit français. Le texte en est reproduit au Digeste 16,I. Ad senatusconsultum

Le S.C. Velléien.

Velleianum, 2.I. Nous y rencontrons le passage suivant: Arbitrari Senatum recte atque ordine facturos (eos) ad quos de ea re in jure aditum erit, si dederint opera ut in ea re Senatus voluntas servetur, le Sénat pense que ceux auxquels on s'adressera in jure au sujet d'une affaire sur la matière traitée par le Senatusconsulte agiront bien et convenablement, s'ils apportent leurs soins à ce que la volonté du Sénat soit respectée.

2° Phase. Les Sénatusconsultes sont des lois.

2° Phase: Le Sénat se montre plus hardi. Sous le règne d'Hadrien, à partir du sénatusconsulte. Tertullien, qui a établi un droit de succession de la mère vis à vis de ses enfants, on peut dire que les sénatusconsultes sont devenus de véritables lois et à ce titre, constituent une source importante du droit civil. Gaius, I.4: le sénatusconsulte est ce que le Sénat ordonne et établit, et cela à force de loi, idque legis vicem obtinet.

3° Phase: Les Orationes principis.

3° - Enfin une troisième phase nous met en présence d'un conflit entre le Sénat et le prince. Le prince, jaloux du pouvoir législatif du Sénat, s'efforce d'attirer à lui la puissance législative du Sénat. Dans cette phase, c'est moins le Sénat que le prince qui légifère par voie de sénatusconsulte. Dans les deux phases précédentes, les sénatusconsultes étaient déjà le plus souvent précédés d'une proposition du Prince au Sénat (Oratio principis in Senatu habita, proposition du prince tenue dans le Sénat). Un bel exemple d'oratio principis nous est offert par la Table Claudienne, inscription découverte à Lyon et renfermant une partie du discours de Claude à l'appui de sa proposition tendant à faire obtenir aux notables de la Gaule chevelue (Gallia Comata) l'éligibilité aux magistratures romaines. La Table Clau-

Source : BIU Cujas

dienne a été publiée récemment avec un commentaire par M. Philippe Fabia, professeur à la Faculté des Lettres de Lyon, sous le titre: La Table Claudienne, Lyon, 1929.- Voir aussi les deux orationes de Claude du Papyrus B.G.U. n° 6II (Textes de Girard, p. 134).

A partir de cette troisième phase, c'est cette oratio principis qui devint la chose essentielle, la ratification du Sénat par voie de sénatusconsulte n'étant plus qu'une simple formalité. Aussi voit-on les sénatusconsultes appelés jusqu'alors senatusconsulta, être désignés sous le nom d'orationes. Exemples: l'oratio Severi (Septime Sévère) de 195, sénatusconsulte très important, relatif à l'aliénation des biens des mineurs; l'oratio Antonini (Antonin Caracalla) de 206 sur les donations entre époux.

Disparition des Sénatusconsultes au III° siècle.

Après le commencement du III° siècle, on ne rencontre plus de sénatusconsultes. C'est le prince qui exerce la plénitude du pouvoir législatif.

De quelle façon les sénatusconsultes étaient-ils désignés ?

Désignation des sénatusconsultes.

Cela variait suivant les circonstances. Tantôt ils portaient le nom du consul qui avait donné son nom à l'année, au cours de laquelle il avait été rendu. Exemple: le sénatusconsulte Trébellien, tantôt le nom du particulier dont la conduite l'a provoqué. Ex. le Sc. Macédonien, rendu pour interdire le prêt d'argent aux fils de famille. Le nom de ce Sc. vient de Macedo, jeune fils de famille qui, harcelé par ses créanciers, alla jusqu'à tuer son père. Enfin, certains Sc. portent le nom du prince sous le règne duquel ils ont été rendus: Sc. Claudien, Sc. Néronien.

5° - Les Constitutions impériales.

Diverses sortes de Constitutions impériales. Leur portée.

On distingue plusieurs espèces de constitutions impériales, constitutiones principum, quant à leur objet et quant à leur autorité respective.

Mandata.

1° - Les mandata, instructions individuelles adressées à des fonctionnaires déterminés, par exemple à un gouverneur de province. Le caractère de ces mandata, c'est leur relativité. Ces instructions ne s'imposent qu'au fonctionnaire auquel elles ont été adressées, et pas à leur successeur.

Edicta.

2° - Les edicta sont, en quelque sorte, des édits symétriques à ceux des magistrats et comme eux affichés sur un album. Ils étaient obligatoires pour tout l'Empire pendant la vie de l'empereur qui les avait rendus.

Decreta.

3° - Les decreta sont les jugements rendus

Source : BIU Cujas

par l'empereur soit en appel, soit en premier ressort en vertu de son droit d'évocation. Ces décrets s'imposaient aux parties seulement, en vertu des règles de l'autorité relative de la chose jugée.

Rescripta. 4° - Les rescripta, ou rescrits. Ce sont des réponses faites par l'empereur à des points de droits à des magistrats ou à de simples particuliers. Quand elles sont faites à de simples particuliers, elles portent le nom technique de subscriptiones, parce que la réponse était mise à la suite de la requête, écrite en dessous. Au contraire, quand la réponse est adressée à un magistrat, on employait un procédé moins cavalier. Une lettre de l'empereur était envoyée, d'où le nom d'epistulae donné à ces rescrits. Les rescrits devinrent très nombreux à partir d'Hadrien, parce que, l'édit perpétuel ayant été codifié, les progrès du droit ne pouvaient plus provenir des magistrats. Ils provinrent de l'initiative des empereurs par le moyen des rescrits.

La procédure par rescrit. Les rescrits s'imposaient au juge de l'affaire pour laquelle ils avaient été rendus. Ils ont même été l'origine d'une procédure spéciale, appelée la procédure par rescrit, où le rescrit conditionnel, délivré par la chancellerie impériale, joue un rôle analogue à celui joué par la formule dans la procédure formulaire. Sur cette procédure par rescrit, qui a joué un rôle très important à l'époque impériale, on consultera la thèse de Mr. Andt. La procédure par rescrit, Paris 1920.

Le pouvoir législatif est reconnu à l'Empereur sous Hadrien. Telles sont les diverses constitutions impériales, et telle fut leur autorité première. En principe, elles n'ont donc pas dès le début force de loi. Avec la prolongation et la consolidation de l'Empire, les idées se modifièrent. Le pouvoir législatif fut reconnu à l'empereur sous Hadrien (Pomponius au Digeste, I. II.II. § II et 12), et les jurisconsultes font découler le pouvoir législatif de l'empereur de la lex de imperio. C'est ce que nous apprend expressément Gaius, 1.5.

Distinction de la constitutio generalis et de la constitutio personalis. Lorsque les constitutions impériales eurent ainsi obtenu force de loi, il fut nécessaire de rechercher quelle avait été l'intention du prince, en rendant soit un décret, soit un rescrit, un jugement ou une réponse à un particulier. Avait-il voulu restreindre la règle nouvelle au cas particulier dont il était saisi ? Dans ce cas, la réponse était appelée constitutio personalis. Avait-il au contraire voulu poser une règle de principe s'étendant à l'a-

Source : BIU Cujas

venir ? Dans ce cas on lui donnait le nom technique de constitutio generalis, et elle avait alors le caractère d'universalité qui est le propre de la loi.

Le rescrit de Gordien.

Comment savait-on si on avait affaire à une constitutio personalis ou generalis ? Cette question restait mystérieuse, jusqu'à la découverte d'un document important, faite en 1890 en Thrace dans la ville de Scaptoparène. Il s'agit d'un rescrit rendu par l'empereur Gordien en réponse aux habitants de cette ville, qui lui demandaient son avis sur un point de droit. Girard, Textes, page 205. Ce n'est pas par le fond que ce rescrit est surtout intéressant, mais parce que, tel qu'il nous est parvenu, il est précédé d'un procès-verbal de copie: ex libro libellorum rescriptorum a domino nostro et propositorum Romae in porticu Thermarum Trajanarum, copie extraite du registre des rescrits rendus par notre maître l'empereur Gordien et affichés à Rome au portique des Thermes de Trajan.

La portée générale résulterait de l'affichage.

Sur la donnée de ce document, on a construit la théorie suivante relativement à la question de savoir quand un rescrit avait le caractère général, ou quand il avait le caractère personnel. C'était l'affichage qui résolvait cette question. Quand l'Empereur voulait donner à un rescrit une portée générale dans l'avenir pour tous les particuliers dans le mêmecas, il le faisait afficher. Au contraire, s'il n'y avait pas d'affichage, le rescrit restait un document propre au particulier qui l'avait sollicité. Presque tous les auteurs aujourd'hui admettent cette interprétation. Cependant certains auteurs interprêtent autrement le procès-verbal de copie de l'inscription de Scaptoparène. Par exemple, d'après Mr. Jörs, auteur d'un des derniers manuels de droit romain parus en Allemagne, 1927, page 13, tout rescrit délivré par la chancellerie impériale aurait été affiché à Rome publiquement, de sorte que celui qui avait sollicité de l'empereur le rescrit pût en prendre copie.

6° - L'interprétation doctrinale ou science du droit.

Continuation de la phase de systématisation.

Continuons dans la période du Principat l'histoire de l'interprétation doctrinale , de la science du droit. La dernière phase à laquelle était arrivée, à Rome, sous la période précédente, la science du droit, c'est la phase de systématisation. C'est ce caractère systématique que l'interprétation doctrinale va continuer à avoir sous le Principat.

Au début de l'Empire, les jurisconsultes romains se divisèrent en deux écoles, et quand une

Source : BIU Cujas

Les deux écoles de Jurisconsultes: Proculiens et Sabiniens.

école disait blanc, l'autre disait noir. Ces deux écoles célèbres et rivales sont:

1° - L'école proculienne, fondée par le jurisconsulte Labéon, dont le successeur fut Proculus, d'où le nom donné à l'école et aux disciples, les Proculiens.

2° - L'école sabinienne, fondée par Capiton, dont le successeur fut Sabinus, qui donna son nom à cette école et à ses membres, les Sabiniens.

Chaque école engendra un nombre considérable de Jurisconsultes. Il fallait s'affilier à l'une ou à l'autre. Dans l'école proculienne, nous rencontrons: Neratius, les deux Celse; dans l'école sabinienne, Javolenus, Salvius Julianus, Pomponius, Gaius.

La période du droit classique.

La distinction de ces deux écoles ne se prolongea guère au-delà du règne d'Hadrien. A l'époque des Sévères se place la belle époque pour la science du droit. C'est celle où fleurit le droit classique. Il y a eu une véritable pléiade de jurisconsultes. Retenons seulement les trois noms suivants:

Papinien.

Papinien, Aemilius Papinianus, qu'on appela le premier jurisconsulte romain. Il fut préfet du prétoire sous Septime Sévère, et eut une fin dramatique. Il fut tué sur l'ordre de Caracalla en 212 ou 213, pour n'avoir pas voulu faire l'éloge du meurtre de Géta.

Ulpien.

Ulpien, Domitius Ulpianus, fut assesseur du préfet du prétoire Papinien sous le règne commun de Septime Sévère et de Caracalla (205 à 211), puis sous le règne de Caracalla et de Géta (211 à 212). Il joua un rôle assez effacé sous Caracalla, fut proscrit sous Elagabal, et fut préfet du prétoire sous Alexandre Sévère, dont il fut le principal conseiller, de 222 à 226, année où il mourut dans une émeute de prétoriens. Il a écrit la plupart de ses ouvrages sous le règne de Caracalla.

Paul.

Paul, Julius Paulus, élève de Quintus Cervidius Scaevola et un peu plus âgé qu'Ulpien, eut une carrière assez symétrique à celle d'Ulpien. Il fut assesseur du préfet du prétoire Papinien, puis banni sous Elagabal, puis préfet du prétoire sous Alexandre Sévère. Malgré cette similitude de carrière, Paul a consacré beaucoup plus de temps à la science du droit Il travailla sans interruption depuis Commode jusqu'à Alexandre Sévère, pendant un demi-siècle, tandis que toute l'oeuvre d'Ulpien est enfermée dans un délai de cinq ans. Aussi Paul a-t-il fourni une somme de travail fantastique. Il a écrit environ 90 ouvrages.

Source : BIU Cujas

Quels étaient les ouvrages que les jurisconsultes étaient appelés à faire ?

Ouvrages composés par les jurisconsultes.

C'était d'abord des recueils de consultations données aux particuliers; puis des commentaires sur l'édit, d'où on a tiré le plan de l'édit perpétuel; puis des ouvrages de droit civil pur, relatifs à des matières autres que les formules de droit civil étudiées dans les commentaires sur l'édit, puis les digesta, sortes d'encyclopédies juridiques, dans lesquelles se trouvaient fusionnées les matières de l'édit et celles du droit civil; enfin des ouvrages élémentaires, appelés Institutiones, Institutes, ou Regulae, Règles.

Comment les ouvrages de ces jurisconsultes nous sont-ils parvenus ?

Ils nous sont parvenus par deux voies différentes:

La plupart de ces ouvrages nous sont parvenus indirectement: Les extraits insérés au Digeste de Justinien.

1° - Par une voie indirecte. C'est en premier lieu le cas des extraits de ces ouvrages, qui nous sont parvenus par l'intermédiaire du Digeste de Justinien, qui n'est qu'une vaste compilation des ouvrages des jurisconsultes classiques. On a essayé, c'est encore un des beaux travaux de Lenel, de reconstituer matériellement ces ouvrages tels qu'ils ressortent des extraits fournis par le Digeste. On trouve les résultats de ces travaux dans la Palingenesia juris civilis de Lenel.

Les Sentences de Paul.

C'est en second lieu le cas des Sentences de Paul, qui, dans l'opinion communément admise, constituent un ouvrage original du jurisconsulte Paul (Voir en dernier lieu sur la question l'article de M. Ernst Levy dans la Revue de la Fondation Savigny 1930, p. 272 et suiv.) et qui nous sont parvenus à la fois par des fragments insérés au Digeste et par un extrait contenu dans la loi romaine des Wisigoths ou Bréviaire d'Alaric.

Quelques-uns directement:

2° - Certains ouvrages nous sont parvenus directement par des manuscrits indépendants. Parmi ces ouvrages, citons en premier lieu, les Institutes de Gaius, découvertes en 1816 sur un manuscrit palimpseste de la bibliothèque de Vérone. Ce manuscrit contenait les oeuvres de St Jérôme, mais on avait gratté ce manuscrit, qui contenait originairement les Institutes de Gaius, pour copier par dessus les oeuvres de St Jérôme . C'est l'historien allemand Niebuhr qui fait cette découverte sensationnelle et qui procéda au déchiffrement du texte de Gaius. Jusqu'alors, les Institutes de Gaius n'étaient connues

Les Institutes de Gaius.

Source : BIU Cujas

que par des extraits du Digeste de Justinien et par un abrégé (Epitome) inséré dans la loi romaine des Wisigoths ou Bréviaire d'Alaric. Une lecture plus complète du Manuscrit de Vérone put être faite en 1866-1868 par Studemund.

Sur les Institutes de Gaius, renvoyons à un article des plus importants de Mr. Charles Appleton, Revue Historique de droit, 1929, page 197 et suivantes où l'auteur a essayé de fixer la date de la publication des Institutes de Gaius. Il est arrivé à démontrer d'une manière très satisfaisante qu'elle était antérieure à 154 ou 155, et postérieure à 138 après J.C. D'autre part, il a démontré que le texte que nous possédons, quoique parvenu directement, n'est pas complètement pur. Il y a des glossèmes et de véritables interpolations.

Les Règles d' Ulpien.

Un autre ouvrage nous est parvenu directement les Règles d'Ulpien, qui constituent un petit traité élémentaire en un livre, Liber singularis Regularum, qui, en dehors de quelques extraits reproduits au Digeste, nous est connu par un abrégé, Epitome, du IV° ou du V° siècle, reproduit dans un manuscrit écrit en Gaule au X° siècle, ou à la fin du IX° siècle. Ce manuscrit a une histoire. On le possédait au XVI° siècle et il a servi à faire des éditions imprimées de ce petit traité, par exemple l'édition de Jean du Tillet. Puis ce manuscrit a disparu jusqu'au jour où il a été retrouvé à la bibliothèque du Vatican, Manuscrit 1128 du fonds de la reine Christine. La dernière édition de ce Libor singularis a été donnée en 1926 par Schulz. Ce petit traité élémentaire suit le plan des Institutes de Gaius, si bien qu'un auteur italien, Arangio Ruiz, dans un article du Bulletin de l'Institut de droit romain, 1917, page 192, est allé jusqu'à soutenir que cet Epitome ne serait en réalité qu'un abrégé des Institutes de Gaius faussement attribué à Ulpien. Mais cette thèse a été réfutée par Schulz, édition précitée, p. 11.

Comment les écrits des jurisconsultes ont-ils pu devenir une véritable source du droit ?

A quelle époque les consultations des jurisconsultes ou réponses des prudents sont-elles devenues une sour-

Cette question ne concerne que les réponses faites par les jurisconsultes à des questions de droit posées par des particuliers, c'est-à-dire ne vise que les consultations juridiques demandées par les plaideurs. Mais jusqu'à maintenant ces consultations juridiques, ces réponses des prudents (responsa prudentium) ne nous étaient apparues que comme une simple interprétation doctrinale. Or, nous savons que ces consultations ont fini par devenir une

Source : BIU Cujas

ce du droit ?

véritable source du droit.

A quelle époque exactement ces réponses sont-elles ainsi devenues une source du droit ?

Les auteurs ne sont pas d'accord sur ce point. L'obscurité résulte de la contradiction entre deux textes, et il faut opter pour l'un ou pour l'autre.

Le passage de Gaius.

1° - D'après un texte des Institutes de Gaius, 1.7. "Les réponses des prudents sont les avis et les opinions de ceux auxquels il a été permis de fonder le droit. Lorsque ces jurisconsultes sont tous d'accord, leurs décisions ont la même autorité que la loi. C'est là ce que signifie le rescrit du divin Hadrien."

Le passage de Pomponius.

2° - Un fragment de Pomponius, au Digeste 1.2.2.48 et 49, nous apprend qu'Auguste ou Tibère a donné à certains jurisconsultes le jus publice respondendi, c'est-à-dire le titre officiel de jurisconsultes diplômés, de sorte que l'opinion exprimée par l'un de ces jurisconsultes devait lier le juge de l'affaire au sujet de laquelle il avait été consulté. Puis, à la fin du § 49, Pomponius nous apprend qu'Hadrien a rendu un rescrit, par lequel il refusa le jus publice respondendi à des personnes qui le lui demandaient.

A qui faut-il accorder confiance ? A Gaius, qui affirme que les réponses des prudents ont depuis Hadrien une force obligatoire semblable à celle de la loi, donc s'exerçant dans tous les procès, quels qu'ils soient ? Ou à Pomponius, qui nous apprend que sous Hadrien n'existait encore que le jus publice respondendi ne valant que pour une affaire déterminée ? Les auteurs sont divisés. Il paraît impossible de résoudre le problème.

Section II - Organisation judiciaire et procédure.

Extension de la procédure administrative.

C'est une matière très importante, et tout à fait personnelle à Mr. Fliniaux, Nous allons assister, hors de son domaine propre, aux empiètements de la procédure administrative, dont nous avons déjà retracé les grands traits distinctifs dans la période précédente, dans des domaines qui lui étaient restés jusque-là en partie ou complètement étrangers.

Le domaine propre de la procédure administrative, ce sont les procès administratifs. Cette

Source : BIU Cujas

procédure continue naturellement à fonctionner sous le Principat dans tous les procès de cette espèce, par exemple, en matière fiscale, spécialement en ce qui concerne les procès qui pouvaient s'élever entre l'aerarium, le trésor public, et les particuliers. Ces procès étaient de la compétence des praefecti aerario, fonctionnaires préposés à l'administration du Trésor public, créés au nombre de deux sous Néron, en 56 après J.C. Parmi les procès de la compétence des praefecti aerario, citons les procès ayant pour objet des pétitions d'hérédité fiscales, quand le trésor public revendiquait la succession de certains particuliers, par exemple, les biens vacants, bona vacantia. Nous possédons un document de la plus haute importance relatif à ces procès, le Sc. Juventien que nous retrouverons pour les pétitions d'hérédité civiles ou privées, Sc. rendu en 129 après J.C. , sous Hadrien et dont le texte nous est parvenu au Digeste, 5,3. De Hereditatis petitione 20.

Les procès administratifs.

Les praefecti aerario.

Au cours du Haut-Empire, la procédure administrative allait, d'une part, prendre une plus grande extension dans le domaine des procès criminels, et d'autre part, pénétrer dans le domaine des procès relatifs au droit privé. C'est ce que nous allons voir en étudiant successivement:

1° - Les procès criminels.
2° - Les procès relatifs au droit privé.

I - Les procès criminels.

Ils ne sont jamais étudiés dans les manuels de droit romain. Nous allons assister aux origines de la cour d'assises moderne.

Le système de la provocatio ad populum, étudié sous la période précédente, satisfit pendant assez longtemps aux besoins de la communauté. Mais les magistrats qui appliquaient le droit pénal en arrivèrent à négliger leur mission vis-à-vis des délinquants de droit commun, tandis que les procès politiques aux mains des tribuns de la plèbe allèrent croissant. Ces vices de la procédure pénale amenèrent sa réforme radicale dans le dernier siècle de la République, au VII° siècle de Rome. A ce moment apparaît le système nouveau des quaestiones perpetuae. (1).

Apparition des quaestiones perpetuae au VII° siècle.

---

(1) Sauvaire - Jourdan, Des quaestiones perpetuae, Thèse Grenoble 1894. Les quaestiones perpetuae, Annales Univ. Grenoble, VII, 1895, p. 143 et suiv.

Source : BIU Cujas

Leurs caractères.

Voici les caractères de cette nouvelle procédure pénale. Dorénavant le procès se déroule devant un jury, entre un demandeur et un défendeur, sous la présidence d'un magistrat. Le demandeur, qu'on appelle l'accusator, c'est un particulier qui représente la communauté. Le défendeur, c'est l'accusé.

Elles apparaissent en matière de concussion.

L'institution des jurys criminels (quaestiones perpetuae) n'a pas été créée par une loi générale de procédure, mais introduite, et d'abord en matière de crime de concussion, repetundae, vingt ans avant les Gracques, par Lucius Calpurnius Pison, surnommé "l'honnête", nous dit Cicéron, frugi, un des rares adjectifs latins indéclinables. Il fut consul en 62I de Rome, 133 avant J.C., et censeur en 634 de Rome, 120 avant J.C.

Leur développement.

Cette nouvelle forme de procédure a été ensuite étendue par d'autres lois spéciales, avec maintes divergences de détails, à une série d'autres crimes et délits (Cicéron, De officiis, II, 2I, 75).

Enfin dans la période impériale, le domaine de la nouvelle procédure fut définitivement délimité sous Auguste par la fameuse loi Julia judiciorum publicorum.

Les six quaestiones perpetuae sous Sulla.

A l'époque de Sulla, il y avait six quaestiones perpetuae, fonctionnant pour les matières suivantes:

1° - Les repetundae, le crime de concussion par où le système a commencé . (1)

2° - Le sacrilège et le péculat, vol de deniers publics commis par un administrateur, d'abord le vol de troupeaux (pecus) appartenant à l'Etat.

3° - Le meurtre.

4° - L'ambitus, la brigue, la corruption électorale.

5° - Le crime de lèse-majesté.

6° - Le faux.

Elles sont présidées par des préteurs.

La direction de ces jurys appartenait à la préture, Sulla, en effet, avait, en portant le nombre des préteurs à huit, dont deux exerçaient la juridiction civile, affecté les six autres aux six quaestio-

---

(1) Un sénatusconsulte, sous Auguste, organisé en matière de repetundae, à côté de la quantio perpetua, une autre procédure. La teneur de ce senatusconsulte nous a été rapportée par le cinquième des édits d'Auguste, conservés dans l'inscription récemment découverte dans l'antique Cyrène en Lybie (Voir plus loin). Cons. Wenger et Stroux, monographie citée plus loin, p. 13; p. 112.

Source : BIU Cujas

nes perpetuae de son époque.

ou un juré (quaesitor).

Plus tard, la présidence put être confiée à un des jurés en qualité de quaesitor.

La procédure accusatoire.

La procédure suivie dans les quaestiones perpétuae est ce qu'on appelle la procédure d'accusation Les termes techniques servant à désigner l'introduction de la procédure sont, du côté de l'accusateur, nomen deferre, indiquer le nom de l'accusé, aux fins de son inscription sur la liste des accusations, et du côté du magistrat, nomen recipere, recevoir le nom permettre son insertion dans la liste des accusations

Inscriptio et subscriptio.

sur un registre spécial tenu au tribunal. Cette insertion portait le nom technique d'inscriptio. Cette inscriptio mentionnait, après l'indication de la date, et du magistrat qui dirigeait la procédure les noms de l'accusateur et de l'accusé, la loi pénale qu'on reprochait à l'accusé d'avoir violée, et très brièvement le délit prétendu. C'est la subscriptio.

La citation.

Puis il y avait lieu par le magistrat à la citation de comparaître, vocatio, après un certain délai laissé à l'accusateur pour rassembler les preuves, inquisitio.

Cas d'absence des parties.

Au jour fixé pour les débats, si l'accusateur fait défaut, la cause est rayée du rôle. Si l'accusé ne répond pas à l'appel, il est condamné après des débats sommaires(procédure par défaut, contumace). Les Romains connaissaient l'institution de la détention préventive.

Cas où les parties sont présentes.

Si les deux parties sont présentes, la procédure s'ouvre par les plaidoiries, d'abord de l'accusateur, aujourd-hui le ministère public, puis de l'accusé ou de ses avocats. Les plaidoiries sont suivies d'un

Marche de la procédure.

échange de questions et de réponses entre les parties, appelées altercatio, et la procédure se termine par les laudationes, éloge oral ou écrit de la personne de l'accusé par des personnages influents, aujourd'hui les témoins à décharge. Enfin les jurés, après avoir prêté serment, sont invités à voter. Le sort de l'accusé est entre leurs mains. Le président leur pose la question Chaque juré a reçu au préalable une tablette enduite de cire, tabella, sur laquelle est inscrite d'un côté la lettre A (absolvo), et au verso la lettre C (condemno).

Le verdict.

Ayant effacé l'une des deux lettres, chaque juré dépose sa tablette dans une urne, sitella. Le président fait le dépouillement des votes, et prononce le verdict. D'après la majorité des voix, il absout ou condamne. Cela ressemble beaucoup à notre système actuel.

Compétence du Sénat et de l'Empereur

Pour les affaires de la compétence des quaestiones perpetuae, on rencontre aussi la juridiction cri-

Source : BIU Cujas

minelle facultative du Sénat et de l'Empereur, qui ne peuvent se voir imposer la connaissance d'une affaire. Nous avons amorcé cette question en parlant des pouvoirs judiciaires du Sénat.

La poursuite d'office (cognitio)

Lorsqu'on est en dehors du domaine des quaestiones perpetuae, ou lorsque le système de l'accusatio n'est pas possible (Par exemple, il ne se présente pas d'accusator, ou celui qui se présente est déchu du droit d'accuser) on voit alors toujours fonctionner le système de la cognitio, avec les mêmes caractères que sous la période républicaine. C'est ce qu'on appelle, par opposition au système accusatoire, le système de la poursuite d'office par le magistrat.

Extension de la procédure accusatoire aux provinces.

Toutefois cette remarque est importante, on voit, du champ des quaestiones perpetuae, la procédure de l'accusation pénétrer dans la cognitio. Cela, s'est produit dans les provinces où jamais n'a fonctionné le système des quaestiones perpetuae. La procédure accusatoire s'appliqua de bonne heure dans les procès criminels se déroulant devant le gouverneur de la province.

La cognitio devient la procédure de droit commun au III° siècle.

L'institution des quaestiones perpetuae disparut avant la fin du Haut-Empire. Leur existence ne peut plus être établie après l'époque d'Alexandre Sévère au commencement du III° siècle après J-C.. Elles perdirent d'abord le jugement des peines capitales. Quand ce système disparut, c'est le système de la cognitio qui devint la procédure criminelle de droit commun.

L'Empereur.

Cette cognitio en matière criminelle appartient en principe à l'Empereur. Tantôt l'Empereur statue avec l'aide de son conseil, consilium principis, tantôt il renvoie l'affaire devant le Sénat, qui n'a plus à cette époque une juridiction criminelle propre, mais agit par délégation de l'empereur, sauf pour les procès criminels de l'un de ses membres. L'affaire peut aussi être portée devant un magistrat quelconque spécialement commis pour juger telle affaire criminelle.

Les préfets du prétoire. Le préfet de la ville.

Enfin l'empereur fait d'avance une délégation générale pour un groupe d'affaires, en bloc à certaines catégories de fonctionnaires. Parmi ces fonctionnaires qui ont une délégation générale pour certains procès criminels on rencontre d'abord les préfets du prétoir , puis le préfet de la ville.

Le préfet de la ville, praefectus Urbi, doit être avec soin distingué d'un magistrat de

Source : BIU Cujas

l'époque républicaine, qui porte le même nom; il s'agit ici du praefectus Urbi impérial. Cette institution avait été créée par Auguste pour faire régner l'ordre dans Rome. Il se décida à choisir parmi les consulaires un homme qu'il chargea de cette mission. Cette nouvelle magistrature ne fut que temporaire sous Auguste. Elle ne devint permanante que sous Tibère. Tibère, passant loin de Rome les onze dernières années de sa vie, nomma praefectus Urbi Lucius Piso, qui assura cette charge pendant 20 ans. (Suétone, Vie de Tibère, chap. 42)

Il est chargé de maintenir l'ordre.

Le praefectus Urbi ne fut pas créé par Auguste et Tibère pour rendre la justice, mais simplement pour maintenir l'ordre et la tranquillité publique dans Rome. La capitale contenait un peuple immense et, comme toute grande ville cosmopolite, elle servait de refuge à une foule de gens sans aveu ni domicile venus de tous les pays, en quête de coups à faire. Certains quartiers, comme Suburre, étaient devenus de véritables coupe-gorge. Le préfet de la Ville était donc essentiellement (c'était sa seule fonction lors de sa création) le chef suprême de la police à Rome, l'ancêtre immédiat du préfet de police d'aujourd'hui. Mais pour que cette surveillance générale fût efficace, il fallait que le préfet de la ville eût, non seulement un droit de police préventive, mais le pouvoir de sévir contre ceux qui ne se conformeraient pas à ses ordres. Aussi Auguste et ses successeurs donnèrent-ils au praefectus Urbi une juridiction criminelle lui permettant de juger extra ordinem, par la procédure dite administrative, sommaire, rapide, certains procès criminels. Sa juridiction criminelle augmenta progressivement, si bien que, à l'époque des Sévères, il était devenu le Juge criminel de droit commun.

Il est le chef suprême de la police.

Il a une juridiction criminelle extra ordinem.

Quelle est exactement la procédure de la cognitio?

C'est la procédure de l'accusation, qui est employée toutes les fois qu'elle est possible. Elle fonctionne parallèlement au système de la poursuite d'office, si bien que le droit romain nous offre les deux types fondamentaux de la procédure criminelle moderne: le système de la procédure accusatoire et le système de la poursuite d'office qui devait devenir la procédure dite inquisitoire du droit canonique (d'où le nom de l'Inquisition), procédure écrite, secrète.

Procédure accusatoire et poursuite d'office.

Origine de la procédure criminelle moderne.

Le système moderne français nous appa-

Source : BIU Cujas

raît comme un fusion de ces deux types de procédure. Nous renvoyons aux développements de l'ouvrage de droit pénal de Vidal et Magnol, page 763 et suivantes: Le système mixte (à la fois accusatoire et inquisitoire). L'Angleterre et les pays Anglo-Saxons ont conservé le pur système accusatoire.(Cf. la pièce de théatre, Le procès de Mary Dugan). Le procès criminel romain à l'époque du Haut- Empire, dont nous avons retracé les grandes lignes a une nature administrative qui a été admirablement dégagée par Wlassak dans une monographie très importante: L'accusation et la fixation du procès dans le droit criminel des Romains, 1917, Mémoires de l'Académie des sciences de Vienne, partie philosophique et historique, tome 184.

Caractère administratif du procès criminel romain.

II - Procès relatifs au droit privé.

Les deux systèmes de procédure en matière civile.

Nous allons assister aux empiètements de la procédure administrative dans ce domaine, qui paraissait devoir lui être toujours fermé. En matière civile, nous rencontrons sous le Haut-Empire deux systèmes différents de procédure.

I° - Un système de droit commun, appelé d'une expression forgée par les interprètes, et qui n'est pas dans les sources, système de l'ordo judiciorum privatorum, c'est-à-dire le système de procédure soumis à un ensemble de formes régulières. C'est le seul système que nous avons rencontré jusqu'ici, le seul qui fonctionne en matière civile sous la période républicaine, et qui s'incarne dans la procédure formulaire.

L'ordo judiciorum privatorum.

2° - Un système d'exception, appelé le système de la cognitio extra ordinem, système de procédure, comme l'indique la terminologie, en marge de l'ordo judiciorum privatorum, en dehors des formes régulières des instances civiles, et cette procédure d'exception n'est que l'application, faite à la solution des litiges privés, de la procédure dite administrative.

La cognitio extra ordinem.

Après avoir fait un parallèle entre les caractères généraux de la procédure de l'ordo judiciorum privatorum et ceux de la cognitio extra ordinem, nous nous efforcerons de délimiter les domaines d'application respectifs de ces deux espèces de procédure à l'époque du Principat.

I - Parallèle entre les caractères généraux de la procédure de l'ordo et ceux de la cognitio extra ordinem.

Source : BIU Cujas

A - Caractères généraux de la procédure de l'ordo.

Nature contractuelle du procès soumis à l'ordo.

L'idée directrice, c'est la nature foncièrement contractuelle du procès soumis à l'ordo. Un tel procès, en effet a à sa base un véritable accord entre les parties. La nécessité de cette entente a pour conséquence nécessaire l'affaiblissement de la liberté d'action du magistrat, déjà restreinte par ailleurs, quant à la durée, par suite de la division de l'instance en deux phases, in jure et apud judicem. Ce sont les parties peut-on dire, qui, dès le début, mènent véritablement le procès.

Les parties mènent le procès.

C'est ainsi que:

Le demandeur assure la comparution du défendeur.

1° - Le magistrat n'intervient pas activement dans la citation en justice. C'est au demandeur qu'il appartient d'assurer la comparution de son adversaire in jure. S'il ne veut pas recourir contre lui au procédé brutal de l'in jus vocatio, il essaiera d'obtenir de lui un engagement préalable de comparution, vadimonium extrajudiciaire.

Pas de défaut in jure.

2° - Si le défendeur ne comparaît pas, le procès ne peut pas naître. En effet, dans le système de l'ordo, on ne rencontre pas de procédure par défaut in jure.

La litis contestatio.

3° - La liaison du procès par laquelle se termine la phase in jure, la litis contestatio, apparaît comme ayant sa source dans le concours des volontés des deux plaideurs.

L'exécution est assurée par le demandeur.

4° - Enfin l'activité des parties reste aussi au premier plan pour l'exécution de la sentence. Cette exécution doit être mise en branle par le demandeur lui-même au moyen du système de l'actio judicati.

Voilà un ensemble de traits caractèristiques découlant d'une idée générale: la nature essentiellement contractuelle du procès.

Pour compléter la physionomie du procès soumis à l'ordo, ajoutons (du point de vue externe) un autre trait distinctif.

La calendrier judiciaire.

Quand il s'agissait d'un procès soumis à l'ordo, on ne pouvait pas statuer n'importe quel jour sur de tels procès. C'est le système du calendrier judiciaire.

B - Caractères généraux de la cognitio extra ordinem.

Le procès extra ordinem est unilatéral.

L'idée directrice est différente. C'est l'idée de l'aspect unilatéral du procès se déroulant en dehors des règles de l'ordo, extra ordinem. C'est le magistrat qui mène le procès d'un bout à

Source : BIU Cujas

l'autre. Il n'y a plus division de l'instance en deux phases. C'est le magistrat qui tranche lui-même le litige ou bien le fait trancher par un délégué qui, dans les sources, porte les noms techniques de judex datus, ou de judex pedaneus. Il faut avoir bien soin, car c'est une confusion que font beaucoup de personnes, de distinguer ce judex délégué du magistrat, du judex du procès de l'ordo dans la phase apud judicem, du judex electus.

Les conséquences qui découlent de cette idée directrice constituent autant de règles qui sont le contrepied des règles de l'ordo.

Intervention du magistrat dans la citation.

I° - Le magistrat intervient plus ou moins activement dans la citation en justice. Le plus activement ce sera quand on emploiera le système dit de l'evocatio, application du système général du droit de vocatio, avec les formes spécialisées suivantes: La denuntiatio, sommation faite au défendeur de comparaître devant le magistrat tel jour, adressée par le magistrat, par l'intermédiaire d'un de ses appariteurs. C'est le procédé employé quand le défendeur habite là où est le tribunal; les litterae, on envoie une lettre contenant l'assignation au magistrat municipal de la cité dans laquelle habite le défendeur, avec prière adressée à ce magistrat de faire la sommation, enfin l'edictum. On ne sait pas où est le défendeur. On affiche un édit à la porte du tribunal.

La denuntiatio. Les litterae. l'édictum.

Mais le magistrat peut intervenir un peu moins activement dans la citation. C'est le système de la denuntiatio dite semi-officielle. Le demandeur doit obtenir préalablement du magistrat ce que nous appelons aujourd'hui le permis de citer (usité aujourd'hui dans des cas exceptionnels. Code procédure civile, art. 72), la citation proprement dite pouvant être faite soit par le magistrat lui-même, soit par le demandeur. D'où le nom de denuntiatio semi-officielle, pour désigner en matière de citation cette collaboration du magistrat et du demandeur. Elle a été dégagée récemment par M. André Boyé Professeur à Bordeaux et au Caire, dans sa thèse remarquable, La denuntiatio introductive d'instance sous le Principat, Bordeaux 1922.

La denuntiatio semi-officielle.

2° - En cas de non comparution du demandeur, une procédure par défaut est maintenant possible. A la suite de plusieurs citations répétées du défendeur, restées infructueuses, vient l'edictum peremptorium, à la suite duquel le magistrat pourra passer outre, et rendre une sentence soit

La procédure par défaut (edictum peremptorium).

Source : BIU Cujas

de condamnation, soit d'absolution.

Pas de litis contestatio.

3° - Il n'y a pas d'institution de la litis contestatio. Cette expression est restée complètement étrangère à la cognitio extra ordinem du Principat.

Ses effets rattachés à l'introduction de l'instance.

Tous les effets engendrés par la litis contestatio dans le procès par formule: transmission de l'action aux héritiers, détermination du montant de la condamnation, ont été rattachés dans la procédure extra ordinem, en principe, à l'introduction de la demande en justice. Voir l'article de Mr. Fliniaux Revue Historique de droit, 1923, pages 98 et suivantes.

Le magistrat assure l'exécution de la sentence.

4° - Le magistrat peut faire exécuter sa décision en employant la force, manus militaris. Il pourra aussi user de tous les procédés de contrainte administrative qu'il a à sa disposition : amendes, mulctae, qu'il ne faut pas confondre avec les poenae; prises de gages, pignora.

Enfin, d'un point de vue externe, un dernier trait est à enregistrer. Tout au moins jusqu'à Marc -Aurèle, les procès se déroulant extra ordinem ne sont pas soumis au système du calendrier judiciaire.

II - Domaines d'application respectifs de la procédure de l'ordo et de la cognitio extra ordinem sous le Principat.

I - Domaine d'application de la procédure de l'ordo.

Magistrats judiciaires de l'ordo.

Le système de l'ordo est applicable en principe à tous les procès civils, avec les mêmes autorités judiciaires que sous la période républicaine, à savoir:

1° - A Rome, le préteur urbain et le préteur pérégrin, les édiles curules.

2° - Dans les provinces, les gouverneurs et les questeurs.

3° - En Italie et dans les provinces, les magistrats municipaux, les duoviri.

Depuis le loi Julia, les legis actiones ne survivent que dans deux cas.

Depuis le loi Julia judiciorum privatorum rendue sous Auguste, la procédure formulaire fut déclarée exclusivement applicable, sauf dans deux cas, où exceptionnellement la procédure des legis actiones fut maintenue, comme nous l'apprend Gaius, 4.31:

1° - En matière de damnum infectum.

Source : BIU Cujas

2° - Pour les affaires jugées par le tribunal des centumvirs, compétent spécialement en matière de pétition d'hérédité.

II - Domaine d'application de la cognitio extra ordinem.

Nous étudierons de façon concomitante l'organisation judiciaire et la procédure. En effet, pour déterminer les cas dans lesquels on voit intervenir les formes administratives dans la solution des litiges privés, il suffit de passer successivement en revue les différents magistrats ou fonctionnaires de l'époque impériale. Nous verrons que, si les changements furent restreints à Rome et en Italie, ils eurent une plus grande étendue dans les provinces.

I - A Rome et en Italie.

L'empereur.

Au sommet de la hiérarchie, nous rencontrons l'empereur. L'empereur aurait pu, s'il l'avait voulu substituer partout en premier ressort la procédure administrative à la procédure de l'ordo, en évoquant à lui tous les procès de l'Empire; il ne l'a pas fait. Alors la question se pose: Qu'a-t-il fait pour ce qui est de l'appel?

Le procès de l'Ordo comportent-ils l'appel.

Il n'est nullement certain que l'appel devant le tribunal de l'empereur; admis dès le début de l'Empire pour les décisions rendues extra ordinem par les magistrats et leurs délégués, l'ait été également pour les procès civils institués, conformément à l'ordo, par la délivrance de formules. Cependant la thèse contraire a été soutenue par M. Ernest Perrot, dans sa thèse de doctorat: L'appel dans la procédure de l'ordo judiciorum privatorum, Paris 1907.

Les consuls jugent certaines affaires ,extra ordinem.

On rencontre ensuite les consuls. Sous la République, les attributions des consuls leur interdisaient absolument de s'immiscer dans les contestations privées. On leur avait enlevé la juridiction contentieuse. Au contraire, sous le Principat, ils interviennent, mais suivant la procédure administrative, dans un certain nombre d'affaires privées, pour la solution de plusieurs desquelles ils furent suppléés par des préteurs administratifs, statuant aussi comme eux extra ordinem.

La plus importante est la matière des fidéicommis, libéralités testamentaires particulières qui s'opposent aux legs. Institutes de Gaius, 2,278, et Institutes de Justinien, 2.23. I (Ce dernier texte contient un petit historique de la

Source : BIU Cujas

procédure des fideicommis sous le Principat) (1)

Les préteurs fideicommissaires.

Mais bientôt les consuls furent remplacés dans cette fonction par des préteurs administratifs, appelés les préteurs fideicommissaires, créés au nombre de deux par Claude, et dont l'un fut supprimé par Titus. En Italie sont compétents pour les fideicommis des magistrats spéciaux à l'Italie, les juridici per Italiam, puis sous Hadrien parmi les anciens préteurs, et depuis Marc Aurèle parmi les anciens consuls.

Les juridici per Italiam.

En matière de droit privé, les consuls sont encore compétents:

Nomination des tuteurs.

Pour la nomination des tuteurs. Ici encore, on rencontre un préteur administratif, le préteur tutélaire, et en Italie, la compétence des juridici.

Le préteur tutélaire.

Pour les questions d'obligation alimentaire

Les obligations alimentaires.

Enfin, mais la question est discutée, pour les procès relatifs à l'obligation de doter.

Jusqu'ici nous voyons les consuls avec leurs suppléants intervenir dans des matières nouvelles de droit privé. Nous allons aussi les rencontrer dans des matières de droit privé où fonctionnent déjà des magistrats de l'ordo. Notamment les questions de liberté (On ajoutera ce point à l'étude de l'esclavage) sont tranchées par les consuls depuis l'époque des Antonins, ensuite par le préteur de liberalibus causis.

Les questions de liberté.

Compétence des préfets impériaux.

Après les consuls nous rencontrons, comme hauts fonctionnaires, les préfets impériaux. Ils interviennent extra ordinem dans l'administration de la justice des litiges privés pour des matières judiciaires connexes à leurs fonctions administratives.

Le préfet de l'annone.

Le préfet de l'annone avait sous sa surveillance les négociants en grains et les armateurs. Il statue extra ordinem sur les affaires concernant les commerçants.

Le préfet des vigiles.

Le préfet des vigiles avait dans son ressort les incendies et le contrôle des autorités de quartiers. Aussi est-il compétent pour les contestations de nature à provoquer des désordres dans les quartiers, par exemple les contestations entre propriétaires et locataires.

Le préfet de la ville.

Enfin, le préfet de la ville a fini aussi par avoir une juridiction civile. Il est chargé de faire régner l'ordre à Rome. Il doit s'occuper des gens qu'on rencontre dans Rome. Alors qu'il se montre terrible pour les fauteurs de désordre, les esclaves qui font de mauvais coups, il se déclare le

---

(1) On trouvera la traduction de ce texte à la fin du cours : Legs et fideicommis.

Source : BIU Cujas

protecteur custos, des esclaves. Nous le voyons accueillir les plaintes adressées par les esclaves contre leur maître dans une série de cas.

Le préfet de ville est aussi compétent pour les contestations qui mettent en cause les banquiers ou les bouchers. Sur la compétence civile du préfet de la ville, consulter la thèse de Mr. Brancher, la juridiction civile du praefectus Urbi, Paris 1909.

Enfin, derniers magistrats à l'occasion desquels nous avons à étudier le développement de la procédure extra ordinem, nous rencontrons les préteurs judiciaires eux-mêmes, qui normalement organisent les procès suivant l'ordo. On s'est demandé si, pour certaines affaires, ils n'intervenaient pas administrativement, par exemple, pour les questions d'honoraires entre les avocats ou les médecins et leurs clients. Ce sont les Romains qui ont inventé le nom d'honoraires, pour ne pas froisser ces représentants des professions libérales. La question de l'intervention administrative des préteurs judiciaires est controversée.

Les préteurs judiciaires.

II - Dans les provinces.

A priori les provinces semblent avoir dû être un milieu éminemment favorable au développement de la procédure extra ordinem. Les gouverneurs sont en effet des magistrats réunissant sur leur tête des attributions qui, à Rome, sont réparties sur plusieurs têtes. Mais la question est beaucoup plus complexe. Nous ferons état des derniers travaux sur la matière.

Il importe de distinguer avec soin les diverses sortes de provinces qu'on rencontre sous le Principat, et, à ce point de vue, on est en présence de deux systèmes différents soutenus en dernier lieu.

Les deux systèmes relatifs aux provinces.

Un premier système a été développé par Pernice, Mélanges pour le professeur Beseler, 1885, pages 51 et suivantes. Il a été adopté par Girard, et Mr. Fliniaux lui donne son adhésion. D'après ce système il y aurait eu dans les provinces sénatoriales une série d'empiètements successifs de la procédures extra ordinem sur le domaine de l'ordo, analogues à ceux que nous avons enregistrés à Rome et en Italie. Mais il n'en a été ainsi que dans les provinces sénatoriales. En effet, la procédure de l'ordo n'a jamais fonctionné dans les provinces impériales; la seule procédure qui y a toujours fonctionné est la procédure administrative, extra ordinem.

Empiètement de la procédure extra ordinem dans les provinces sénatoriales.

Source : BIU Cujas

Un deuxième système a été soutenu récemment par Wlassak, dans sa monographie: Contribution au procès provincial romain, 1919, mémoire paru dans la collection des Mémoires de l'Académie des sciences de Vienne, tome 190. Ce système a été ensuite adopté par Wenger, dans son Manuel de procédure civile romaine. D'après ces auteurs on n'aurait pas assisté aux empiètements successifs de la cognitio extra ordinem sur le domaine de l'ordo. La procédure formulaire aurait été seulement le siège de profondes transformations internes, qui lui auraient fait perdre progressivement son ancien caractère essentiellement privé et contractuel, et elle aurait été peu à peu pénétrée, altérée, par des règles nouvelles la rattachant de plus en plus au droit public. Selon l'expression de Wlassak, la procédure formulaire se serait, dans lesprovinces "étatisée".

Système de Wlassak Transformation dans la procédure de l'ordo.

D'autre part, la procédure formulaire aurait eu, suivant Wlassak, dans les provinces un champ d'application beaucoup plus vaste que ne l'admettait Pernice.

Si elle paraît avoir été exclue des provinces impériales dites équestres ou procuratoriennes, elle aurait en revanche, fonctionné dans les provinces impériales dites légatoriennes. Wlassak invoque en ce sens un argument de textes, qu'il tire de Gaius, I, 8 et 4,109.

Elle aurait fonctionné dans les provinces impériales légatoriennes.

Mr. Fliniaux ne croit pas possible d'adopter le système de Wlassak et renvoie pour la réfutation de son système sur les deux points: étatisation de la procédure formulaire, et domaine d'application de la procédure formulaire dans les provinces, I° - en ce qui concerne le premier point, à la thèse de Mr. André Boyé, pages 287 et suivantes, sur le deuxième point, à l'article précité de Mr. Fliniaux, Revue Historique du droit page 99, note I.

Pour en terminer avec l'organisation judiciaire et la procédure dans les provinces sous le Principat, mentionnons l'inscription très importante en grec, découverte récemment par les Italiens en Lybie sur l'emplacement de l'antique Cyrène, ville de la province sénatoriale de Crète et Cyrénaique. Il s'agit d'une stèle où se trouvent gravés cinq édits d'Auguste, qui nous sont parvenus absolument intacts. En ce qui concerne la procédure civile (Cette inscription est encore plus importante pour la procédure criminelle),

L'inscription de Cyrène.

Source : BIU Cujas

la partie la plus importante de ces édits est celle relative à l'organisation des autorités statuant apud judicem. Nous voyons que les autorités qui statuent apud judicem en Cyrénaïque sont des juges grecs.

Sur cette inscription importante nous renvoyons au commentaire savant que vient d'en faire Mr. Wenger avec la collaboration de Mr. Stroux, Mémoires de l'Académie bavaroise des sciences, section philosophique, philologique et historique, Munich, 34° volume, et le compte rendu de ce mémoire par Mr. Fliniaux à paraître prochainement dans la Revue historique de droit. Voir aussi l'article de Premerstein dans la Revue de la Fondation Savigny 1928 p. 419 et suivantes et celui de Segré dans le Bull. del Ist. di diritto romano, 1928, p. 5 et suivantes.

Section III - Caractères généraux du droit privé.

L'époque du Principat marque l'apogée du droit privé romain. C'est sous le Haut-Empire que se place en effet la période de ce qu'on appelle à proprement parler le droit classique romain, cette période étant contemporaine du règne des Empereurs Sévères (Ière moitié du III° siècle après J-C.);le droit comme les arts, la littérature connait aussi chez un peupledéterminé ce qu'on a nommé le classicisme c'est-à-dire un moment où il se rapproche le plus de la perfection, en tant qu'il apparaît avec l'aspect d'un système à l'ordonnance duquel préside la pondération et l'harmonie.

Le classicisme du droit romain.

En ce qui concerne le droit romain, un classicisme se manifeste aux trois points de vue particuliers suivants:

1° - le perfectionnement de la technique de l'interpretatio juris.

2° - le développement des notions d'équité d'utilité et de bonne foi.

3° - La tendance à l'universalité.

1 ° - Le perfectionnement de la technique de l'interprétatio juris.

La technique de l'interpretatio juris a été poussée jusqu'à la perfection par les grands jurisconsultes de l'époque classique . Pour cela ils n'ont eu qu'à suivre la voie qui leur avait été ouverte par les jurisconsultes de la fin de l'époque républicaine, qu'à mettre en oeuvre les enseignements que leur offrait la rhétorique grecque. Le cas le

Influence de la rhétorique grecque.

Source : BIU Cujas

plus typique est le fragment d'Ulpien au Digeste, I,3,30: Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit fieri autem non vetuit, id fit: et quod distat ῥητον ἀπὸ διανοίας, hoc distat fraus ab eo quod contra legem fit. Fraude est faite à la loi toutes les fois que l'on fait ce qu'elle n'a pas voulu qu'on fasse, alors même qu'elle ne l'a pas défendu expressément. Ce qui sépare en effet la fraude de ce qui est fait contre la loi est la même chose que ce qui sépare le ῥητον (c'est-à-dire ce qui est réellement exprimé, verba scriptum, dictum de la διανοια (c'est-à-dire la volonté, voluntas, sententia, consilium). Il s'agit là comme le fait judicieusement remarquer Ernst Levy dans son compte-rendu de la monographie de Stroux, Revue de la Fondation Savigny, I928 p. 673, de termes empruntés à la rhétorique grecque et qu'Ulpien sans plus se croit permis de supposer familiers à ses lecteurs, et non comme on avait tendance à le croire (ainsi Rotondi, Atti in frode, p. II8 note 2) d'une terminologie et d'une méthode propres aux Byzantins.

2° - Le développement des notions d'équité, d'utilité et de bonne foi.

Les jurisconsultes de l'époque classique continuent à faire appel aux notions d'équité, d'utilité et de bonne foi.

L'équité. En ce qui concerne l'équité, nous voyons Gaius, dans un texte que l'on a pas, croyons nous, assez remarqué, III, I8, montrer comment dans la matière du droit successoral, l'édit du préteur a remédié aux " inquitates" du " jus scrictum". Il n'y a donc pas lieu selon nous de suspecter d'interpolation les textes du Digeste qui parlent de droit strict ou d'équité (ex. Papinien D. 29, 2, frag. 86 pr) comme le voudrait Pringsheim article ius. aequum und ius strictum dans la Revue de la Fondation Savigny, 42, I92I, pages 643 , suivi par Freise , même revue 43; I922, page 468, notes I et 2 et Albertario, Mélanges Bonfante , I, p. 643. (I).

L'utilité. Le même Gaius en ce qui touche l'utilitas, nous dit III, I60 qu'une solution a été admise pour une raison d'utilité, utilitatis causa receptum est, alors que s'y opposait la stricta juris ratio.

(I) Cf. La critique de Pringsheim par Riccobono, Fasi e fattori dell' evoluzionne del diritto romano Mélanges Cornil, I926, II p. 289 et suivantes.

Source : BIU Cujas

La bonne foi.

Enfin pour ce qui est de la notion de bonne foi, nous la voyons se développer aussi bien sous son aspect objectif que sous son aspect subjectif.

Augmentation du nombre des actions de bonne foi.

a) La liste des actions de bonne foi s'est allongée. A l'époque de Gaius, IV, 62 on voit ajouter à l'énumération de Quintus Mucius Scaevola et de Cicéron les actions sanctionnant la gestion d'affaires, le dépôt, le commodat et la restitution de la dot.

b) La notion de possession de bonne foi est à la base de nombreux systèmes juridiques. Elle est prise en considération, même par le législateur, par exemple dans le sénatus consulte Juventien en matière de pétition d'hérédité.

3° - La tendance à l'universalité.

Sous l'influence du jus gentium et du Droit naturel, on assiste sous le Haut-Empire, à une tendance à l'universalité du droit privé. Toutefois on constate dans les provinces un certain particularisme, dont la conséquence est la constitution d'un droit local qui s'oppose au droit officiel ou suivant la terminologie mise à la mode par Mitteis en 1891 dans son ouvrage Reichs recht und. Volksrecht, d'un droit populaire (Volksrecht) par opposition au droit impérial (Reichsrecht). Certaines pratiques, certaines institutions, d'origines hellénistique, se maintinrent dans les provinces orientales de l'Empire, s'opposant à la pénétration du droit romain proprement dit. Nous citerons comme exemple de pratique locale celle de l'écriture en œ qui concerne la forme des actes juridiques, comme exemple d'institution du droit provincial la "longi" temporis praescriptio et l'établissement des cervitudes par les pactes et stipulations, institutions que nous rencontrerons dans le cours de cette année.

Le particularisme dans les provinces orientales.

Ce droit local, très important pour l'histoire du droit romain, a été spécialement étudié par Mitteis dans l'ouvrage précité, et par Taubenschlag dans son article des Mélanges Cornil, 1926, II, p. 497 et suivantes intitulé: Le droit local dans les constitutions prédioclétiennes.

Le droit local et l'édit de Caracalla.

La concession de la cité romaine à tous les habitants de l'Empire en 212 par l'édit de Caracalla ne semble pas avoir modifié cet état de choses. C'est ce qui résulte en dernier lieu des travaux relatifs à la réception du droit romain en Egypte, en particulier ceux de Taubenschlag, Geschichte des romischen Privatrechts in Aegypten Mélan-

Source : BIU Cujas

ges Bonfante I. p. 367 et suivantes et de A.J. Boyé, le droit romain et les papyrus d'Egypte article paru dans la Revue: L'Egypte contemporaine, t. XX, 1929, p. 529 et suivantes.

Le Bas-Empire.

On a l'habitude d'appeler Bas-Empire la période de l'histoire romaine qui commence à l'avènement de Dioclétien, 284 après J-C.. L'expression de Bas-Empire est prise souvent dans un sens nettement péjoratif. Mais, si, au IV° et au V° siècles, on assiste à des convulsions qui conduisent l'Empire romain d'Occident à sa ruine, l'histoire du Bas-Empire s'ouvre avec Dioclétien et Constantin par une oeuvre des plus honorables. L'oeuvre de Dioclétien fut particulièrement remarquable. Nous assistons avec lui à un essai de réorganisation complète de l'Etat.

Quels sont les facteurs économiques et moraux?

a) - Envisagée au point de vue économique, cette période est une période de régression et cela à partir du III° siècle. Dans cette perturbation économique, certains historiens voient déjà l'avènement du Moyen-Age. Voir Ferdinand Lot. La fin du monde antique et le début du Moyen-Age, Bibliothèque de synthèse historique, 1927, pages 62 et suivantes.

La régression économique.

Les signes les plus évidents de la régression économique sont l'altération des monnaies et le bouleversement des prix.

I° -L'altération des monnaies. Sans cesse apparaissent de nouvelles monnaies, d'une valeur nominale égale, mais d'une valeur réelle moindre. D'où résulte la dépréciation, l'avilissement de la monnaie. Vers 280, l'unité, le denier d'argent, perdit jusqu'à 98, 5 % de sa valeur métallique initiale. En effet, ce denier d'argent est devenu une pièce de cuivre ou de plomb recouvert d'une mince couche d'argent. Comme on l'a écrit cette pièce n'est plus qu'un assignat métallique. Les efforts de Dioclétien et de Constantin en vue de rétablir la bonne monnaie furent couronnés de succès. Le système monétaire finit par se redresser sur des bases qui resteront inébranlables, au moins en Orient, pendant de longs siècles.

L'altération de la monnaie.

2° - Le bouleversement des prix. On assiste à la hausse générale des prix. En vue de l'arrêter, Dioclétien rendit le fameux édit du maximum en 301; il fixa un prix limite aux denrées et aux services. Cela est intéressant au point de vue économique. Cet édit a été publié avec un commentaire par Mommsen et Blümner, 1893. L'échec fut total, et Constantin dut retirer l'édit. Sous la Révolution française une

La hausse générale des prix.

L'édit du maximum.

Source : BIU Cujas

mesure analogue aboutit aussi à un échec lamentable.

Malgré les efforts de Dioclétien et de Constantin; le malaise du monde romain persiste. L'économie monétaire cède la place de plus en plus à l'économie domestique. C'est une transformation profonde. Il n'y a plus de paiements en espèces, mais en nature, comme aujourd'hui encore les transactions entre propriétaires et fermiers se règlent en sacs de blé.. Les échanges se raréfient au V° siècle en Occident. L'économie domestique domine.

L'économie domestique.

Décadence de la philosophie ancienne.

b) - Au point de vue moral, les systèmes philosophiques anciens ont encore quelques adeptes. Mais le stoïcisme est démodé. La morale antique survit dans la morale chrétienne. Dans notre période, le christianisme devient la religion d'Etat. L'édit de Milan, rendu par Constantin en 313 après sa victoire, avait mis le christianisme sur le même pied que le paganisme, en proclamant la liberté de religion (I). Contance fit sans réserve en 353 du christianisme l'unique religion d'Etat, et il ordonna la fermeture des temples païens. Malheureusement l'intolérance prit le dessus. Avec Gratien et Théodose, elle fut poussée à l'extrême. Une série de dispositions furent prises contre les païens, les juifs, les apostats et les hérétiques. Nous les retrouverons dans le droit privé.

Le christianisme devient religion d'Etat.

Quelle a été exactement l'influence du christianisme sur le droit du Bas-Empire?

Influence du christianisme sur le droit privé.

C'est une question très délicate, un problème qui n'est pas encore résolu aujourd'hui. Deux thèses tout à fait opposées ont été soutenues récemment en Italie:

I° - D'après M. Riccobono, Christianisme et droit privé, Revue de droit civil (italienne), 1911, pages 37 et suivantes, le christianisme aurait eu une très grande influence sur le droit privé, et cette influence se serait exercée dans des domaines très variés, dont certains sont vraiment imprévus, comme par exemple dans les rapports entre voisins, et dans la protection des débiteurs contre les créanciers.

suivant les uns très importants.

2° - D'après Mr. Baviera, Concept et influence du christianisme sur le droit privé. Mélanges Girard, 1912, tome I, pages 67 et suivantes, l'influence du christianisme sur le droit privé romain aurait été très réduite. Le droit privé romain serait resté fidèle jusqu'à la fin aux conceptions venant de

---

(I) Cons. Chénon. Les conséquences juridiques de l'édit de Milan . Nouv. Rev. hist. 1914/1915 p. 255 et suiv.

Source : BIU Cujas

la tradition classique, c'est-à-dire païenne, et manifestement contraires aux nouvelles conceptions chrétiennes.

L'esclavage subsiste.

Prenons par exemple l'esclavage. Les idées chrétiennes d'égalité (il n'y a pas d'esclave ni d'homme libre disait Saint Paul) auraient dû amener la disparition de l'esclavage. Cependant l'institution même n'est pas plus discutée sous Justinien qu'à l'époque classique. Cependant, il faut noter comme venant du christianisme la reconnaissance de la parenté servile, cognatio servilis, ayant eu comme conséquence la reconnaissance d'empêchement de mariage entre esclaves et d'autre part l'affranchissement fait à l'Eglise (manumissio in ecclesia)(I)

Reconnaissance de la parenté servile.

Le divorce se maintient.

Autre exemple: Le divorce est interdit par les Pères de l'Eglise. Cependant il est reconnu par la législation de Justinien.

La parenté naturelle. Le mariage. Les personnes morales.

Voici les matières où, sans aucun doute, le christianisme a exercé en droit privé une influence: le mariage, la parenté naturelle avec la condition des enfants naturels et la légitimation, la théorie des personnes morales avec les fondations pieuses.

Passons aux facteurs sociaux, politiques et juridiques.

Section I - Organisation politique et sources du droit.

Sous-Section I - Organisation politique.

§ I - Eléments constitutifs de la société.

Généralisation du droit de la cité.

Sous Justinien à la fin du Bas-Empire, la constitutio Antoniniana de Caracalla fut entendue plus largement comme s'étendant à tous les habitants de l'empire, même aux affranchis latins, juniens et déditices. Il ne subsiste plus en dehors de la cité que les condamnés. Mais si le nom de l'ancienne pérégrinité a presque complètement disparu, la chose existe toujours. L'ancienne condition des pérégrins revit chez les barbares, c'est-à-dire dans les popula-

(I) sur le manumissio in ecclesia, consulter l'article de Guido Mer, dans la Rivista di storia del diritto italiano, I (1928).

Source : BIU Cujas

tions des frontières.

On rencontre au Bas-Empire une opposition très nette entre deux classes: les honestiores, classe supérieure, et les humiliores, classe inférieure.

Les honestiores.

I° - Les honestiores. Le terme apparaît déja sous le Principat. La qualité d'honestior au Bas-Empire résulte de l'exercice de certaines fonctions administratives et militaires. Elle n'est héréditaire que dans la mesure ou la fonction l'est elle-même. Il y avait cinq classes d'honestiores, donnant droit chacune à un titre spécial, depuis les illustres jusqu'aux clarissimi.

Les humiliores.

2° - Les humiliores. Parmi eux une place à part est occupée par des demi-libres appelés coloni ou colons, qui ont joué un grand rôle dans la genèse du régime féodal.

LES COLONI.

Origine du colonat.

Les origines et le développement du colonat, naguère encore mal connus, sont aujourd'hui élucidés. Le colonat est une très vieille institution, pratiquée dès une époque reculée, en Egypte, en Asie-Mineure, dans le Nord de l'Afrique, notamment à Carthage, pour une raison économique, la mise en culture des grands domaines. Comme, après la conquête, nombre de ces domaines, saltus, devinrent la propriété du Trésor impérial, fiscus, le régime du colonat y fut maintenu par les procuratores, c'est-à-dire les intendants impériaux chargés de leur administration (cf. l'inscription du II° siècle trouvée en Tunisie, Textes Girard, p. 199). Le mot colonus qui servit d'abord à désigner un fermier quelconque (Dans le Digeste, le mot colonus est fréquemment employé dans ce sens) désigne dans les sources du Bas-Empire toute personne attachée à perpétuité, elle et sa descendance, au sol qu'elle cultive. Quoique libres en droit, les colons sont cependant considérés comme les esclaves de la terre à laquelle ils sont attachés. (constitution de Justinien de 552, Code de Justinien XI, 52 (51),I,§ I.) Le colonat sera étudié au cours d'histoire du droit. Il est l'origine des tenures serviles sous la féodalité.

Les colons sont attachés à la terre.

Pour le droit romain, particulièrement dans ses rapports avec le régime féodal, on consultera les deux thèses récentes importantes de Mr. Hajje, Etudes sur les locations à long terme et perpétuelles dans le monde romain, Paris 1926; Histoire de la Justice seigneuriale en France. Ses origines Romaines, Paris 1927.

Notons que le développement du colonat au Bas-Empire est absolument conforme aux tendances

Source : BIU Cujas

qui se manifestent à cette époque de rendre héréditaires et forcées un certain nombre de fonctions, à l'exercice desquelles l'Etat a un intérêt direct ou indirect, par exemple, celles des soldats, qui gardent les frontières, celles des curiales, qui assurent la rentrée des impôts, celles de certains artisans et négociants, pour assurer les subsistances notamment des boulangers. C'est l'origine lointaine des corporations du Moyen-Age.

Les fonctions héréditaires et forcées.

§ 2 - Différents pouvoirs du gouvernement.

L'autorité impériale est devenue toute puissante, et le gouvernement de cette époque peut être défini: le gouvernement de la monarchie absolue. En effet que sont devenus les obstacles à cette monarchie absolue?

La monarchie absolue.

Le peuple n'a plus de pouvoir.

Le peuple se trouve dépouillé du pouvoir de pure forme d'instituer le nouvel empereur. La lex de imperio est tombée en désuétude.

Le Sénat s'est transformé en une assemblée municipale. Le pouvoir du Sénat au Bas-Empire est intéressant à étudier. On pourra consulter l'ouvrage de Mr. Charles Lécrivain, Professeur à la Faculté des lettres de Toulouse, le Sénat Romain depuis Dioclétien. Paris 1883.

Le Sénat est une assemblée municipale.

Quant aux magistrats (les anciens magistrats de la république), les consuls seuls gardent une certaine importance. Ils continuent à dater l'année. Les autres magistrats (préteurs, questeurs) ne subsistent plus qu'avec des fonctions purement municipales.

Les magistrats.

Cependant au début du Bas-Empire, un effort est fait pour réconstituer l'Etat sur des bases nouvelles, c'est l'objet des grandes réformes de Dioclétien et de Constantin. Ces réformes sont au nombre de trois:

Les réformes de Dioclétien et de Constantin.

Ière réforme - établissement du système spécial de gouvernement, dit système de la tétrarchie ou du gouvernement à quatre. Ce système s'est constitué en passant par deux phases.

La tétrarchie.

I° - La phase de l'administration de l'empire avec un collègue. Il n'y a plus un seul empereur, il y en a deux. Dès la première année de son règne, Dioclétien décida de s'adjoindre un collègue pour gouverner l'Occident, pendant qu'il gouvernerait l'Orient, et il choisit Maximien. Officiellement les deux empereurs étaient sur le pied d'égalité. Ils portaient tous les deux le titre d'Auguste. Ce

Division de l'Empire en deux.

Source : BIU Cujas

régime du gourvernement à deux dura sept ans.

2° Phase - Le gouvernement à quatre. En 293, Dioclétien voulut perfectionner son système. Maximien et lui résolurent d'adopter chacun un successeur qui porterait le titre de César. Les Césars furent chargés immédiatement, sous la direction des Augustes, de gouverner un certain nombre de provinces. On arriva ainsi au gouvernement à quatre, la tétrarchie.

Création de deux Césars.

Ce système, très beau en théorie, ne put pas se maintenir à l'usage. Il fit faillite un an après l'abdication de Dioclétien en 305. Sur ce système néanmoins très curieux, renvoyons à un article de Mr. Georges Goyau, publié dans les Etudes d'histoire juridique offertes à Girard , I912, tome I, page 65.

Réorganisation des provinces.

2ème réforme.- Elle est relative à la réorganisation des provinces. Dioclétien augmenta considérablement le nombre des provinces, en divisant, parmi les provinces existantes, celles dont le territoire apparaissait comme trop vaste. Le nombre en fut porté à une centaine.

Le nombre est augmenté.

En même temps, le Sénat fut dépouillé de l'administration des provinces qui, pendant plusieurs siècles, lui avaient été réservées. Toutes les provinces furent désormais à la disposition de l'empereur. Chaque province fut gouvernée par un fonctionnaire, appelé soit praeses, soit corrector (En Italie), soit consularis et hiérarchisée dans cet ordre, le consularis étant au rang le plus élevé. Notons cependant que ce titre de consularis n'implique nullement à notre époque l'exercice préalable du consulat. Le système de la prorogatio imperii n'existe plus.

Toutes les provinces deviennent impériales.

Les provinces étaient groupées en diocèses, et à chaque diocèse était préposé un vicaire des préfets du prétoire, vicarius praefectorum praetorio. En effet, quand Dioclétien avait établi la tétrarchie, il avait placé près de chaque Auguste et de chaque César un préfet du prétoire, qui dirigeait toute l'administration. Quand la tétrarchie fut supprimée, ces circonscriptions administratives subsistèrent, et l'empire continua à être divisé en quatre préfectures.

Les diocèses.

Les préfectures du prétoire.

I° - L'Orient avec pour capitale Constantinople, fondée par Constantin en 330, à la place de l'ancienne Byzance.

2° - L'Illyrie, avec pour capitale Sirmium aujourd'hui en Yougo-Slavie.

3° - L'Italie, capitale Milan.

4° - Les Gaules, capitale Trèves.

Source : BIU Cujas

Enfin les cités civitates, constituèrent une subdivision de la province. Pour l'organisation des civitates au Bas-Empire, contentons-nous de renvoyer au Cours d'histoire du droit, où elle est étudiée d'une manière approfondie, et à l'ouvrage très important de Declareuil. Quelques problèmes d'histoire des institutions municipales au temps de l'empire romain, 1911.

Les civitates.

Centralisation de l'administration.

3ème réforme - La centralisation de l'administration.

Cette réforme, commencée sous Dioclétien, fut réalisée complètement sous Constantin. L'administration centrale était assurée par les hauts fonctionnaires du palais impérial, qui remplissaient en quelque sorte les fonctions de nos ministres actuels. Parmi eux citons:

Les hauts fonctionnaires du palais impérial.

Le quaestor sacri palatii: C'est le chancelier de l'empire.

Le comes sacrarum largitionum, le comte des dépenses impériales: c'est le ministre des finances.

Le magister officiorum, le maître des offices c'est le ministre de l'intérieur.

Tous ces hauts fonctionnaires avaient leurs entrées au consistorium sacrum, conseil de l'empereur, et des fonctionnaires subalternes jouaient le rôle d'agents de laison. Parmi ceux-ci citons les agentes in rebus, dénomination vague; ce sont à la fois des courriers et des fonctionnaires de police.

Le consistorium sacrum.

Les agentes in rebus.

Avec la centralisation administrative apparaît la bureaucratie. Nous rencontrons un nombre assez important de bureaux, scrinia, entre autres: le scrinium a libellis, où l'on recevait les requêtes des habitants de l'empire et où on y répondait; le scrinium ab epistulis, qui envoyait les instructions aux fonctionnaires.

Les bureaux ou scrinia.

Sous-Section II - Les sources du droit.

Nous ne rencontrons plus qu'un seul pouvoir légiférant: c'est l'empereur. Donc la source du droit est constituée à notre époque par les constitutions impériales. Mais parmi les constitutions impériales, on ne rencontre plus de mandata, mais seulement des rescrits et des édits.

L'empereur seul a le pouvoir légiférant.

D'autre part, le droit ancien conserve toujours son autorité: lois, sénatus-consultes, édits, etc..... et ce droit ancien on le cite d'a-

Maintien du droit ancien.

Source : BIU Cujas

L'abus des citations.

près les ouvrages de ses commentateurs. D'où l'abus des citations. Un auteur littéraire du IV° siècle, Ammien Marcellin, raconte l'anecdote suivante. Il cite des avocats qui se chargeaient dit-il de trouver des textes pour justifier toutes les iniquités, même, dit-il, le meurtre d'une mère par son fils.

En présence de tels abus, l'autorité impériale dut intervenir. Voici ses deux interventions.

La constitution de 321.

I° - La constitution de Constantin de 321 déclare abolies les notes de Paul et d'Ulpien sur Papinien, afin de faire prévaloir l'autorité de celui-ci.

La loi des citations (426)

2° - La constitution de Théodose II et de Valentinien III, de 426, dite loi des citations. Code Théodosien I.4.3.. Cette constitution, très importante, a pour but de faciliter la besogne des juges chargés d'appliquer le droit ancien. En vertu de cette loi, désormais on ne pourra plus invoquer devant les juges que l'autorité de cinq jurisconsultes les plus célèbres de l'époque classique: Gaius (bien qu'il n'eût pas eu le jus publice respondendi), Ulpien, Paul, Papinien et Modestin. Seuls les ouvrages de ces cinq jurisconsultes dictaient aux juges leur sentence. Cependant les autres jurisconsultes peuvent encore être invoqués devant les tribunaux quand ils sont cités par l'un de ces cinq jurisconsultes, et qu'on en présente deux manuscrits.

Les cinq grands jurisconsultes lient le juge.

Il y a donc deux catégories:

I° - Les jurisconsultes de la première classe dont l'opinion lie le juge.

2° - Les jurisconsultes de la deuxième classe, qui ne peuvent être invoqués que s'ils sont cités par un des jurisconsultes de la première classe.

Les autres peuvent être invoqués, s ils sont cités dans deux manuscrits des premiers.

Pour ces jurisconsultes de la deuxième classe, la loi des citations contient une mesure spéciale. On ne pourra invoquer leur opinion que si on présente au juge deux manuscrits donnant leur texte. C'est pour écarter la fraude consistant à produire un manuscrit apocryphe d'un jurisconsulte quelconque. On rend la preuve plus onéreuse, donc plus difficile.

La loi des citations va encore plus loin. Pour faciliter la tâche des juges, elle prescrit qu'ils n'auront plus jamais à chercher eux-mêmes la solution la meilleure . Leur travail est en quelque sorte machinal. Ils compteront les opinions des jurisconsultes et ils suivront l'avis de la

Source : BIU Cujas

Les juges compteront les opinions.

majorité. En cas de partage des jurisconsultes, par exemple 2 contre 2; je juge doit se ranger à l'avis de Papinien, considéré comme le prince des jurisconsultes. Enfin les sentences de Paul l'emportent dans tous les cas.

Cas de partage.

Ce serait une erreur de croire qu'il n'y eut plus au Bas-Empire de littérature juridique, ni d'enseignement du droit.

La littérature juridique.

La littérature juridique existe encore. Mais elle a changé complètement de caractère. On ne trouve plus d'ouvrages scientifiques, mais des résumés, des abrégés, appelés Epitome, extraits des sources anciennes qu'ils modifient, qu'ils adaptent aux conditions nouvelles de la vie sociale et économique.

Les Epitome.

Parmi ces abrégés citons; l'abrégé des Règles d'Ulpien au V° siècle, les abrégés des commentaires de Gaius, d'abord l'Epitome qui a été renfermé dans la loi romaine des Wisigoths, et le fragment d'Autun, découvert à Autun.

Les interprétationes.

Des Epitome il faut rapprocher les Interprétationes ou paraphrases, qui dans les manuscrits de la loi Romaine des Wisigoths ou Bréviaire d'Alaric, accompagnent le texte du Code Théodosien et celui des Sentences de Paul que renferme cette loi . Aujourd'hui tend en effet à l'emporter l'opinion suivant laquelle ces interpretationes ne seraient pas l'oeuvre des commissaires d'Alaric, mais auraient été composées au cours du V° siècle pour les besoins de la pratique et de l'enseignement. Cons. la note de Mr. Fliniaux Mélanges Cornil ,I, I926, p, 269, note I.A ajouter Ernst Levy, Revue de la Fondation de Savigny, I929, p. 237 et suiv. On trouvera ces interpretationes dans l'éd. Haenel (I849) du Bréviaire d'Alaric.

Les écoles de droit.

Quant à l'enseignement du droit, il n'a pas complètement disparu. Après une période de grande décadence au IV° siècle réapparaissent dans l'empire romain des écoles de droit. Mais elles sont presque toutes dans la partie orientale de l'empire: à Athènes, à Alexandrie, à Constantinople, à Beyrouth (l'antique Bérite) en Syrie. Les Professeurs, pour lesquels les élèves, parait-il, avaient le plus grand respect, étaient appelés maîtres oecuméniques, c'est-à-dire universels. Parmi ces écoles, l'une a brillé d'un vif éclat, celle de Beyrouth. Pour cette école et son histoire renvoyons au livre de Mr. Collinet, l'Ecole de droit de Beyrouth Paris I925.

Source : BIU Cujas

Justinien, dans la Const. Omnem de 533 (qui constitue la 2ème préface du Digeste) 87, ordonna de n'enseigner ses compilations que dans les écoles de droit de Rome, de Constantinople et de Beyrouth.

L'ensemble des ouvrages des jurisconsultes de l'époque classique et des monuments législatifs anciens constituent au Bas Empire le jus, par opposition aux constitutions impériales, qu'on appelle les leges. C'est en partant de cette division que Justinien a fait les grandes compilations qui nous ont transmis les documents les plus nombreux de ces deux catégories de sources. Mais le travail de compilation n'a ni commencé par Justinien, ni fini avec lui. D'où la nécessité d'étudier pour les sources du droit au Bas-Empire.

Distinction du jus et des leges.

I° - Les recueils antérieurs à Justinien.
2° - Les compilations de Justinien.
3° - Les ouvrages postérieurs aux compilations de Justinien

§ I - Recueils antérieurs à Justinien.

I - Recueils de leges.

Les Codes.

Ces recueils de leges, (c'est-à-dire de constitutions impériales), on leur donne le nom de codex, code. Ils sont ainsi nommés parce qu'ils ne sont pas écrits sur des rouleaux de papyrus, mais sur des feuillets indépendants, liés ensemble, comme nos livres modernes.

Recueils privés: Code Grégorien et Code Hermogénien.

Nous rencontrons des recueils privés et un recueil officiel.

Les recueils privés sont: le Code Grégorien et le Code Hermogénien, dont le deuxième est le complément du premier. Ils ont été composés, le premier vers 294, par un particulier appelé Gregorius, le deuxième, entre 314 et 324, par un autre particulier appelé Hermogenianus. Ils contiennent des constitutions impériales allant d'Hadrien à 365. On trouvera les extraits parvenus de ces codes dans l'édition du Code Théodosien de Haenel.

Recueils officiels:

Le Code Théodosien.

Le recueil officiel des leges, très important notamment pour l'histoire du droit dans notre pays, est le Code Théodosien, promulgué en 438 par Théodose II en Orient, et Valentinien III en Occident. C'est le recueil des constitutions impériales rendues depuis Constantin. Une édition critique, la seule qui compte, en a été donnée par Mommsen et Meyer et, ils y ont joint quelques cons-

Source : BIU Cujas

Les Novelles postthéodosiennes.

titutions postérieures à Théodose, qu'on appelle les Novelles postthéodosiennes et allant de l'année 438 à l'année 468.

II -Recueils mixtes, renfermant à la fois du jus et des leges.

Ici encore, nous rencontrons des recueils privés et des recueils officiels.

A - Recueils privés.

Les Fragments du Vatican.

I° - Les Fragmenta vaticana, manuscrit palimpseste découvert en 1820 au Vatican par le Cardinal Angelo Maï, qui contient les débris d'un ouvrage systématique du IV° siècle, et est précieux, parce qu'il reproduit sans altération des textes plus anciens.

La Collatio legum mosaïcarum et romanarum.

2° - La Collatio legum mosaïcarum et romanarum long fragment du premier livre d'un ouvrage dans lequel un auteur chrétien, de la fin du IV° siècle ou du début du V° siècle, rapproche des passages des lois attribuées à Moïse, et des textes du droit romain empruntés aux jurisconsultes de l'époque classique. Ces textes sont respectés dans leur pureté, et de nombreuses interpolations du Digeste ont été démontrées par le texte pur des mêmes fragments dans la Collatio legum.

La Consultatio veteris cujusquam jurisconsulti.

3° - La consultatio veteris cujusquam jurisconsulti , recueil de consultations adressées par un jurisconsulte inconnu de la Gaule du V° ou VI° siècle à des avocats.

Le Livre Syro-Romain.

4° - Le Livre Syro-Romain, exposé de droit romain, conservé dans des versions arabes, arménienne et syriaque d'un original grec perdu, qui paraît avoir été écrit par ordre de Valentinien I°, peut-être par Saint Ambroise, vers 371 (I).

B - Recueils officiels.

Le Bréviaire d'Alaric (Loi romaine des Wisigoths).

I° - La lex romana Wisigothorum, composée en 506 par ordre d'Alaric II pour ses sujets romains. On lui a donné le nom de Bréviaire d'Alaric. C'est un recueil contenant à la fois des leges et du jus. Des léges: Il contient de nombreux extraits du Code Théodosien. C'est par l'intermédiaire du Bréviaire d'Alaric que nous connaissons le Code Théodosien. Le jus: il renferme un abrégé des Institutes de Gaius, des extraits des Sentences de Paul. C'est par le Bréviaire d'Alaric que nous connaissons la plus grande partie des Sentences de Paul. Enfin, il contient un fragment de Papinien qui a une histoire, comme nous le verrons à propos

---

(I)Voir en dernier lieu Nallino, sul libro siro -romano e sul presunto diritto siriaco, Mélanges Bonfante, I,p, 203.

Source : BIU Cujas

de la lex romana Burgundionum. Ed. Haenel 1849.

Le Bréviaire d'Alaric á été très répandu dans la France méridionale pendant le Moyen-Age.

La loi romaine des Burgondes.

2° - La lex romana Burgundionum a été rédigée en vertu d'une promesse de Gondebaud quand il eut rédigé la loi barbare des Burgondes (système de la personnalité des lois). Les titres de la loi relatifs au droit pénal, au droit privé, à la procédure, suivent l'ordre de la loi barbare. Les sources qui sont indiquées sont: Les codes Grégorien, Hermogénien et Théodosien, et les Sentences de Paul.

Cette lex a été utilisée comme complément du Bréviaire d'Alaric, depuis la conquête franque. La loi romaine des Burgondes vient dans les manuscrits à la suite du fragment de Papinien qui termine le Bréviaire d'Alaric d'où l'erreur, déjà commise dans des manuscrits du IX° siècle, qui a fait prendre pour son titre le nom de l'auteur du dernier fragment du Bréviaire d'Alaric, le fragment de Papinien. Les manuscrits comportent en effet de nombreuses abréviations, et le mot Papinianus a été abrégé en Papianus. On a cru que c'était le début de la loi Romaine des Burgondes. C'est pourquoi celle-ci a été appelée le Papien.

D'où vient son nom de Papien.

3° - L'Edictum Théodorici, édit rendu par Théodoric roi des Ostrogoths, vers l'an 500, et qui condense en 155 articles le droit applicable à la fois aux Ostrogoths et aux Romains d'Italie. On s'aperçoit qu'il a été puisé pour la confection de cet édit qui ne contient pas d'indication de sources ni de citations textuelles, aux Codes Grégorien, Hermogenien et Théodosien, ainsi qu'aux Sentences de Paul.

L'Edit de Théodoric.

§ II - Les compilations de Justinien.

Justinien a été appelé au trône en 527 par son oncle Justin, qui l'adopta, et il mourut en 565. C'est lui qui fit rédiger les grandes compilations, qui lui rendent encore aujourd'hui plus célèbre que ses victoires éphèmères.

A - Histoire externe des compilations.

Le travail fut commencé dès 528 par les leges. Une commission fut chargée, le 15 Février 528, de réunir en un recueil unique les constitutions en vigueur, en refondant les trois codes antérieurs et en y ajoutant les constitutions postérieures. L'oeuvre fut terminée en 529, et le code

Rédaction de deux codes de leges.

Source : BIU Cujas

fut publié le 7 Avril, pour avoir force de loi à partir du I6. Ce Code ne nous est pas parvenu. Il n'en reste que les préfaces, et aussi un fragment de sa table, parvenu dans le papyrus égyptien d'Oxyrinchus XV n° I8I4. Ce Code a été refondu en 534 et c'est ce deuxième code dont nous possédons le texte. Sur les Interpolations que renferme le nouveau code par rapport à l'ancien voir Schulz, Mélanges Bonfante I, p. 337.

Rédaction du Digeste.

Pour le jus, Justinien rendit, le I5 Décembre 530, une constitution prescrivant au quaestor sacri palatii Tribonien de composer une commission chargée de faire un recueil d'extraits des jurisconsultes. La commission, formée de professeurs et de praticiens, termina ses travaux à la fin de 532. C'est le Digeste, Digesta ou, en grec Πανδεκται, Pandectes. Le Digeste fut promulgué le I6 Décembre 533, pour entrer en vigueur le 30 Décembre. Le seul manuscrit ancien du Digeste est un manuscrit du VI° ou VII° siècle, appelé La Florentine parce qu'il est aujourd'hui à Florence, ou la littera Pisana parce qu'il était auparavant à Pise (sur ce manuscrit voir en dernier lieu Naber, Mélanges Bonfante, II, p. 29I). Les autres manuscrits sont des XI° et XII° siècles et donnent un texte que l'on appelle Vulgate (littera vulgaris) suivant un usage qui remonte aux glossateurs, ces manuscrits sont ordinairement divisés en 3 parties Digestum vetus (Livres I à 24 t. 2) infortiatum (Livres 24,t, 3 à 38), novum (Livres 39 à 50).

Rédaction des Institutes.

Dans l'intervalle Justinien a fait rédiger un manuel pour les étudiants, les Institutes, à l'imitation des Institutes de Gaius. Les Institutes furent promulguées le 25 Novembre 533, pour avoir également force de loi à partir du 30 Décembre. La rédaction des Institutes fut confiée à une commission de trois membres: Tribonien , Dorothée et Théophile. Le travail fut réparti par moitié entre Dorothée et Théophile, Tribonien se réservant la Présidence.

Les Novelles.

Puis Jutinien est revenu aux leges. Il a réuni en un recueil les nouvelles constitutions rendues depuis le Code. Ce sont les Novelles.

B - Histoire interne des compilations.

Division du Code.

I° - Le Code, Codex Justinianus, se compose de douze livres, divisés en titres ayant chacun une rubrique. Les constitutions, qui vont d'Hadrien à 534 sont reproduites dans chaque titre

Source : BIU Cujas

suivant l'ordre chronologique. (I)

2° - Le Digeste. Digesta Justiniani (2)

Division du Digeste.

est divisé en cinquante livres, dont chacun est divisé en titres avec des rubriques, chaque titre est subdivisé en fragments, et les fragments en paragraphes. Avant le premier paragraphe se trouve le principium. Le paragraphe premier est donc en quelque sorte le deuxième. Le premier porte le nom technique de principium, commencement. Chaque fragment est précédé d'une inscriptio, indication du nom du jurisconsulte et du livre auquel le passage a été emprunté. Par exemple le premier fragment du Digeste (Livre I, Titre I , De justitia et jure) commence ainsi: Ulpianus libro primo Institutionum. Comment ont opéré les compilateurs de Justinien pour fabriquer le Digeste?

Justinien n'indique pas la méthode qu'ils ont suivie, mais un fait essentiel permet de la retrouver. Quand on prend un titre du Digeste, et qu'on lit à la suite les inscriptions des fragments, on constate que, dans chaque titre, il y a plusieurs masses de textes:

Les quatre masses du Digeste.

I° - Les fragments empruntés aux livres sur Sabinus et aux autres ouvrages du même genre. C'est ce qu'on appelle la masse sabinienne.

Sabinienne.

2° - Des fragments empruntés aux commentaires sur l'Edit de Paul, d'Ulpien, etc... C'est ce qu'on appelle la masse édictale.

Edictale.

3° - Des fragments tirés des oeuvres de Papinien ou autres ouvrages apparentés à Papinien. C'est ce qu'on appelle la masse papinienne.

Papinienne.

4° - Enfin dans certains titres, certains fragments constituent comme un appendice. Ils sont empruntés à des ouvrages qui ne rentrent pas dans les catégories précédentes.

Ouvrages divers.

Dans la deuxième édition stéréotypée allemande du Digeste, l'origine des divers fragments est indiquée dans l'Appendice I.

Ces faits ont été mis en lumière au début du XIX° siècle par l'Allemand Bluhme, qui a proposé, pour expliquer ces différentes masses dans chaque titre, une hypothèse des plus ingénieuses.

(I)Traduction française: Les I2 livres du Code de L'Empereur Justien traduits par P. Tissot, 4 vol. Metz, I807 -I8I0.

(2) Traduction française: Les 50 livres du Digeste ou des Pandectes de l'Empereur Justinien, traduits par Hulot et Berthelot, 7 vol. Metz I803-I805.

Source : BIU Cujas

Pour faciliter leur travail, les commissaires de Justinien auraient été divisés en trois ou quatre sous -commissions. Chacune de ces sous-commissions aurait dépouillé un certain nombre d'ouvrages. La première, les oeuvres se rattachant à la masse sabinienne, la deuxième, les oeuvres se rattachant à la masse édictale, et ainsi de suite. Ce travail terminé, des réunions plénières de la commission auraient procédé à la rédaction définitive en réunissant et en fusionnant les extraits des sous-commissions. Sur l'hypothèse de Bluhme, confirmée par des travaux récents, on lira une excellente dissertation de Bonfante, Histoire du droit romain, traduction française, tome II, pages 104 et suivantes.

Hypothèse de la répartition du dépouillement en quatre sous-commissions.

Autre question soulevée par le Digeste et par le Code: En quel état se présentent dans le Digeste les textes classiques, et dans le Code les constitutions antérieures à Justinien? Les textes empruntés par Justinien aux Jurisconsultes classiques dans le Digeste et aux constitutions impériales dans le Code, ne se retrouvent pas au Digeste et au Code dans leur état primitif. Ils ne sont pas toujours purs; ils ont été souvent l'objet d'altération. Nous savons par les constitutions qui servent de préfaces au Digeste, que Justinien a voulu à la fois élever un monument aux jurisconsultes romains et faire oeuvre pratique pour les juges de son temps. Dans ce but, il a donné aux commissaires le pouvoir de modifier les textes anciens. (I)

Altérations des documents utilisés.

Cette adaptation s'est faite par plusieurs procédés. Le plus simple, très largement employé c'est la coupure: on fait sauter les passages qui se rapportent à un état de droit qui n'existe plus.

Les coupures.

Les commissaires ont aussi supprimé le nom d'institutions anciennes disparues à l'époque de Justinien, pour le remplacer par un nom nouveau. Par exemple, ils ont remplacé le mot mancipatio, mode de transfert de la propriété, qui a disparu sous Justinien, par le mot traditio. De même, ils ont remplacé le mot cognitor, le vieux représentant judiciaire, qui n'existe plus sous Justinien par le mot procurator, le seul représentant judi-

Les substitutions de noms d'institutions.

(I) Dans la constitution Tanta sur la promulgation du Digeste (3ème préface du Digeste) § 10, Justinien dit expressément: multa et maxima sunt quae propter utilitatem rerum transformata sunt - Cf. le § 7 de la const. Deo auctore (1ère préface du Digeste.)

Source : BIU Cujas

ciaire qui existe encore.

Enfin , ils ont parfois procédé par voie de remaniement de texte dans la forme et dans le fond,supprimant un passage ancien pour y substituer un développement nouveau, élargissant ou restreignant la portée du texte. C'est ce qu'on appelle les interpolations proprement dites. Ce sont de véritables falsifications des textes classiques.

Les interpolations proprement dites.

La recherche de ces interpolations a une importance capitale pour la connaissance du droit classique. Des Français s'y sont illustrés, notamment le grand Cujas, le président Fabre, au XVI° siècle, et aussi François de Nesmond, Professeur à l'Université de Poitiers. Voici un petit extrait tout à fait savoureux de ce professeur du XVI° siècle. " Les écrits des jurisconsultes au Digeste ou des empereurs au code ont été si rongés par Tribonian qu'avec les ongles il a coupé la chair vive..... Et se faut à tous coups rompre la tête à deviner ce qui a eté oté". Un auteur allemand Kalb a intitulé son livre: La chasse aux interpolations. La recherche des interpolations a été remise en honneur par l'école historique du XIX° siècle, et elle se poursuit encore aujourd'hui principalement avec Lenel et Beseler. Sur les interpolations de Justinien et leurs différents critères, lire la dissertation de Bonfante, Hi toire du droit romain II, page I4I et l'article de Albertario, Mélanges Bonfante ,I,page 6II.

La recherche des interpolations.

Un relevé complet des interpolations du Digeste avec l'indication des auteurs (avec référence exacte à leur ouvrage) qui les ont proposées en cours d'impression en Allemagne . Il s'agit là d'une oeuvre considérable qui rendra les plus grands services à tous les romanistes. Commencée par L. Mitteis, elle se poursuit sous la direction de Ernst Levy et Ernst Rabel: Index interpolationum quae in Instiani Digestis inesse dicentur, Tomus I ad libros I - XX pertinens, Weimar I929. L'oeuvre est tenue à jour par des suppléments, dont un déjà paru: Supplementum I ad libros I -XII pertinens, Weimar, I929.

L'index des interpolations.

Enfin depuis quelques années, on a découvert que les textes du Digeste ne sont pas seulement impurs du fait de Justinien, mais qu'ils ont subi des altérations plus anciennes, qu'on appelle les interpolations préjustiniennes. En effet, quand les praticiens postclassiques ont utilisé les ouvrages classiques, ils les ont traités très librement, y intercalant des gloses explicatives

Les interpolations préjustiniennes.

Source : BIU Cujas

(glossèmes) remaniant aussi parfois le texte pour l'adapter au droit introduit par les constitutions nouvelles. Il s'agit alors de véritables interpolations. Sur les interpolations préjustiniennes, voir Bonfante, même ouvrage, page I95 et suivantes.

Les sources des Institutes.

3° - Les Institutes (Institutiones Justiniani) sont un manuel en quatre livres, divisés en titres pourvus de rubriques, écrit sur le plan des Institutes de Gaius .(I)

Elles se composent comme le Digeste, presque exclusivement d'extraits de jurisconsultes classiques, mais qui malheureusement n'indiquent pas les sources. Aussi a-t-on essayé de reconstituer les sources des Institutes.

Des Italiens s'y sont livrés récemment, entre autres Ferrini, Sur les sources des Institutes de Justinien, Milan, I890 à I90I. On a même essayé de faire une palingénésie des Institutes de Justinien, comme pour le Digeste, c'est-à-dire de reconstituer les ouvrages qui ont servi à Justinien pour composer les Institutes. Ce travail a été fait par Zocco - Rosa, I908 - I9II.

Sur les sources des Institutes, voir Bonfante II, pages I3I et suivantes.

Les Novelles.

4° - Les Novelles, constitutions impériales postérieures au Code, ont été conservées par des recueils privés; deux en latin, l'Epitome de Julien et l'Authenticum; un en grec, le plus complet le meilleur, connu en Occident depuis le XV° siècle seulement (2).

Des travaux scientifiques récents ont été faits sur les Novelles, principalement par Mr. Noailles, Professeur à la Faculté de droit de Paris dans ses deux thèses de doctorat de Bordeaux I9I2 et I9I4.

§ 3 - Ouvrages postérieurs aux compilations de Justinien.

Les compilations de Justinien furent le point de départ de toute une littérature, qui com-

---

(I) Traduction française: Les Institutes de l'Empereur Justinien, traduites par Hulot, Metz I806 - On trouvera une traduction des Institutes éparse dans le Précis de Droit romain d'Accarias (voir la table à la fin des 2 volumes).

(2) - Traduction française: Les Novelles de l'Empereur Justinien, traduites par Bér nger, 2 vol. Metz, I8I0-I8II.

Source : BIU Cujas

mence avant sa mort et ne finit qu'avec la chute de l'Empire d'Orient.

Voici les plus importants ouvrages, nécessaires pour la compréhension directe des sources Justiniennes.

La Paraphrase des Institutes.

1° - La Paraphrase grecque des Institutes de Justinien, attribuée à son collaborateur Théophile, et appelée souvent la Paraphrase de Théophile. Une édition avec traduction latine en a été donnée par Ferrini.

2° - Un ouvrage des plus importants, les Basiliques, compilation grecque, divisée en soixante livres, subsidivée en soixante livres, subsidivés eux-mêmes en titres, de tout le droit de Justinien encore en vigueur au IX° siècle. Elles ont été rédigées par ordre de l'empereur Léon le Philosophe -(888 à 9II). Une édition avec traduction latine a été publiée par Heimbach en six volumes, 1833 à 1870. Elle a été complétée par Ferrini, 1897. Mais cette édition, qui est la seule, ne répond plus du tout aux exigences de la critique moderne. Elle ne tient pas compte en effet de la disposition matérielle, sur les manuscrits des Basiliques, des scolies qui accompagnent la paraphrase des fragments du Digeste et du Code de Justinien, conformément à la méthode employée par le commentaire des livres sacrés. Le texte grec de ces fragments est, sur ces manuscrits, au milieu de la page en grosse écriture. Il est entouré d'une double chaîne de scolies, également en grec.

Les scolies des Basiliques.

Les scolies de la première chaîne qui entoure le texte de Justinien, sauf du côté de la marge intérieure du manuscrit, sont, d'une part, empruntés aux commentaires de jurisconsultes contemporains de Justinien: Théophile, Dorothée, Stéphane, et d'autre part de l'auteur anonyme de la chaîne, appelé pour cette raison l'Anonyme, qui vivait à la fin du VI° siècle ou au début du VII° siècle.

La Ière chaîne.

Au contraire, les scolies de la deuxième chaîne sont des scolies ajoutées aux textes de Justinien trois siècles plus tard, sur la marge intérieure des manuscrits, et au-dessus de la première chaîne.

La 2ème chaîne.

Cette disposition matérielle est importante car elle détermine la valeur respective des scolies. Elle est surtout sensible sur le fameux manuscrit Coislin (Codex Coislinianus) numéro 152, de la Bibliothèque Nationale. Un fragment de ce manuscrit a été reproduit photographiquement dans la Revue de la Fondation Savigny, 1929, au milieu d'un article important de Lawson, intitulé: Observations concernant le manuscrit

"Les Cours de Droit"
3, Place de la Sorbonne
RÉPÉTITIONS ÉCRITES ET ORALES

Source : BIU Cujas

des Basiliques Coislinianus I52. En terminant il faut signaler une collection d'actes de la pratique du VI° et du VII° siècles, relatifs spécialement au transfert de la propriété soit à titre gratuit, soit à titre onéreux, et dont nous aurons à faire état dans le Cours de cette année, Ils sont connus sous le nom de Papyrus de Ravenne et ils ont été publiés en I805, sous le titre de Papiri diplomatici, par l'abbé Gaetano Marini, conservateur de la Bibliothèque du Vatican. Aussi les appelle-t-on dans certains ouvrages Papyrus Marini.

Section II - Organisation judiciaire et procédure.

Généralisation de la procédure extra ordinem en matière civile.

L'histoire de la procédure romaine est marquée au Bas-Empire par un événement de la plus haute importance. C'est en vue de cet événement que nous nous sommes étendus précédemment sur la procédure administrative. Cet événement, c'est la généralisation au Bas-Empire de la procédure extra ordinem, et son application exclusive à toutes les instances civiles. Comme c'est du Bas-Empire que sont sorties les procédures du droit moderne, on voit l'importance de cette étude. Nous irons souvent jusqu'à des articles du Code de la procédure civile français.

Cette réforme n'est pas l'oeuvre d'une loi.

Le mystère plane encore aujourd'hui sur cet évènement, aussi capital pour la procédure romaine que le fut avant lui l'introduction de la procédure formulaire. L'époque où se fit cette réforme, la manière dont elle se fit, sont encore obscures. Ce qui paraît à peu près certain, c'est que la substitution ne s'effectua pas par une intervention législative analogue à celle de la loi Aebutia et de la loi Julia pour la procédure formulaire, Pernice a fait definitivement table rase de l'opinion suivant laquelle la réforme devait être attribuée à une constitution des empereurs Dioclétien et Maximien de 294. Il a en effet démontré que cette constitution, où il est recommandé aux gouverneurs de provinces de statuer eux-mêmes sur les affaires qu'ils renvoyaient antérieurement à des judices pedanei, ne parlait des procès renvoyés à des jurés par la délivrance de formule (judex electus), mais de délégation aux judices dati de la procédure extraordinaire. Elle suppose donc déja accomplie, au moins pour les provinces (le texte ne parle que des gouverneurs), la réforme relative à la suppression de l'ordo. Et en effet la procédure

Elle est réalisée au milieu du III° siècle dans les Provinces.

à l'avènement de Dioclétien à Rome.

Source : BIU Cujas

de l'ordo n'est plus attestée dans les provinces sénatoriales au milieu du III° siècle, un peu après les Sévères.

A Rome, la substitution de la procédure extraordinaire à la procédure de l'ordo paraît avoir été plus tardive. Elle a dû s'opérer insensiblement dans les années de désordres qui séparent la mort d'Alexandre Sévère (235) de l'avènement de Dioclétien (284), à partir duquel on ne trouve plus en activité aucun des magistrats de l'ordo, préteur urbain et préteur pérégrin, édiles curules. Quoi qu'il en soit, le premier texte juridique impliquant, d'après Mr. Fliniaux, la réalisation complète de la réforme, est une constitution de Dioclétien et Maximien de 295, destinée à maintenir dans la nouvelle procédure l'application des règles relatives à la plus petitio. La façon dont il est vraisemblable que s'opéra la réforme amène naturellement à penser qu'elle n'eut pas pour effet le bouleversement complet des moeurs procédurales de l'époque. Il y eut moins substitution d'une procédure à une autre que fusion de deux systèmes de procédure. Sans doute les caractéristiques de la procédure extraordinaire l'emportent. Il n'y a plus de séparation du jus et du judicium; il n'y a plus d'emploi de formule, mais par ailleurs, on voit pénétrer dans la nouvelle procédure la terminologie propre à la procédure formulaire. Toutefois, sous ces étiquettes, par exemple: litis contestatio, on aurait tort de vouloir découvrir dans leur intégrité les institutions anciennes qu'elles évoquent. Si la terminologie est la même, l'âme de l'institution s'est entièrement transformée.

Caractères de cette réforme.

Après ces considérations générales, examinons les diverses autorités de l'ordre judiciaire au Bas-Empire. Puis nous dégagerons les caractères généraux de la procédure extra ordinem généralisée; enfin, nous retracerons la marche d'un procès sous cette procédure.

§ I - Autorités de l'ordre judiciaire.

Il faut avec soin distinguer, d'une part, les autorités rendant la justice à Rome ou à Constantinople, et, d'autre part, celles la rendant dans les provinces. Il faut aussi distinguer les majores causae, c'est-à-dire les causes les plus importantes, et les minores causae, c'est-à-dire les causes les moins importantes. Le criterium de la distinction est la valeur du litige. Nous avons déjà rencontré cette distinction pour les magistrats municipaux. Prenons pour cadre la

Distinctions à faire.

Source : BIU Cujas

seconde division.

I.- Les majores causae.

Le juge de droit commun est à Rome et dans l'urbica diocaesis, le praefectus Urbi.

A Rome, et dans un rayon de cent mille autour de Rome, c'est-à-dire ce qu'on appelle l'urbica diocaesis, et aussi à Constantinople, depuis 359, sous Constance, le juge ordinaire est le praefectus Urbi, qui s'est substitué au préteur urbain, en ce qui concerne l'administration de la justice civile. Etant donné le grand nombre d'affaires portées devant lui, il se déchargeait souvent auprès de Judices pedanei, délégués spécialement nommés pour la connaissance d'une affaire déterminée.

Dans les provinces, le gouverneur.

Dans les provinces, le juge ordinaire est le gouverneur de la province, qui porte dans les sources divers noms: praeses, rector, judex ordinarius, enfin souvent judex tout court.

Disparition des conventus.

Les provinces, qui s'étaient déjà multipliées sous Dioclétien, augmentent encore en nombre après lui. Dès Dioclétien disparaissent les conventus. Les gouverneurs ne rendent plus la justice dans diverses villes de la province. Ils jugent au chef-lieu de la province. Ils peuvent aussi renvoyer la connaissance d'une affaire déterminée à un judex pedaneus.

II - Les minores causae.

Les duoviri jugent les minores causae.

Pour les minores causae, étaient compétents à Rome, à Constantinople et dans les provinces, des juges municipaux, les duoviri, auxquels se substitua, à la fin du Bas-Empire, un fonctionnaire nouveau, le defensor civitatis, qu'on étudiera dans le cours d'histoire du droit.

Compétence de l'empereur, des préfets du prétoire et des vicaires.

Tels sont les juges ordinaires au Bas-Empire. Mais au-dessus d'eux, on rencontre des autorités supérieures. L'empereur peut juger toute affaire en premier ressort, en vertu de son droit d'évocation. Mais il juge ordinairement comme juge d'appel. Jugent aussi les préfets du prétoire et leurs vicaires. Du vicaire, on peut appeler à l'empereur, mais pas du préfet du prétoire, considéré comme une émanation même de l'empereur, comme son représentant direct.

§ 2 - Caractères généraux de la procédure extra ordinem généralisée.

La procédure est secrète,

1° - La nouvelle procédure tend à devenir de plus en plus secrète. A Rome, le magistrat se tient dans un bâtiment administratif, la basilique. On trouve encore à Rome la basilique de Constantin. Les dé-

Source : BIU Cujas

bats ont lieu dans le secretarium ou secretum, réservé au juge. Le juge est séparé du public par des grilles (cancelli) et des rideaux (vela) qu'on n'ouvre qu'à de certains moments, par exemple, pour le prononcé de la sentence. Pour les détails, on trouvera des renseignements dans un article de Monnier et Platon, Nouvelle Revue historique 1914, page 325.

écrite, 2° - La procédure devient de plus en plus écrite. On rencontre des procès verbaux relatant les déclarations des parties, des requêtes écrites adressées au juge, et quantité d'autres écrits. Voir dans Girard, Textes, le fameux édit du gouverneur de Numidie, du temps de l'empereur Julien (361 à 363) page 182.

Il n'y a plus de formule. Mais si la procédure devient de plus en plus écrite, il n'y a plus de formule, comme sous la procédure formulaire. En conséquence:

a) Les distinctions entre les actions qui reposaient sur une particularité de la formule ont perdu leur raison d'être. Par exemple, les actions fictices. Si certaines distinctions ont été cependant maintenues, par exemple, celles des actions de droit strict et bonne foi, celle des actions in jus et in factum, c'est du point de vue du fond, et non plus du point de vue formel.

Anciennes distinctions des actions.

Du point de vue du fond, des distinctions nouvelles sont même apparues au Bas-Empire. Ainsi la division des actions générales et spéciales. Exemple d'action générale: la condictio generalis, par laquelle, dans le droit de Justinien, un créancier, quelle que soit la cause de sa créance, apprécie et réclame en argent ce qu'on lui doit.

La condictio generalis.

b) Certaines voies de droit de la procédure formulaire, distinctes des actions à cette époque, et que nous retrouvons au Bas-Empire, ont changé complètement de caractère. Ainsi d'abord les exceptions. Sous la procédure formulaire, l'exception était une partie spéciale de la formule. Au Bas-Empire, l'exception n'a plus d'importance que comme s'opposant au moyen de défense proprement dit.

Les exceptions.

Quant aux interdits, sous la procédure formulaire, l'interdit était un ordre conditionnel du préteur, pouvant conduire à un procès, faire naître une action. Au Bas-Empire, on entend par interdits, des actions comme les autres. On dit toujours interdits mais ce sont des actions. C'est ce que nous apprend Justinien, Institutes, 4, 4.8. "Aujourd'hui on juge sans interdit comme si une action utile avait été donnée en exécution d'un interdit". Autrement-dit, on

Les interdits sont devenus des actions.

Source : BIU Cujas

donne une action comme si un interdit avait été rendu, alors qu'il n'a pas été rendu. Sur les interdits à l'époque de Justinien, consulter Albertario, Actio e interdictum, Revue italienne pour les sciences juridiques, tome 52, année 1912.

3° caractère: La procédure cesse d'être gratuite. On voit apparaître la pratique des sportulae, rémunération que les plaideurs doivent fournir aux divers auxiliaires de la justice: huissiers, greffiers, etc,.. On trouve des renseignements sur ces sportulae dans l'édit précité du gouverneur de Numidie.

Les sportulae.

§ 3 - Marche générale d'un procès

sous la procédure extra ordinem généralisée.

Nous nous contenterons d'indiquer les principales modifications, en suivant l'ordre du procès.

I. La citation en justice.

On assiste au développement de la denuntiatio semi-officielle sous le Principat. On rencontre au Bas-Empire deux systèmes de citation particuliers, qui s'apparentent à la denuntiatio semi-officielle et qui se sont succédé depuis Constantin.

2 modes de citation:

1° mode de citation: le système de la litis denuntiatio, expression forgée par les interprètes du Droit romain. Aux sources qu'on connaissait depuis longtemps, à savoir deux constitutions capitales, de Constantin de 322, Code Théodosien, 2, 4, 2 et de Théodose de 424, Code Théodosien, 4, 14, I., sont venues s'ajouter des sources nouvelles, les fameux papyrus d'Oxyrinchus n° 1876 à 1880, publiés dans le tome XVI de la collection anglaise des dits papyrus.

a) La litis denuntiatio.

L'introduction de l'instance, dans un tel système, se fait par une requête adressée au tribunal, ou à un autre bureau officiel ayant le jus actorum conficiendorum, c'est-à-dire le pouvoir d'enregistrer, d'authentiquer les actes juridiques. Cette requête porte le nom technique de postulatio simplex, c'est-à-dire unilatérale (1). Dans cette requête, le demandeur postule aux fins d'assigner le défendeur un jour déterminé devant le tribunal. Cette requête renfermait nécessairement un résumé de la prétention du demandeur. C'est cette partie qu'on appelle le libellus (aujourd'hui, le libellé dans l'assignation). Cons. von Premerstein. Article libellus dans Pauly-Wissowa.

La requête au Tribunal.

Le libellus.

(1) Consulter l'article de Mr. Fliniaux, Contribution à l'histoire des modes de citation au Bas-Empire. La postulatio simplex, Revue hist. de droit, 1930, p. 193 et suiv.

Source : BIU Cujas

Le permis de citer.

Au moyen d'une mention au bas de la requête, le magistrat autorise la citation, et celle-ci est faite sur la demande du demandeur par un agent ayant un caractère officiel.

Le délai de quatre mois.

De la citation court un délai de quatre mois, appelé cursus temporum au Code Théodosien, délai dans lequel devaient commencer les débats, sous peine, après le dernier jour, appelé dies legitimus, de déchéance de la demande, dont le demandeur ne pouvait être relevé que par le magistrat, par une reparatio temporum, laquelle ne pouvait être obtenue que deux fois.

La procédure sommaire.

Telle est la procédure normale, de droit commun. Mais dans certaines affaires, principalement dans les procès portant sur des dettes de sommes d'argent ayant leur source dans un prêt ou un engagement par écrit, la procédure de citation par litis denunciatio pouvait être mise de côté. On pouvait être affranchi de l'observation de ses formes, et en même temps des délais. C'est cette procédure, qui fonctionne dans des cas très nombreux, qu'on appelle procédure sommaire. Au Code Théodosien 2,4,6, une constitution d'Arcadius Honorius et Théodose de 406 donne l'énumération des causes qui peuvent être soustraites à la procédure de droit commun, denunciatione et temporum observatione remota, la dénonciation et l'observation des temps étant écartées. Sur la procédure dite sommaire, cons. l'art. de Biondi dans le Bull. dell'Ist. di dir. rom. XXX, 1921, p. 220 et suiv.

b) La procédure par libelle.

2° - Puis nous arrivons à l'autre système, la procédure par libelle, du temps de Justinien, dont nous aurons à suivre les destinées dans le droit moderne. Dans ce système, le demandeur adresse au juge un double exemplaire d'un écrit portant l'indication de l'objet de la demande, qu'on appelle le libellus conventionis, et il prie le juge, dans une requête appelée postulatio simplex, d'autoriser la continuation de la procédure, en particulier la remise de la demande au défendeur. Dans la demande, le demandeur doit se conformer aux conditions exigées pour l'éditio actionis.

Le libellus conventionis.

Les cautions.

Le demandeur doit fournir des cautions, notamment celle de continuer le procès jusqu'au jugement. Et il faut voir dans cette caution l'origine de la fameuse caution judicatum solvi du droit international privé moderne. C'est ce qu'a très bien établi récemment Mr. Philonenko, La caution judicatum solvi, Journal de droit international, 1929, page 612.

Le juge examine sommairement la requête à lui adressée et rend un jugement interlocutoire, sententia, interlocutio, qui admet ou rejette cette requê-

Source : BIU Cujas

Le jugement interlocutoire. L'admonitio.

te. Ce jugement interlocutoire est rendu sans examen de l'affaire au fond. Le juge ne rejette la demande que si les causes de rejet sont incontestables. C'est la survivence de la denegatio actionis de la procédure formulaire. Si le juge admet la demande, il ordonne la citation du défendeur, admonitio. A cet effet, un agent du tribunal, exsecutor, remet au défendeur un des deux exemplaires du libellus conventionis adressé au juge. Le défendeur doit d'abord payer à l'exsecutor les sportulae. Ensuite, il doit accuser réception du libelle, puis, dans un écrit appelé libellus responsionis, consigner ses objections aux prétentions du demandeur, enfin fournir caution de comparaître et de défendre, cautio judicio sisti. Entre la citation et l'ouverture des débats devait s'écouler un délai d'au moins vingt jours (anciennement il était de dix jours).

Influence de la procédure par libelle.

Ce système de citation fut conservé au Moyen-Age, et passa dans la procédure romano-canonique. On trouvera des renseignements sur cette citation dans l'ouvrage du grand canoniste Guillaume Durand, Speculum judiciale. Ce n'est pas le système qui a été adopté par notre Code de procédure civile. En France, l'assignation peut être notifiée au défendeur par huissier, sans autorisation de citer du magistrat (art. 59 et suivants). C'est un système d'origine germanique, et c'est avec ce caractère que se présente la citation dans le droit allemand (Code de procédure civile allemand § 253).

Le système français.

2° - La procédure par défaut.

La procédure par défaut.

D'une façon générale fonctionne la procédure par défaut. Mais il s'agit là d'un système assez compliqué, dans les détails duquel nous n'entrerons pas. Il se rattache étroitement à la citation . Indiquons un ouvrage qui fait autorité: Steinwenter, Etudes sur la procédure par défaut, Munich, 1914.

3° - La liaison du procès.

La litis contestatio a changé de sens.

Le terme litis contestatio se rencontre fréquemment dans les sources du Bas-Empire, mais il n'a rien de commun avec la litis contestatio de la procédure formulaire. Le terme a été maintenu, mais l'âme de l'institution s'est transformée. Deux critères différents ont été utilisés au Bas-Empire pour la liaison du procès, auxquels se rattachent les effets de l'ancienne litis contestatio (notamment la transmission de l'action aux héritiers). On trouve deux moments auxquels on s'est rattaché:

Source : BIU Cujas

Moment de la liaison du procès.

a - La citation en justice.

b - Le moment où les parties formulent pour la première fois devant le magistrat leurs prétentions respectives. Code de Justinien, 3,9,I, texte très important.

Aujourd'hui on rencontre en France le même système mixte. Presque tous les effets partent de la demande en justice. Voir Garconnet et Cézar-Bru, Traité théorique et pratique de procédure, tome II, première partie, numéros 194 et suivants. Mais certaines conséquences relativement peu importantes (la mort d'une des parties au cours du procès- ou la cessation des fonctions d'un avoué, n'a plus d'influence sur la marche de la procédure) sont rattachées à ce qu'on appelle la mise en état, à quoi se réduit aujourd'hui purement et simplement la vieille litis contestatio du droit romain, interprêtée comme le faisait le Code de Justinien, 3,9,I. C'est en effet le critère qu'avait adopté l'ancien droit français, sous le nom de litis contestation, contestation en cause. C'était le moment de l'exposé contradictoire de la cause par les parties devant le juge.

La contestation en cause dans l'ancien droit.

La mise en état et l'art. 343 du C. proc. civ.

Lisons maintenant l'art. 343 du Code de procédure civile: "l'affaire sera en état (voilà ce qui reste de la litis contestatio) lorsque la plaidoirie a commencé. La plaidoirie sera réputée commencée, quand les conclusions (comparer le code de Justinien) auront été contradictoirement prises à l'audience".

Sur la litis contestatio de la procédure extra ordinem généralisée, lire l'art. de Mr. Fliniaux. Revue historique de droit, 1923 pages 190 et suivantes, et l'article plus récent de Steinwenter, Die Litiskontestation im Libellprozess, Revue de la Fondation Savigny, 1930, p. 184 et suiv.

Sur les destinées la litis contestatio, depuis le Moyen-Age, jusqu'au droit moderne, consulter Rudolf Sohm, La litis contestatio dans son développement depuis le Haut Moyen Age jusqu'au temps présent, Leipzig 1914 (en allemand).

4° - L'exécution de la sentence.

L'exécution a lieu même par la force.

Le défendeur, même quand il est condamné, peut être contraint de s'exécuter au besoin par la force, manu militari. Sinon des procédés de contrainte nouveaux interviennent.

Le pignus ex causa judicati captum.

1° - Le pignus ex causa judicati captum, le gage pris pour assurer l'exécution d'un jugement. Il consiste dans la saisie d'un bien particulier en vue d'assurer cette exécution.

Source : BIU Cujas

La distractio bonorum.

2° - La distractio bonorum, en cas de pluralité de créanciers. C'est l'institution de la venditio bonorum de la procédure formulaire qui s'est complètement transformée. Avec cette nouvelle procédure, il n'y a plus vente en bloc du patrimoine à un adjudicataire unique, comme dans la venditio bonorum. Les biens sont vendus successivement. On s'arrête, dès que le produit des ventes suffit à désintéresser tous les créanciers. Cette transformation est la conséquence immédiate de la généralisation de la procédure extra ordinem, car la venditio bonorum n'avait de raison d'être, nous l'avons vu, que dans l'absence de procédure par défaut.

Section III - Caractères généraux du droit privé.

Il est certain que le droit privé du Bas-Empire, qui trouve un aboutissement dans la grande oeuvre législative de Justinien au VI° siècle, a subi des transformations depuis Dioclétien. Mais encore aujourd'hui on est loin d'être d'accord sur les influences qui ont présidé à ces transformations depuis l'époque de Dioclétien, jusqu'aux compilations de Justinien, et pas davantage, en ce qui concerne les caractères généraux qu'il convient d'assigner à l'oeuvre législative de Justinien.

A - Influences qui se sont exercées sur la transformation du droit classique au Bas-Empire depuis l'époque de Dioclétien jusqu'aux compilations de Justinien.

Deux thèses opposées sont en présence. La première donne la prépondérance à la Doctrine, la seconde à la Pratique.

Ière thèse : L'influence de la Doctrine (1).
Tous les changements du droit classique qui se manifes

(1) Cette thèse, posée par Rotondi, aujourd'hui décédé, dans plusieurs articles publiés dans son Scritti giuridici, I, 1922, a été adoptée: en Italie par de Francisci, en dernier lieu, Esquisses de Droit Romain, extrait de la Themis polonaise, 3° série, 3° volume, Varsovie, 1926-27, p. 40 et s.;Albertario, Il diritto privato romano nella sua formazione storica e nella sullo formazione giustinianea, 1927; en Allemagne, Partsch, Rev. de la Fondation Savigny, 192I p. 26I;

Source : BIU Cujas

Ière Thèse.

tent dans le Droit du Bas-Empire seraient l'oeuvre exclusive de la Doctrine de l'Orient, et spécialement de l'enseignement de l'Ecole de Droit de Beyrouth à la fin du V° siècle. Les professeurs de l'Ecole de Beyrouth, les maîtres oecuméniques, auraient été amenés à remanier les ouvrages des jurisconsultes de l'Epoque classique en s'inspirant d'une part des pratiques et coutumes orientales, et de l'autre des procédés de la rhétorique et des conceptions de la philosophie grecque.

Influence de l'école de droit de Beyrouth.

2ème thèse: L'influence de la Pratique (2)

2ème Thèse.

Toutes les innovations réalisées dans le droit privé au Bas-Empire seraient dues à la Pratique, à la Pratique de l'Occident et plus spécialement à celle de l'Italie, et cela dès le III° siècle. Dans le rôle ainsi joué par la Pratique, il y aurait lieu de distinguer d'une part celui des hommes de loi qui auraient procédé à des "réécritures" des textes classiques ou à des résumés (Epitome) et paraphrases (Interpretatio), des ouvrages classiques, - et d'autre part celui des tribunaux qui, à la suite de la disparition des formules concomitante à la généralisation de la procédure extraordinaire, auraient été particulièrement amenés à opérer la fusion du jus civile et du jus praetorium.

Influence des hommes de lois et des tribunaux.

Le Congrès d'Oslo de 1928.

De quel côté se trouve la vérité ? L'importance du problème a amené les préparations du Congrès international des sciences historiques qui s'est tenu à

---

(1) suite) 1924, p. 560; Pringsheim, même Revue, 1921 p. 273; p. 643; Kunkel, même Revue, 1925, p. 288, p. 344; 1928, p. 721 - en France, Collinet, Etudes hist. sur le Droit de Justinien, I, 1912; II, 1925. Les preuves directes de l'influence de l'enseignement de Beyrouth sur la codification de Justinien, dans la revue, Byzantion 1927.

(2) Cette thèse a été présentée et soutenue à plusieurs reprises par Riccobono, professeur à l'Université de Palerme, entre autres: Fasi e fattori dell' evoluzionne del diritto romano, Mélanges Cornil, 1926, II, p. 237 et suiv; Punti di vista critici e ricostrutivi, dans les Annales du Séminaire juridique de l'Université de Palerme, t. XII, 1928, p. 477 et suiv.

Source : BIU Cujas

Oslo en Août 1928, à en faire le sujet d'une discussion à laquelle seraient appelés à prendre part les membres du Congrès (section d'histoire ancienne). Le soin de faire un rapport sur la question et destiné à servir de guide dans la discussion, fut confié à Mr. Collinet. Ce rapport a été publié dans le Bulletin of the International Committee of historical sciences, Juillet 1928.

Au congrès d'Oslo, une communication importante fut faite par Ernst Levy, aujourd'hui professeur à Heidelberg, et que celui-ci publia ensuite dans la Revue de la Fondation Savigny 1929, p. 230 et suiv. sous le titre: Occident et Orient dans le développement post classique du droit romain. On y voit exposée cette thèse: que le problème présente la plus grande complexité, que sans aucun doute ont agi en même temps les deux influences orientale et occidentale et que par suite le travail du romaniste consiste à essayer de dégager leur importance respective.

Tendance actuelle vers une thèse éclectique.

Il semble bien que c'est du côté de cette solution toute éclectique que l'on ait des chances de rencontrer la vérité. C'est dans cette voie que s'est engagé Mr. Collinet, qui a cru nécessaire de jeter du lest, en se montrant beaucoup moins absolu que dans ses travaux antérieurs. Le titre de son article paru dans la Revue historique de droit 1928, p. 551; 1929, p. 5 et suiv.: Le rôle de la Doctrine et de la Pratique dans le développement du droit romain privé au Bas-Empire, essai de mise au point de la controverse, nous éclaire sur ses intentions. Mais il nous paraît avoir sous-estimé le rôle joué par la Pratique occidentale et avoir donné une trop large place à la Doctrine de l'Orient et en particulier à l'Ecole de droit de Beyrouth.

A la suite de Messieurs Ernst Levy et Collinet, et en nous inspirant de leurs travaux (auxquels il faut joindre l'article de Chiazzese, élève de Riccobono, qui reprend et maintient dans son ensemble la thèse de son maître, article paru dans l'Archivio giuridico, 1930, sous le titre: Nouvelles orientations dans l'histoire du droit romain. Revue (Rassegna) de littérature romanistique, ainsi que l'article d'Albertario, Mélanges Bonfante, I, p. 609 et suiv., qui défend la thèse de l'influence exclusive de l'Orient), nous allons tenter de poser brièvement les bases de la thèse que nous pouvons appeler la thèse transactionnelle.

Source : BIU Cujas

3ème thèse: La double influence de la Pratique et de la Doctrine.

Exposé de cette théorie éclectique telle que la conçoit Mr. Fliniaux.

I° - En ce qui concerne la doctrine, son influence s'est certainement exercée aussi bien en Occident qu'en Orient . A l'école de droit de Beyrouth on peut opposer avec Ernst Levy, page 233, l'école de droit de Rome qui a laissé des traces de son activité, avant 400 après Jésus-Christ.

Rôle modeste de la Doctrine.

Mais le rôle de la Doctrine a été des plus modestes .Depuis le substantiel travail de Stroux, il n'est plus possible de soutenir que c'est seulement à l'époque postclassique que l'on assiste dans le droit romain à la pénétration des conceptions philosophiques grecques et à l'emploi des procédés de la rhétorique grecque. Il est aujourd'hui impossible d'affirmer que tous les textes du Digeste de Justinien où il est parlé d'équité, du rôle de la voluntas, de responsabilité subjective, etc, renferment les traces certaines d'interpolations préjustiniennes ou justiniennes.

Rôle important de la pratique.

2° - C'est la pratique qui a joué le rôle de beaucoup le plus important.

Elle a très souvent suscité en même temps, en Orient et en Occident, les mêmes réformes, et cela par suite d'un développement original parallèle. Il en a été ainsi pour ce qui est de la mancipation, mode solennel de transfert de la propriété, qui tombe pratiquement peu à peu en désuétude dans les deux Empires. De même sur le terrain de la procédure, la généralisation de la cognitio extra ordinem a entraîné des conséquences identiques aussi bien en Occident qu'en Orient. Enfin il n'est pas invraisemblable que des coutumes orientales parmi celles qui, nous l'avons vu, constituaient sous le Principat le droit local (Volksrecht) par opposition au droit officiel (Reichsrecht), aient été adoptées simultanément par la pratique occidentale et la pratique orientale, par exemple l'emploi de l'écriture pour la rédaction des actes.

B - Caractères généraux de l'oeuvre législative de Justinien.

La constitution Deo auctore du 15 décembre 530 par laquelle Justinien ordonnait la compilation du Digeste(et qui constitue la Ière préface du Digeste)renferme les indications précieuses que voici, en tant qu'elle fixe aux compilateurs leur rôle.

Source : BIU Cujas

Le § IO de la Const. Deo auctore (Ière préface du Digeste).

§ IO : Sed et si quae leges in veteribus libris positae jam in desuetudinem abierunt, nullo modo vobis easdem ponere permittimus cum haec tantummodo optinere volumus, quae vel judiciorum frequentissimus ordo exercuit vel longa consuetudo hujus almae urbis comprobavit, secundum salvii juliani scripturam, quae indicat debere omnes civitates consuetudinem Romae sequi, quæ caput est orbis terrarum, non ipsam alias civitates. Romam autem intellegendum est non solum veterem, sed etiam regiam nostram, quae deo propitio cum melioribus condita est auguriis. En ce qui touche les lois, renfermées dans les anciens ouvrages, et qui sont tombées en désuétude, nous ne vous autorisons nullement à les faire entrer dans les compilations, attendu que nous voulons seulement accueillir celles que, ou bien a appliquées une pratique répétée des tribunaux, ou bien a consacrées un long usage de la ville de Constantinople, conformément à ce qu'a écrit Salvius Julianus, que toutes les cités doivent suivre la coutume de Rome; qui est la tête de l'Empire, et que ce n'est pas Rome qui doit suivre les autres cités. Mais par Rome il faut entendre non seulement l'ancienne, mais encore notre ville royale (c'est-à-dire Constantinople), qui par la grâce de Dieu a été fondée sous de meilleurs auspices.

Deux interprétations opposées en ont été proposées.

Tout le monde s'accorde à interpréter le début de ce texte dans ce sens, que les compilateurs se voient interdire d'insérer dans leur compilation les solutions rapportées par les anciens ouvrages des jurisconsultes, lorsque celles-ci sont tombées en désuétude. Mais il y a désaccord en ce qui touche l'interprétation à donner à la suite du passage:

a) Mr. Riccobono (Pienti di vista critici e ricostruttivi, p. 513) soutient que les solutions dont il est parlé à cet endroit ne peuvent s'entendre que des solutions se trouvant déjà consacrées dans les ouvrages des jurisconsultes, que par conséquent les compilateurs n'avaient pas reçu le pouvoir d'insérer d'office, dans la compilation, les coutumes helléniques et orientales en vigueur à Constantinople et dans les pays helléniques, mais seulement celui d'accueillir dans la compilation les coutumes de cette espèce qui se trouvaient déjà avoir été consacrées dans les ouvrages anciens.

b) - Au contraire M. André Boyé, article précité: le droit romain et les papyrus d'Egypte,

Source : BIU Cujas

p.548, voit dans la fin du texte l'expression de la volonté de Justinien de faire insérer dans sa compilation, à côté des solutions consacrées par les anciens ouvrages, les coutumes de l'orient hellenisé, qui auraient ainsi reçu dans la compilation leur consécration finale.

C'est du même coup posé par la Const. Deo auctore le problème si délicat du caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien.

Opinion de Mr. Fliniaux en ce qui touche le soi-disant caractère orientale de l'oeuvre législative de Justinien. Les influences orientales, nettement visibles dans le Code et les Novelles, n'apparaissent pas dans le Digeste.

Nous n'hésitons pas à préférer l'interprétation de Riccobono, non seulement parce qu'elle tient mieux compte de la lettre même du texte, mais encore parce qu'elle correspondâune distinction qui tend de plus en plus à s'affirmer chez les romanistes (Voir en dernier lieu l'article de Buckland, professeur à l'Université anglaise de Cambridge, Revue d'Histoire du Droit (hollandaise), 1930, p. 117) en ce qui concerne le caractère oriental qu'il convient d'assigner à l'oeuvre législative de Justinien. Il importe en effet de distinguer nettement le Digeste du Code et des Novelles. Tandis que les influences helléniques ou orientales se laissent facilement découvrir dans le Code et les Novelles, ces influences sont encore aujourd'hui à démontrer et sont improbables quant au Digeste.

En conséquence M. Fliniaux pense que l'ouvrage de Mr. Collinet: Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien (Tome I de ses Etudes historiques sur le droit de Justinien, 1912) doit faire, sur cette base, l'objet d'une révision complète.

Caractères vraiment généraux de l'oeuvre législative de Justinien.

Si maintenant laissant de côté les influences orientales, nous cherchons à dégager les caractères généraux de l'oeuvre législative de Justinien, caractères s'appliquant aussi bien au Digeste qu'aux autres parties de son oeuvre (Code, Novelles, Institutes) , nous pouvons les grouper autour des deux idées suivantes; L'esprit traditionaliste et l'esprit novateur.

§ I - L'esprit traditionaliste dans l'oeuvre de Justinien.

Le respect de la tradition se découvre à de nombreux endroits de l'oeuvre justinienne. Et ce respect donne naissance aux deux tendances suivantes:

I°.- une tendance conservatrice: c'est le droit ancien qui est à la base de la législation nouvelle. Celui-ci est conservé en principe avec cependant un certain rajeunissement sur lequel le §7 de la Constitution Deo auctore (Ière préface du Di-

Source : BIU Cujas

geste) nous donne des indications: Le texte des ouvrages anciens peut être raccourci en cas de longueurs inutiles, la rédaction peut en être réformée en cas d'imperfection (I) Il en résulte - constatation des plus importantes à faire- que toutes les interpolations ne sont pas elles-mêmes créatrices de droit nouveau. Beaucoup d'entre elles ne sont que des réécritures de textes anciens, n'entraînant que des changements quant à la forme et non quant au fond (En ce sens Riccobono dans les articles précités).

2° - Une tendance archaïque. L'épithète est de Pringsheim: titre de son article des Mélanges Bonfante I, p. 549: Die archaistische tendenz Justinians. Tout au long de l'oeuvre de Justinien transpire son désir de réssusciter le passé, d'évoquer l'antiquité pour laquelle il professe une grande admiration: Tanta autem nobis antiquitati habita est reverentia, nous avons eu un si grand respect pour l'antiquité, écrit-il au § IO de la Const. Tanta (3° préface du Digeste). C'est la raison qui l'a conduit à mettre le nom des anciens jurisconsultes en tête de chaque extrait de leur oeuvre (inscriptio). C'est ce qui explique le nombre important de fragments du Digeste renfermant des références à la vieille loi des XII Tables, etc... (Voir autres manifestations de cette tendance dans l'article de Pringsheim).

§ 2 - L'esprit novateur dans l'oeuvre de Justinien.

Cet esprit novateur se traduit en certaines tendances:

I° - Une tendance unificatrice.

C'est avant tout, dans cet ordre d'idées, le désir de réaliser la fusion du droit quiritaire et du droit prétorien, in unam consonantiam jus civile et praetorium jungi , de ramener à l'harmonie le droit civil et le droit prétorien : Inst. de Justinien, II IO, 3.

Dans le cours de cette année, nous verrons cette fusion s'opérer en ce qui concerne le droit de propriété et le droit successoral.

Cette tendance à l'unification amènera aussi

(I) Cela est confirmé par le rapprochement d'extraits de jurisconsultes classiques figurant à la fois au Digeste et dans des recueils antérieurs au Digeste (Fragmenta Vaticana, Collatio legum mosaicorum et romanarum).

Source : BIU Cujas

le droit de Justinien à fusionner soit des institutions voisines du droit civil (ex: la tutelle et la curatelle) ou du droit prétorien (ex. le receptum argentarii et le pacte de constitut), soit des actions différentes servant à sanctionner ce même droit. Ex. l'actio rei uxoriae et l'actio ex stipulatu en ce qui concerne l'obligation pour le mari de restituer la dot.

2° - une tendance généralisatrice.

Cette tendance amena Justinien à généraliser des moyens de droit. Tel est le cas de la fameuse condictio certi -generalis) que créa par voie d'interpolation Justinien en vue de sanctionner, à l'aide d'une action générale unique toute une série de droits pour chacun desquels existait une action particulière. Et parfois, en généralisant le domaine d'application d'un moyen de droit déterminé, Justinien en arrive à généraliser du même coup toute une théorie, tout un système juridique. Il en fut ainsi, comme nous le verrons dans le cours de 2ème année, pour le damnum injuria datum, qui, à l'époque de Justinien, grâce à la création d'une actio in factum generalis (indiquée par Hagio - théodore sur Dig. IX, 2, 27, 2I, Basiliques 60,3,27, scolie 65, Heimbach t. V. p. 295. Voir à ce sujet les travaux de Rotondi), servit, à l'instar de l'article 1382 du Code Civil français, à assurer la réparation de tout dommage causé à autrui.

3° - une tendance équitable et humanitaire.

Le souci de l'équité que nous avons rencontré chez les jurisconsultes romains depuis la fin de la République s'est maintenu aux Bas-Empire. Seulement, le soin de faire triompher l'équité à l'encontre du droit strict y est devenu en quelque sorte le monopole de l'autorité impériale. C'est ce qu'affirme Constantin en 3I6: Code de Justinien, 1, 14, 1: inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere, Théodose en 450, Code Just. 5, 14, 8: conditores legum aequitatis convenit esse fautores,et que Justinien répond pour son compte dans la Constitution Tanta (3° préface du Digeste) § 2I.

Mais sous l'influence du christianisme, la notion d'équité se trouve pénétrée de sentiments humanitaires. Des textes parlent d'humanitas (Code de Justinien 7. 3. 3), d'humana interpretatio (Dig. 38, 17, 1, 6, interpolé) (1), de fides humana (Dig. 2, 14, 1 pr.

(1) La phrase et certe humanae rationis est favere mis- rioribus, que l'on rencontre dans les Sentences de Paul, 4, 12, 5 (Extrait du Bréviaire d'Alaric), nous paraît être un glossème postclassique.

Source : BIU Cujas

interpolé), cette fides humana s'apparentant bien plutôt à la foi chrétienne qu'à la bonne foi du droit classique.

Et cela nous explique l'extension considérable donnée par Justinien au système des actions de bonne foi. Figurent en plus, dans l'énumération que nous donne Justinien dans ses Institutes, IV, 6, 28, l'action de gage, les actions en partage, (actio familiae erciscundae, actio communi dividundo) l'actio praescriptis verbis et la pétition d'hérédité.

2ème PARTIE

SYSTEME GENERAL DU DROIT PRIVE ROMAIN.

Plan de la 2ème partie.

Nous allons tenter, sur les bases solides de la première partie, d'édifier ce monument qu'est le droit privé romain. Avant d'aborder cette 2ème partie, se pose une question des plus importantes. Exposer le droit privé romain, c'est décrire les diverses institutions de droit privé qui sont nées et se sont développées à Rome pendant de longs siècles. Quel plan convient-il de suivre pour faire cet exposé ?

Le plan par périodes chronologiques.

Deux méthodes opposées se conçoivent.

La première méthode, la plus conforme à la méthode historique, consiste à exposer l'ensemble du droit privé romain successivement dans chacune des grandes périodes de l'histoire du droit romain. Nous ne disons pas: de l'histoire romaine. Dans la première partie, nous avons suivi les différentes périodes de l'histoire romaine. Ici, il s'agit des périodes de l'histoire du droit romain, à savoir:

1° Période: l'ancien droit, allant des origines, jusqu'à l'introduction de la procédure formulaire, au début du VII° siècle de Rome.

2° Période: le droit classique, marquant l'apogée du droit à Rome, de l'introduction de la procédure formulaire à l'avènement de Constantin, au début du IV° siècle après J.C.-

3° Période: le droit byzantin ou du Bas-Empire, du début du IV° siècle jusqu'à la mort de Justinien (565).

Ce plan chronologique a été suivi déjà par plusieurs auteurs, principalement par Mr. Cuq, dans la

Source : BIU Cujas

première édition de ses Institutions juridiques des Romains, et récemment par Mr. Cornil, Professeur à l'Université libre de Bruxelles, dans son Manuel de droit romain.

Inconvénients de ce plan.

Mr. Fliniaux ne suivra pas ce plan. Il présente, à son avis, des inconvénients, dont le principal est de faire perdre de vue le détail de l'évolution. Découper les institutions en plusieurs tranches successives, c'est risquer de détruire pour plusieurs d'entre elles toute unité et s'exposer à des redites.

La division rationnelle combinée avec la méthode historique.

La deuxième méthode, que Mr. Fliniaux adopte, consiste à prendre, comme cadre général, une division rationnelle et, dans ce cadre, à utiliser la méthode historique, c'est-à-dire à retracer l'histoire de chacune des institutions ainsi mises en ordre, en utilisant, s'il y a lieu, au sein de chacune d'elles, la division chronologique, indiquée ci-dessus. C'est la méthode suivie par Girard dans son Manuel, et par la majorité des auteurs.

Une autre question plus délicate se pose: Quel sera ce plan rationnel ? On peut hésiter entre deux solutions: ou bien se référer à un plan purement romain, c'est-à-dire un des plans suivis par les jurisconsultes romains dans leurs ouvrages pour l'exposé de l'ensemble du droit privé; ou bien, au contraire, à un plan purement moderne, c'est-à-dire se rapprochant le plus du plan des ouvrages les plus récents sur le droit civil français.

Voici quelques indications sur ces deux plans.

Le plan romain.

I - Le plan purement romain.

Il ne peut s'agir ici que du plan des Institutes de Gaius et de Justinien. En voici les grandes lignes. Sont étudiées successivement, Gaius, 1,8, et Justinien, Institutes, I. 2. 12.

Les personnes.

1° - Les personnes, personae, avec les subdivisions suivantes: hommes libres et esclaves; ingénus et affranchis; personnes sui juris, c'est-à-dire non soumises à une puissance, et, personnes alieni juris, c'est-à-dire soumises à la puissance d'une autre personne.

Les choses.

2° - Les choses, res. Cette partie commence par l'étude des droits sur les choses, propriété et autres droits réels, par exemple les servitudes. Elle passe ensuite aux successions à titre universel, et spécialement aux successions à cause de mort. Elle se termine par les obligations ou droits de créance.

Les actions.

3° - Les actions, actiones. C'est la partie

Source : BIU Cujas

relative à la procédure, mais où on rencontre aussi beaucoup de notions sur les institutions de droit privé. Cela n'est pas étonnant, étant donné la grande place qu'occupe la procédure dans le droit romain.

Ce plan a connu, postérieurement au droit romain, une grande vogue. C'est le plan suivi dans leurs ouvrages systématiques par nos anciens auteurs. C'est celui auquel s'est référé dans ses grandes lignes le Code Civil de 1804: il étudie d'abord le droit des personnes, puis successivement les droits réels, les successions, les obligations ou droits de créance. Sur le plan du Code Civil, et son rattachement au plan des jurisconsultes romains, on lira un article de Maurice Hauriou, Note sur l'influence exercée par les Institutes en matière de classification du droit, Revue critique de législation, 1887, Tome XVI, Page 373.

C'est le plan du Code Civil.

II - Le plan moderne.

Le plan moderne: L'école historique allemande.

C'est le plan déjà proposé par les premiers représentants de l'école historique allemande et d'abord par son promoteur, Hugo, dans son ouvrage: Institutions du droit romain contemporain, 1789. C'était une véritable révolution. C'est à ce moment qu'on a brisé avec la vieille classification romaine. Ce plan a ensuite été perfectionné par Heise, Fondement d'un système du droit civil commun, 1807. On ne trouvera dans cet ouvrage qu'un plan détaillé. Le même plan a été défendu par Savigny, Système du droit Romain, Ed. allemande, 1840, I, p. 389.

Les pandectistes allemands. Aubry et Rau.

Ce plan a été mis ensuite à la mode par les pandectistes allemands: Baron, Dernburg, Windscheid, et vulgarisé en France par Aubry et Rau, à la suite de l'Allemand Zachariae qui l'adopta dans son ouvrage sur le Code Civil Français qui était appliqué dans les provinces rhénanes.

On le rencontre aujourd'hui dans les manuels les plus récents de droit romain, soit allemands (P. Törs, Geschichte und System des romischen Privatrechts, Berlin, 1927) soit italiens (P. Bonfante, Istituzioni di diritto romano, 8°éd. 1925; Vinc. Arangio- Ruiz, Istituzioni di diritto romano, 2° éd.)

La partie générale.

Le plan moderne comprend une partie générale, où sont exposés les grands principes généraux: personnalité et capacité juridique; théorie générale des droits; théorie des actes juridiques; théorie des preuves, etc,.. Puis une partie spéciale, dans laquelle sont successivement étudiés: les droits du patrimoine, droits réels, droits de créance ou obligations, puis les droits de famille, enfin les successions.

La partie spéciale.

Source : BIU Cujas

Quel plan choisir ?

Notre choix est commandé par le but même que nous avons assigné à notre enseignement: étude des institutions du droit romain privé, en fonction du droit moderne, le droit romain étant toutefois reconstitué le plus scientifiquement possible dans son évolution. Cela nous amène à nous inspirer de l'un et de l'autre plan. Le plan qu'il convient de suivre est le plan romain modernisé. Les deux questions fondamentales auxquelles se ramène le droit privé étant, comme les Romains l'avaient bien vu:

Le plan romain modernisé.

1° - Quels sont les sujets des droits ?

2° - Quels sont les objets des droits ?

Nous prendrons cette grande division comme base de nos développements.

Les sujets des droits.

I - Quels sont les sujets des droits ? Ce sont les personnes. Celles-ci peuvent être soit des personnes physiques, soit des personnes immatérielles, qu'on appelle les personnes morales.

Les objets des droits.

2 - Quels sont les objets des droits ? Ce sont les biens, les choses. Parmi ces biens figurent d'une part, les droits réels, d'autre part, les droits de créance ou obligations. L'étude des obligations est réservée pour le cours de seconde année.

Mais les biens peuvent être transmis, soit à titre particulier, soit à tire universel. D'où la nécessité de terminer le cours par l'étude des modes d'acquisition à titre universel. Voici notre plan.

Divisions de la II° partie.

Livre I - Les sujets des droits ou personnes. Les personnes physiques étudiées dans leurs rapports avec la famille. Les personnes morales.

Livre II - Les objets des droits. Les biens (choses) et le patrimoine' Théorie des droits réels et de leur acquisition à titre particulier.

Livre III - Les modes d'acquisition à titre universel. Les successions à cause de mort.

LIVRE I

L E S S U J E T S D E S D R O I T S.

L E S P E R S O N N E S.

Les personnes, qui sont les sujets des droits,

Source : BIU Cujas

peuvent être soit des personnes physiques, soit des personnes morales. La plus grosse partie de nos développements sera consacrée aux personnes physiques, mais nous fournirons aussi des développements substantiels sur les personnes morales, matière très importante pour le droit moderne.

LES PERSONNES PHYSIQUES.

Conception moderne de la personnalité juridique.

Aujourd'hui tous les hommes vivants sont susceptibles de posséder des droits. C'est ce qu'on appelle la personnalité juridique, qui peut être définie: l'aptitude à posséder et à exercer des droits.

Elle commence à la naissance.

En principe, c'est le moment de la naissance qui marque le commencement de la personnalité juridique. Cependant l'enfant simplement conçu et non encore né est susceptible d'acquérir certains droits, à condition qu'il naisse plus tard. C'est ce qu'exprime le brocard bien connu, qui s'inspire de textes romains du Digeste; Infans conceptus pro nato habetur, quoties de commodis ejus agitur; l'enfant simplement conçu est réputé né, toutes les fois qu'il s'agit de ses intérêts. Par exemple, il peut recevoir une succession qui s'ouvre depuis l'époque de sa conception, mais avant sa naissance, et à laquelle il aurait été appelé, s'il était né.

Sauf la règle: Infans conceptus.

Elle cesse à la mort.

En principe la personnalité juridique finit au moment où l'individu meurt. Toutefois la question se pose de savoir si la personnalité de l'individu ne se perpétue pas dans la personne même de son héritier.

Conception romaine de la personnalité.

La conception que les Romains avaient de la personnalité diffère de la conception moderne, en ce que pour les Romains la personnalité juridique n'est pas attachée à tout être humain. A Rome, pour être sujet de droit, il faut réunir certaines conditions qui tiennent à l'organisation sociale.

Le status libertatis.

En premier lieu, pour être sujet de droit, il faut être libre et non esclave, il faut avoir ce que l'on appelle le status libertatis.

Le status civitatis.

Ensuite il faut être citoyen et non étranger ou pérégrin . En d'autres termes, on doit posséder le status civitatis.

Le status familiae.

Enfin,-troisième et dernière condition - il faut avoir le status familiae, c'est-à-dire occuper dans la famille une situation indépendante. Pour em-

Source : BIU Cujas

ployer une autre expression latine d'usage courant, il faut être sui juris et non alieni juris (Gaius , I, 48).

Les sui juris et les alieni juris.

Le sui juris est, littéralement, celui qui tient son droit de lui-même, qui n'a au dessus de lui ni chef ni maître.

Les alieni juris sont les personnes, libres ou esclaves, qui sont soumises au droit d'autrui, quae alieno juri subjectae sunt, comme le dit Gaius, I,48. Ils comprennent suivant l'énumération qu'en fait le même Gaius,I, 49, les personnes qui sont in potestate (esclaves, 52; liberi ou enfants nés en justes noces, 55) ou in manu (femme in manu mariti) ou enfin in mancipio.

Comme les rapports de l'individu, à Rome, avec la liberté et avec la cité, ont déja été étudiés dans la première partie du Cours, nous limiterons ici notre étude à la personnalité en droit privé romain aux rapports de l'individu avec la famille. Aussi bien, est-ce sous cet aspect que se présente la personnalité dans le droit privé moderne. C'est parce qu'elle occupe dans la famille telle ou telle place qu'une personne aura une personnalité plus ou moins complète. Si bien que ce qui a trait à la personnalité peut être groupé dans une étude de la famille.

Evolution de la notion de la famille.

La famille peut être définie lato sensu: un ensemble de personnes unies entre elles par la parenté. Mais la famille et la parenté peuvent prendre, suivant les milieux, des aspects très divers. La famille européenne moderne, nous apparaît comme fondée sur la procréation monogame, et constituant un groupe dans lequel l'enfant se trouve, à la fois, rattaché à son père et à sa mère: Mais cette notion n'a pas toujours existé. Elle a été précédée de types différents de famille, dont la description et l'histoire constituent une branche importante de la sociologie. Malheureusement, cette science ne fournit pas encore aujourd'hui de certitude absolue relativement au problème des origines de la famille.

La sociologie et la famille.

Au cours du XIX° siècle, de superbes théories ont été échafaudées, qui aujourd'hui sont discréditées. Une mise au point est donc indispensable, surtout pour le romaniste, à qui il importe de pouvoir rattacher à l'histoire générale de la famille le type de famille en présence duquel nous placent les plus anciennes sources du droit romain. C'est ce que nous allons tenter de faire, en mettant à profit les renseignements qu'on trouve dans l'ouvrage de Mr. René Maunier, Essai sur les groupements sociaux, chap. 3 et 4, Paris, 1929,

Source : BIU Cujas

et le remarquable exposé de Mr. Gabriel Le Bras, Professeur à la faculté de droit de Paris, dans le Dictionnaire de théologie catholique, article mariage, colonne 2306 et suivantes.

Les phases prétendues de l'évolution de la famille.

D'après une théorie longtemps en honneur, la famille primitive serait passée par les trois phases suivantes:

1° - Le régime de la promiscuité.

2° - Le matriarcat, système lancé par l'Allemand Bachofen, Das Mutterrecht, 1861, d'après lequel la famille est un groupe des parents par les femmes, par la filiation utérine, sous l'autorité de la mère, ou très souvent, de l'oncle maternel.

3° - Le patriarcat, système où la famille est basée sur la puissance paternelle. L'enfant n'est pas rattaché à la mère et aux parents de celle-ci, il y a seulement parenté par les mâles.

Cette théorie contient deux erreurs et une vérité.

La promiscuité n'a jamais existé.

1° erreur: il n'y a pas de promiscuité primitive. Chez les peuples les plus rétrogrades, le mariage est déjà réglé. Sur la promiscuité primitive et le mariage, voir l'art. Charles Appleton: De quelques problèmes relatifs à l'histoire du mariage. L'hypothèse d'une promiscuité primitive. Revue générale du droit, 1916, et un article, qui fut provoqué par l'article d'Appleton, de Zocco Rosa: Quelques problèmes relatifs au mariage. L'hypothèse de la promiscuité primitive, Revue italienne pour les sciences juridiques, tome 59, 1917, page 279.

La gynécocratie est une exception.

2° erreur: la gynécocratie, ou gouvernement des femmes, est une exception. On la trouve seulement en Malaisie, en Micronésie, chez les Touaregs, on en trouve aussi des survivances chez les Germains, mais rien ne peut faire croire qu'elle a pu être générale.

La filiation utérine précède la filiation masculine. La famille patriarcale: c'est le type de la famille romaine à l'époque historique.

Une vérité, c'est que la filiation utérine précède la filiation masculine. Chez les peuples les plus primitifs, la paternité est inconnue. Le mari vit chez la femme, et les enfants sont du clan de la mère.

Plus tard, vient la famille agnatique ou patriarcale. Dans un tel système, les enfants sont seulement rattachés au père. C'est ce type de famille que nous offre le droit romain dans ses sources les plus anciennes, et que nous allons maintenant décrire dans ses grandes lignes, en même temps que nous suivrons ses destinées dans la législation romai-

Source : BIU Cujas

ne (I).

Le fondement de la famille patriarcale à Rome est la patria potestas, c'est-à-dire la puissance exercée par le chef de famille, paterfamilias, sur tous les membres de sa famille (2)

Les trois cercles de la famille romaine.

C'est cette idée de puissance qui explique la composition interne de la famille romaine; en effet, on distingue trois cercles concentriques de plus en plus larges dans la famille romaine.

La domus.

I° cercle: le cercle de la domus, de la maison, reposant sur une patria potestas actuelle et effective.

L'agnation.

2° cercle, qui entoure le premier: le cercle de l'agnation, reposant sur une patria potestas passée et virtuelle.

La gens.

3° cercle, englobant les deux autres: le cercle de la gens, reposant sur une patria potestas passée plus incertaine.

Nous allons étudier avec quelque détail ces trois cercles, dont l'ensemble constitue la famille romaine.

I° cercle: la domus.

Membres de la domus.

A la tête de la domus, se trouve un paterfamilias, vivant, lequel a sous sa puissance ses enfants, fils ou filles, puis les femmes in manu, c'est-à-dire mariées suivant la forme du mariage appelé mariage cum manu, avec puissance maritale. Dans la domus, la femme in manu occupe la place de fille, elle est loco filiae; enfin la patria potestas comprend les petits-enfants, nepotes. Jusqu'à sa mort, différence avec le droit moderne, le paterfamilias exerce la patria potestas, et le mariage même ne libère pas les fils.

Durée de la patria potestas.

(I) Il convient de noter en passant l'institution de la couvade que l'on rencontre chez certains peuples (anciens Basques, peuplades sauvages de l'Afrique) et qui consiste en ceci: Quand une femme vient d'avoir un enfant, son mari simule le rôle de l'accouchée soigne l'enfant et reçoit les compliments du voisinage. Les sociologues y ont vu un moyen de rattacher l'enfant au père par des cérémonies extérieures simulant l'accouchement (Voir la grande Encyclopédie V° couvade). Mais contre cette interpolation voyez Lucien Levy Bruhl, Professeur de sociologie à la Sorbonne, Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures, 1910.

(2) Pour Wenger, art. précité, la patria potestas serait d'origine étrusque comme l'imperium en droit public, l'une et l'autre puissance ayant été calquée sur un modèle identique.

"Les Cours de Droit"
3, Place de la Sorbonne

RÉPÉTITIONS ÉCRITES ET ORALES

Source : BIU Cujas

La mort du paterfamilias crée des domus nouvelles.

Un évènement va changer cet état de choses: c'est la mort du paterfamilias. La domus, que nous avons supposée formant une unité, va se morceler, être remplacée par autant de domus nouvelles qu'il y a de personnes qui se trouvent rendues sui juris, affranchies de toute puissance, par la mort du paterfamilias.

Chaque fils devient sui juris et paterfamilias.

Prenons un exemple concret. Supposons une domus unique composée du paterfamilias, de deux fils et des enfants, et petits-enfants de ceux-ci, puis d'une fille non-mariée. Le décès du paterfamilias va avoir pour conséquence de libérer les deux fils de la patria potestas. Ils vont, en effet, devenir sui juris, maîtres d'eux-mêmes, et par conséquent, deux domus nouvelles vont naître, chaque fils étant le paterfamilias de chacune de ces domus nouvelles, et exerçant à ce titre la patria potestas, ayant sous sa puissance sa femme in manu, ses enfants et ses petits-enfants.

La fille devient sui juris, mais non paterfamilias.

Quant à la fille non mariée, elle va devenir aussi sui juris, par la mort du paterfamilias. Elle va recevoir par conséquent une part des biens laissés par le paterfamilias. Mais elle ne pourra pas avoir de personnes sous sa puissance, car, la femme ne peut pas créer de domus, être paterfamilias, chef d'une famille.

Quels sont les caractères de la domus romaine?

La domus est un groupement religieux.

I° - C'est d'abord un groupement religieux. C'est dans la domus qu'on entretient le culte des ancêtres (sacra privata) (I). C'est le paterfamilias qui est le prêtre du culte de la famille.

politique.

2° - C'est un groupement d'ordre politique, distinct des autres groupements politiques étudiés dans la première partie: La cité: l'Etat. Le paterfamilias a un pouvoir de juridiction sur les membres de la domus. C'est le magistrat de la famille.

économique.

3° - C'est un groupement d'ordre économique. La domus est le centre d'une exploitation agricole qui, en principe, se suffit à elle-même. On est dans la phase de l'économie domestique.

Le mot paterfamilias signifie chef d'une famille.

Avant d'en finir avec la domus romaine, il convient de faire une observation importante, pour éviter beaucoup d'erreurs. On peut être à Rome paterfamilias, être à la tête d'une domus, sans être père physiologiquement parlant. Un impubère à Rome peut être

---

(I) Raymonde Lefèvre, Les sacra privata en droit romain, Thèse, Paris 1928.

Source : BIU Cujas

paterfamilias. C'est que ce mot de paterfamilias signifie plutôt chef de famille que le père de famille au sens physiologique du mot.

2° cercle : l'agnation.

Membres de la parenté agnatique.

Ce morcellement de la domus primitive en domus nouvelles ne rompt pas les liens qui unissaient ceux qui étaient sous la même puissance. Le lien subsiste pour maintenir une parenté entre ceux qui ont été soumis à la même puissance et même (il faut bien retenir cette formule) ceux qui n'y ont pas été soumis, mais qui y auraient été soumis sans la mort du paterfamilias. C'est ce qu'on appelle l'agnatio, ou parenté agnatique ou encore parenté civile.

Effets de l'agnation.

Les effets juridiques de l'agnation sont principalement des droit réciproques de succession et de tutelle.

Voici un exemple concret.

Sont agnats les enfants du paterfamilias décédé.

Supposons que le paterfamilias décédé avait sous sa puissance trois enfants, dont deux fils, Primus et Secundus, et une fille Tertia . A la mort du paterfamilias, ces trois enfants restent unis par l'agnatio. Ils appartenaient à la même puissance avant la mort du paterfamilias.

Les enfants de ses fils.

Supposons maintenant que Primus contracte ensuite mariage et a des enfants. Ses enfants sont agnats entre eux, mais ils sont de plus les agnats de Secundus et de Tertia. Cela paraît curieux, parce que ces enfants n'ont pas été soumis à la même puissance que Secundus et Tertia , le paterfamilias étant mort avant leur naissance. Mais on suppose que le paterfamilias est encore en vie.

Supposons ensuite que Secundus se marie . Ses enfants seront agnats avec Primus, les enfants de Primus et avec Tertia.

Mais non les enfants de ses filles mariées cum manu.

Enfin, supposons que c'est la fille Tertia qui contracte mariage et a des enfants. Ses enfants sont rattachés à la famille de leur père, et non à la famille de leur mère. Par conséquent, ils ne deviennent pas les agnats de Primus et de Secundus, ni des enfants de ceux-ci.

Cet exemple, choisi à dessein, fera comprendre le principe fondamental suivant lequel la parenté civile, ou agnatique, se transmet par les mâles, et non par les femmes. Et s'il en est ainsi, c'est que la parenté civile ou agnatique est basée sur la patria potestas, puissance qui ne peut exister qu'au profit d'un individu mâle.

La parenté agnatique est basée sur la patria potestas.

A chaque génération qui vient, le nombre des

Source : BIU Cujas

Computation des degrés de parenté.

degrés augmente dans l'agnation. La parenté s'éloigne, mais elle ne se rompt pas. L'agnation existe jusqu'à ce que le nombre des degrés ne puisse plus être compté. Pour la computation des degrés, renvoyons au cours de droit civil. Le système est le même que le système actuel.

Le lien de gentilité.

Mais de génération en génération, il arrive forcément un moment où la filiation ne peut plus se suivre, où les généalogies ne peuvent plus s'établir, où le lieu de parenté n'apparraît plus que dans la communauté de nom. A ce moment, la parenté, à Rome, ne disparaît pas encore, mais elle change de nom; on n'est plus agnat, mais gentilis. Alors s'ouvre le troisième cercle, celui de la gens.

3° cercle; La gens.

C'est une matière difficile, faute de textes. Cependant, nous avons été près d'avoir un texte. En effet, Gaius, 3.17, nous dit que, d'après les douze Tables, faute d'agnats, ce sont les gentiles qui sont appelés à la succession. Il nous annonce alors que, ayant parlé de la gens dans son commentaire premier, et celle-ci étant tombée en désuétude, il n'y reviendra plus. Malheureusement le passage de Gaius relatif à la gens dans le commentaire premier, manque dans le manuscrit de Vérone. Nous n'avons, pour combler la lacune de Gaius, que la célèbre définition de la gens, rapportée par Cicéron, Topiques 6.29; qui est, dit-il, du grand jurisconsulte Quintus Mucius Scaevola, suivant laquelle les gentiles sont des personnes portant le même nom, descendant d'ingénus, sans aucune origine servile, et n'ayant pas été séparées de la famille par une capitio deminutio, c'est-à-dire un évènement qui a pour effet la rupture des liens de famille.

Définition de la gens.

Evolution de la famille romaine.

Telle est l'organisation primitive de la famille romaine; elle présente, on le voit, la plus grande originalité. Ce système de famille basé sur la patria potestas perdit à Rome son dernier terme par la désuétude des droits de gentilité (jus gentilicium) dès le deuxième siècle de l'Empire. Au contraire ceux formés par l'agnation ne furent écartés que par Justinien qui mit à la place, comme base de la parenté, le lien du sang, la cognatio, ou parenté cognatique.

Nous arrivons alors au système moderne de la parenté, dans lequel la famille comprend les parents unis par le sang, sans considération de puissance, aussi bien les parents par les femmes que les parents par les mâles.

Mais bien longtemps avant Justinien, au cours

Source : BIU Cujas

de l'histoire du droit romain, un duel s'était engagé entre ces deux conceptions de la famille: l'agnation ou parenté par les mâles, et la cognation ou parenté naturelle. Ce duel se termina par le triomphe de la famille cognatique. Désormais le père et la mère ont le même rang dans l'ordre juridique. La parenté par les mâles et la parenté par les femmes produisent des effets identiques. C'est la conception adoptée par le droit moderne.

Triomphe de la cognatio.

Après ce tableau largement esquissé de la famille romaine, pénétrons dans les détails de l'institution. La base, la colonne maîtresse, c'est la patria potestas, la puissance du paterfamilias. Il faut donc d'abord présenter une étude détaillée de la patria potestas. Ce sera l'objet du titre premier de notre livre premier: La patria potestas, titre au cours duquel nous rencontrerons et étudierons une autre puissance, la manus ou puissance du mari sur sa femme, et retrouverons une autre puissance, le mancipium.

Plan du livre premier.

I - Etude de la patria potestas.

L'étude que nous allons faire de la patria potestas nous mettra en présence de la distinction déjà rencontrée des personnes sui juris et des personnes alieni juris. Mais toutes les personnes sui juris n'ont pas la même indépendance. Des évènements particuliers peuvent venir diminuer leur capacité juridique, par exemple, l'âge, le sexe, la démence, la prodigalité. Ces personnes ne sont plus alors entièrement libres d'administrer leurs biens et d'en disposer à leur gré. Elles sont frappées de ce qu'on appelle une incapacité de fait, et ordinairement elles sont placées en tutelle ou en curatelle. D'où le deuxième titre de notre livre premier: Les incapacités de fait. La tutelle et la curatelle.

II - Etude des incapacités de fait.

TITRE PREMIER

LA PATRIA POTESTAS.

Plan du titre Ier. La patria potestas.

Voici le plan détaillé du titre premier: Tout gravite autour de l'idée de puissance paternelle.

Chapitre I°- Sources de la patria potestas.

I° Source: le mariage, justae nuptiae. Il y a deux sortes de mariages: le mariage cum manu, et le mariage sine manu.

Section I - Formation du mariage.

Section II- Conditions de fond du mariage.

Source : BIU Cujas

Section III - Effets du mariage.
§ I - Entre époux .
A - Rapports personnels. L'adultère à Rome.
B - Rapports pécuniaires. La dot, son histoire.
§ 2 - Vis-à-vis des enfants.
A - Rapports de la mère et des enfants.
B - Rapports du père et des enfants.
Section IV - Dissolution du mariage.
Divortium et repudium.
Appendice. Unions autres que les justae nuptiae: matrimonium sine conubio ou mariage du droit des gens. Le concubinat (qu'il ne faut pas confondre avec le concubinage).
2°Source de la patria potestas: L'adoption. Adrogation et adoption. Réformes de Justinien.
3° Source de la patria potestas: la légitimation.
Chapître II - Effets de la patria potestas.
A l'origine, autorité absolue du paterfamilias. Cette autorité absolue se dégrade peu à peu:
§ I - Sur la personne.
§ II- Quant aux biens. Théorie des pécules et des biens adventices. Accroissement de la capacité juridique du fils de famille.
Chapître III - Extinction de la patria potestas. L'émancipation.

Chapître I.

SOURCES DE LA PATRIA POTESTAS.

Les sources de la patria potestas.

Les sources de la patria potestas sont au nombre de trois:
I° - Le mariage. C'est la source la plus ancienne, celle qui fait naître la patria potestas sur les enfants nés ex justis nuptiis, c'est-à-dire d'un mariage civil.
2° - L'adoption, artifice légal produisant les mêmes effets que les justae nuptiae, mais sur les enfants qui ne sont pas issus du sang du paterfamilias.
3° - La légitimation, procédé imaginé pour faire passer sous la patria potestas des enfants conçus hors des justae nuptiae.

Source : BIU Cujas

I° source de la patria potestas:
Le mariage. (Justae nuptiae).(I)

Les deux définitions du mariage.

Nous possédons deux définitions du mariage, qui diffèrent l'une de l'autre grandement. Il importe, dès le début, de marquer l'opposition, d'où sortent deux grandes variétés du mariage en droit romain.

Définition de Justinien.

I° Définition de Justinien; Institutes, I,9.29: " Le mariage est l'union de l'homme et de la femme impliquant l'indivisibilité de condition". Cela veut dire que la femme mariée ex justis nuptiis prend le rang social de son époux, clarissimus, consularis, et participe aux honneurs dont il est investi. C'est à cela que pense Paul, Fragments du Vatican, paragraphe 104, quand il écrit: La femme s'abaisse ou s'élève socialement par son mariage.

Définition de Modestin.

2° Définition de Modestin, Digeste, 23.2.I. " Le mariage est l'union de l'homme et de la femme impliquant société durant toute la vie, communauté du droit divin et du droit humain". Nous rencontrons ici une idée qui n'est pas dans la définition de Justinien, l'idée de communauté de culte et de biens. C'est que ces deux définitions se rapportent à deux conceptions différentes du mariage romain. La définition de Modestin se rapporte au mariage dans lequel la femme passait sous la puissance du mari, la manus, et entrait dans la famille de celui-ci en qualité de fille du mari, loco filiae mariti. On donne à cette première variété de mariage, le nom de mariage cum manu, mariage avec puissance du mari sur la femme.

Le mariage cum manu.

Le mariage sine manu.

Au contraire, la définition de Justinien nous met en présence d'un mariage n'impliquant pas la communauté de culte et de biens de la femme, où la femme reste dans sa famille d'origine, ne passe pas dans la famille du mari. A cette deuxième variété, on donne le nom de mariage sine manu, de mariage sans puissance du mari.

Le droit romain a donc connu concurremment deux sortes de mariage. Cela n'est pas pour nous étonner, car la plupart des peuples ont pratiqué des formes de mariage différentes, par exemple les Egyptiens, les Celtes.

(I) Consulter en dernier lieu l'ouvrage de P.E. Corbett: The roman law of marriage, Oxford 1930, et l'article de Kunkel dans l'Encyclopédie de Pauly -Wissowa, Tome I4, V°- Matrimonium.

Source : BIU Cujas

De ces deux conceptions du mariage romain, quelle est la plus ancienne?

Les auteurs ne sont pas d'accord sur la question, quoique le problème soit intéressant, non seulement du point de vue juridique, mais encore au point de vue sociologique. Pour Girard il n'y aurait aucun doute possible: C'est le mariage cum manu qui serait le plus ancien. Voici son argumentation. A l'origine du droit romain, les idées de mariage et de manus se confondent. En effet, dans une famille basée sur l'idée de puissance, les enfants nés de deux individus de sexe différent ne peuvent être rattachés au père que parce que la mère se trouvait sous la puissance de celui-ci. La puissance maritale se présentait avec l'aspect d'une véritable puissance dominicale, la puissance du maître sur son esclave. Par suite, il y a une assimilation du droit du mari sur ses enfants et son épouse au droit du maître sur les enfants de la femme esclave. Cela n'a pu changer, poursuit Girard, que beaucoup plus tard, quand les esprits, accoutumés à la coïncidence habituelle de la puissance et de la paternité, ont eu oublié que la puissance sur l'enfant venait de la puissance sur la mère, et l'ont considérée comme dérivant de la probabilité de paternité produite par la vie conjugale. Alors seulement serait apparu le mariage sine manu, dans lequel les enfants pouvaient être liés au père, sans que la femme fût passée sous l'autorité du mari. L'apparition du mariage sine manu ne serait pas, pour Girard, antérieur au VI° siècle de Rome, et il faudrait voir là la première brèche apportée aux vieilles idées patriarcales.

D'après Girard, le mariage cum manu est le plus ancien.

Lien entre la puissance paternelle et la manus.

Mais plusieurs auteurs (En France Labbé, Revue historique de droit, I887, page I et suivantes, et Declareuil, Rome et l'organisation du Droit, I924; en Italie, Costa, Histoire du Droit romain privé, 2° édition I925; en Allemagne, Jörs, Droit privé romain, I927, auxquels il faut ajouter Westrup, professeur à l'Université de Copenhague, Quelques observations sur les origines du mariage par usus et du mariage sans manus dans l'ancien droit romain, Paris I926), partant de ce fait que l'existence du mariage sine manu semble démontrée à l'époque des XII Tables, bien avant Le VI° siècle de Rome, comme le voudrait Girard, en raison de l'institution de l'usurpatio trinoctii dont il sera parlé plus loin, ne sont pas éloignés de l'idée que le mariage sans manus existait avant le mariage cum manu, comme étant une union de pur fait engendrant déjà des effets analogues à ceux du mariage cum manu, l'enfant étant par conséquent rattaché au père.

D'autres pensent que le mariage sine manu est antérieur.

Source : BIU Cujas

En tout cas, pour ces auteurs, l'existence du mariage sine manu serait très ancienne. Certains pensent qu'il aurait été un mariage propre aux plébéiens, notamment Costa et Westrup (argument tiré de Tite Live IV, 4, où l'on voit Caupleius lorsqu'il propose que le mariage soit permis entre patriciens et plébéiens affirmer que rien ne sera changé ni en fait ni en droit, nompe patrem sequuntur liberi, assurément les fils suivent le père.

De quel côté se trouve la vérité ? Mr. Fliniaux penche du côté du second système. Quoi qu'il en soit, un fait est certain: les deux variétés de mariage ont coexisté à Rome jusqu'à la disparition de la manus. Nous avons donc à étudier simultanément ces deux variétés de mariage, en examinant successivement:

Section I - La formation du mariage.
Section II- Les conditions de fond du mariage.
Section III - Les effets du mariage.
Section IV- La dissolution du mariage.

Section I - Formation du mariage (1)

Les fiançailles ne sont pas, à Rome, sanctionnées.

Le mariage à Rome, comme dans beaucoup d'endroits, était précédé ordinairement d'une cérémonie familiale, les fiançailles, sponsalia, impliquant une promesse de mariage? Nous avons déjà évoqué les fiançailles pour le droit des latins. On rencontre chez les latins un droit plus archaïque qu'à Rome. On pouvait contraindre à se marier la personne qui s'était fiancée à une autre, et lui demander en cas d'inexécution de sa promesse des dommages-intérêts. Dans le droit romain, au contraire, il était impossible de contraindre le fiancé au mariage et de lui demander des dommages-intérêts. Il y avait donc liberté de rompre les fiançailles. Au Bas-Empire, apparut le système curieux des arrha, considérées ici comme un moyen de dédit. Sur les arrhes en matière de fiançailles (arra sponsalicia) voir Volterra, Revue italienne pour les sciences juridiques, 1927-1929.

Le système des arrhes.

Pour la formation du mariage, les différences sont profondes, suivant qu'il s'agit du mariage cum manu ou du mariage sine manu.

---

(1) Consulter: Desforges, Etude historique sur la formation du mariage en droit romain et en droit français, thèse, Paris 1887.

Source : BIU Cujas

§ I - Le mariage cum manu.

La conventio in manum. Procédés d'acquisition de la manus.

Ce mariage est appelé conventio in manum, expression qu'on retrouve dans beaucoup de textes littéraires. Les modes de formation du mariage cum manu sont en réalité les modes de création de la manus, de la puissance du mari sur la femme. La question revient donc à chercher comment s'acquérait la manus. Nous rencontrons trois procédés différents:

1° - La confarreatio,
2° - La coemptio,
3° - L'usus.

I - La confarreatio.

Eléments de la confarreatio.

Gaius, I.II2, nous donne sur ce procédé des renseignements précieux. En voici les éléments essentiels. D'abord une offrande à Jupiter d'un pain d'épeautre, farreus panis (d'où le nom de confarreatio). Puis une cérémonie qui comprenait plusieurs actes avec le prononcé de paroles solennelles, verba certa et solemnia, se déroulait devant dix témoins, le grand pontife et le flamine de Jupiter. C'est donc avant tout un mariage religieux. Le rex sacrorum et les grands flamines devaient être nés de pareils mariages, et mariés de cette façon.

La coemptio.

Avec les deux autres modes d'acquisition de la manus, nous rencontrons une similitude avec les modes d'acquisition du droit de propriété. Dans la coemptio, Gaius, I. 113, la future épouse se trouve acquise par le mode d'acquisition par lequel on acquérait la propriété des choses précieuses, la mancipation. L'épouse était acquise moyennant un prix fictif. Gaius I.I23, nous apprend qu'il y avait des différences dans les paroles de la mancipation, suivant qu'elle servait à faire acquérir la propriété ou la manus. Mais le fond, dit-il, est le même. Ainsi donc, comme le dit expressément Gaius, I, 113: emit vir mulierem, le mari achète la femme. Mais la question intéressante qui se pose du point de vue des origines est celle-ci. A qui le mari achète-t-il la femme ?

Deux réponses différentes peuvent être faites:

a) la femme est achetée à la personne qui l'a sous sa puissance. Ne faudrait-il pas voir alors dans la coemptio romaine un vestige de l'achat de la fiancée, institution qui aurait fonctionné dans l'antiquité (Cons. sur cette question l'article de Westrup,

Source : BIU Cujas

sur le soi-disant achat de la fiancée dans l'antiquité (en allemand) dans la Revue allemande pour la science du droit comparé, 1927, p. 47 et suiv.) et qui fonctionne encore aujourd'hui dans les pays musulmans (Cons. Maunier, Sociologie et droit romain, p. 21) .

b) la femme se mancipe, se vend elle-même au mari. Un argument en ce sens peut être fourni par Gaius, 114, qui nous dit: mulier facit coemptionem cum viro, la femme fait coemptio avec son mari (Cf. Wenger, Archiv. für Papyrusforschung, IX, 1930, p. 277, à propos du droit hébraïque).

L'usus. L'usus (Gaius I,III) se rattache également à l'acquisition du droit de propriété. C'est l'acquisition de la manus par la prescription acquisitive. La femme tombe in manu au bout d'un an de cohabitation. Mais la loi des XII Tables contenait une disposition d'après laquelle il existait un procédé permettant à la femme d'interrompre la prescription, et d'empêcher l'acquisition de la manus au profit du mari. Cette institution, qui sert d'argument aux auteurs qui soutiennent la thèse de l'ancienneté du mariage sine manu,

L'usurpatio trinoctii. c'est l'usurpatio trinoctii. La femme, s'il ne lui plaît pas que le mari acquière la manus sur elle, dans le cas où elle habitait avec lui, n'avait qu'à découcher trois nuits, Gaius, I.III: On voit l'argument tiré de cette institution. Il ne paraît pas possible, dit-on, que tant que la manus n'ait pas été acquise par usus, les deux conjoints aient vécu en état de concubinage. C'est donc qu'il existait une autre forme de mariage, laquelle ne peut être que le mariage sine manu (1).

---

(1) En ce qui touche l'ordre respectif d'apparition des 3 modes de création de la manus, on trouvera un exposé critique des nombreux systèmes dans Tisset, Contribution à l'histoire de la présomption de paternité, Thèse Montpellier, 1921, p.120 et suiv. A ajouter l'opinion de Westrup, article précité, suivant laquelle l'ordre chronologique serait l'usus, la confarreatio et la coemptio. Toutefois, il admet que la coemptio, correspondant à la coutume aryenne de l'achat de la fiancée, fut employée anciennement comme une forme de mariage (sine manu) par les plébéiens. Elle fut dans cette fonction graduellement remplacée par le mariage consensuel. Mais elle continua à être employée, mais alors comme procédé d'acquisition de la manus, après la loi Canuleia ou toute autre loi qui donna à la plèbe le droit d'acquérir la manus sans lui donner le droit d'employer la confarreatio.

Source : BIU Cujas

Disparition successive des trois formes de mariage avec manus.

Au cours de la législation romaine, nous assistons à la disparition successive des trois formes du mariage avec manus. L'usus disparut le premier. Gaius le représente comme disparu, partie en vertu de lois, partie par désuétude (I,III).

La confarreatio est devenue de bonne heure peu fréquente. Sous Tibère, on eut, paraît-il, beaucoup de peine à trouver trois patriciens nés de ces mariages entre qui prendre un flamine de Jupiter. C'est pourquoi, en 23 après J.C., une loi décida que la confarreatio ferait passer la femme sous la manus au point de vue religieux seulement, et pas au point de vue civil.

La coemptio fiduciaire.

Reste la coemptio. Elle est encore utilisée comme une institution sérieuse au temps de Gaius. Mais elle est utilisée en outre à titre d'expédient. C'est la coemptio fiduciaire, ainsi appelée parce que la coemptio était accompagnée d'un pacte de fiducie par lequel le mari s'engageait à libérer ensuite la femme de la manus. Il s'agit là d'une application de l'institution générale de la mancipation fiduciaire qui a joué un rôle important à Rome, aussi bien dans le droit des personnes que dans le droit du patrimoine. On trouvera de bons développements sur la mancipation fiduciaire en général, dans un article de Giuseppe Grosso, Revue italienne pour les sciences juridiques, 1929, p. 251 et suiv.

Cas d'emploi.

La coemptio fiduciaire était d'abord employée interimendorum sacrorum causa, pour soustraire la femme à la charge d'un culte privé. Cela coûtait cher, la femme essayait de repousser le fardeau. La coemptio avait lieu avec un vieillard. Le culte et les biens de la femme passaient à ce vieillard. Mais le vieillard conformément au pacte de fiducie qui accompagnait la coemptio libérait immédiatement la femme de la manus, lui faisait repasser tous ses biens, tout en gardant pour lui le culte. La femme était ainsi débarrassée du culte, et en même temps du vieillard.

La coemptio fiduciaire se faisait aussi testamenti faciendi gratia, jusqu'à Hadrien, pour éluder la règle, qu'il abolit, que la femme restée dans sa famille d'origine ne pouvait pas tester.

En troisième lieu, tutelae vitandae gratia, pour changer de tuteur. Longtemps les femmes ont été à Rome sous une tutelle perpétuelle.

En tout cas, la coemptio est en désuétude au IV° siècle après J.C.

Source : BIU Cujas

II - Le mariage sine manu.

Ce mariage est beaucoup plus délicat au point de vue juridique. Comme le mariage sine manu du droit romain a été pris en considération par le droit canonique et que le mariage est longtemps en France resté de la compétence des Cours d'Eglise, pour bien connaître l'histoire de l'institution moderne du mariage, il faut remonter au droit romain et au droit canonique.

Le consentement suffit-il pour former le mariage sine manu?

Il est certain que le mariage sine manu n'était pas un acte solennel, qu'il n'impliquait ni échange de paroles sacramentelles ni intervention de l'autorité publique. Mais le seul consentement des époux suffit-il à former le mariage sine manu ? Si l'on fait état des travaux récents en la matière, on s'aperçoit qu'il convient de distinguer le droit classique du droit du Bas-Empire.

A. Le droit classique.

Des textes de l'époque classique affirment que le seul consentement des époux suffit, et qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait commerce charnel (concubitus, coitus). C'est ce que dit Ulpien au Dig. 24,I,32,13, par la formule: Non coitus matrimonium facit sed maritalis affectio, et au Dig. 35,I,15 et 50, 17,30: Nuptias non concubitus sed consensus facit. C'est sur cette dernière formule que s'appuieront au Moyen-Age les canonistes et les théologiens défenseurs de la thèse qui devait l'emporter dès le pontificat d'Innocent III (1198), suivant laquelle le consentement seul est requis pour la formation du mariage (à l'encontre de la thèse adverse regardant le commerce charnel (copula carnalis) comme indispensable pour la perfection du mariage. Théologiens et canonistes allèrent même encore plus loin que les textes romains, allant jusqu'à dire que le mariage est dans son essence un contrat. Glose sur le canon 5 aux Décrétales de Grégoire IX, livre 4, titre 4. quia contractus perfectus est per solum consensum. Renvoyons pour le droit canonique à l'ouvrage classique d'Esmein. Le Mariage en droit canonique, 2ème édition, par Mr. Genestal, professeur d'Histoire du Droit canonique à la Faculté de droit de Paris. 1929, p. 99, et à l'étude magistrale de Mr. Gabriel Le Bras, La doctrine du mariage chez les théologiens et les canonistes depuis l'an mille. Dictionnaire de Théologie canonique, V° mariage, 1927, col. 2123 et suiv.

La théorie canonique du mariage.

Après cette incursion dans le droit canonique, très important pour le droit moderne, revenons au mariage sine manu du droit romain classique.

Source : BIU Cujas

Actes et cérémonies accompagnant ordinairement le mariage sine manu.

Si les auteurs sont unanimes pour reconnaître que le commerce charnel n'est pas nécessaire pour la formation du mariage sine manu, ils sont loin d'être d'accord sur la question de savoir si, en plus du consentement, n'était pas requis quelque élément extérieur à prendre parmi les divers actes et cérémonies accompagnant ordinairement le mariage sine manu, et dont il importe de donner une énumération en même temps qu'une description, en mettant à profit les précisions que nous donnent les textes juridiques et littéraires, à savoir:

L'aqua et igni accipere.

1° - la cérémonie de l'eau et du feu, aqua et igni accipere (Festus V° aqua, Plutarque, questions romaines, I (1), Scaevola au Digeste 24,I,66,1).

Le tabularum signatio.

2° - L'apposition d'un cachet sur l'acte de mariage, tabularum signatio (Tacite, Annales, 11, 27,: Quintilien, 5, 11, 32; Scaevola au Dig. 24,I,66, pr.)

La deductio in domum mariti.

3° - et avant tout la conduite de la femme dans la maison du mari, deductio in domum mariti (2), qui, en plus de la signification sociologique qu'elle peut avoir (3), a certainement présenté un intérêt juridique (entre autres Pomponius au Dig. 23,2,5) et dont, pour cette raison, il convient de décrire brièvement les différentes phases:

Au jour des noces, lorsque se levait l'étoile du soir, la fiancée se réfugiait dans les bras de sa mère: le fiancé l'en arrachait (Catulle, 62,11; Festus, V° rapi). Devant la Maison attendaient les compagnons du fiancé, qui, formés en joyeux cortège, à la lueur des torches et au son de la flûte, tout en chantant des chansons quelque peu sarcastiques (fescennini Versus),

---

(1) Traduction française dans le tome II des Oeuvres morales de Plutarque, traduites par Victor Bétolaud, Paris, 1876, p. 1 et suiv.

(2) Pour le droit grec, consulter Fustel et Coulanges, Cité antique, édition Paris 1872, p. 44, avec en note l'indication des sources.

(3) Pour certains auteurs, il faudrait voir dans cette cérémonie une survivance du mariage par rapt. En ce sens, Rossbach, Untersuchungen über die römische Ehe, 1853, p. 360; Jörs, Römisches Recht, 1927, p. 197. Contrà samter, Geburt, Hochzeit und Tod, 1911, p. 136; Westrup, article précité, 1927, p. 143; Kunkel, article Matrimonium dans le Pauly-Wissowa, XIV, col. 2271.

Source : BIU Cujas

conduisent la fiancée à la Maison de son époux. Parvenue sur le seuil, elle s'arrête, hésitant à le franchir. Ceux qui l'accompagnent la soulèvent alors pour la faire entrer dans la Maison (Plutarque, questions romaines, 29 - On rencontre un rite semblable chez les Kabyles. René Maunier, sociologie et droit romain, p. 27). Ensuite la fiancée s'abandonne à son destin. Elle fleurit et parfume les montants de la porte (Cf. usages Kabyles), puis, au pied du lit nuptial (lectus genialis), elle supplie le génie de la famille de son époux (Festus, V° genialis) de lui permettre de perpétuer sa race (Servius, Commentaire sur l'Eneide de Virgile, 603; Arnobe, 2,67). C'est à ce moment que l'épouse prononçait les paroles bien connues que nous a rapportées Plutarque, questions romaines, 30: Ubi tu Gaius, ego Gaia , Là où tu seras Gaius, je serai Gaia.

Portée à attribuer à ces divers actes et cérémonies. Intérêts en jeu.

Tels sont les principaux actes et cérémonies accompagnant ordinairement le mariage sine manu. Avant d'exposer les diverses théories relatives à la portée qu'il convient de leur assigner en ce qui concerne la formation de cette sorte de mariage, il est nécessaire de mettre en lumière les intérêts pratiques d'ordre juridique qui se trouvent être en jeu.

A) Date à laquelle commence l'état de mariage.

Le moment précis auquel commence le mariage est des plus important à déterminer, par exemple:

1° - Pour savoir si l'enfant jouit de la présomption de paternité du mari, dont jouissent les enfants conçus dans le mariage, en vertu de la règle célèbre: Pater is est quem nuptiae demonstrant, le père est celui que le mariage démontre.

2° - pour savoir si une donation est valable comme faite entre fiancés, ou nulle, comme faite entre époux, le droit romain, comme nous le verrons, ayant proclamé la nullité des donations entre époux.

3° - pour savoir si se trouve réalisée la condition suivante mise à un legs "si in familia nupsisset", si la légataire s'est mariée dans la famille du testateur.

B) Problème des mariages entre absents. Comment régler ces sortes de mariage ? Y a-t-il des conditions particulières en ce qui concerne leur formation ?

Ceci étant posé, examinons les diverses

Source : BIU Cujas

Différents systèmes proposés.

théories qui ont été proposées jusqu'à ce jour. On peut distinguer 3 variétés:

Ière thèse: Le seul consentement suffit.

- la thèse suivant laquelle le seul consentement suffit. Les actes et cérémonies qui accompagnent le mariage ne fondent pas le mariage. Elles servent tout au plus de moyens de preuves en ce qui touche l'existence du consentement. A l'appui de cette thèse on invoque la règle générale nuptias non concubitus sed consensus facit. Quant aux textes relatifs au mariage entre absents et qui paraissent considérer la deductio in domum mariti comme un élément nécessaire à la formation de tels mariages, et que nous examinerons en détails à propos de la seconde théorie, ils n'ont jamais eu l'importance générale que certains romanistes leur donnent. Il ne s'agit là que d'une hypothèse spéciale qui a amené une solution exceptionnelle (1).

2° thèse: En plus du consentement des époux, est requise la mise de la femme à la disposition du mari.

2° - Nous rencontrons ensuite la thèse d'après laquelle le mariage sine manu exige pour sa formation, en plus du consentement, la mise de la femme à la disposition du mari. La question de savoir si la femme pouvait être dite mise à la disposition du mari, était une question de fait et pouvait résulter de circonstances variées, et autres que la deductio in domum mariti, quand il s'agissait du mariage entre présents. Par contre, la deductio intervenait toujours lorsqu'il s'agissait du mariage entre absents. Et c'est en cette nécessité de la deductio qu'il faut aller chercher la raison de la différence que font les textes entre l'absence du mari et l'absence de la femme. Tandis que le mari absent peut se marier, la femme absente ne le peut pas. Sentences de Paul, 2,19,8. Voici en effet la raison que nous donne Pomponius au Digeste, 23,2,5. L'homme se marie valablement, quoique éloigné du lieu de son domicile, pourvu que la femme soit présente. En effet un messager transmettra son consentement et la femme sera conduite dans la Maison du mari. De cette façon, elle se trouvera à la disposition de son mari, qui peut, quand il lui plaît, revenir chez lui. Au contraire, l'absence de la femme rend le mariage impossible, malgré la présence du mari. Vainement le consentement réciproque serait manifesté, vrainement le mari serait conduit à la Maison de la femme. Là n'est pas le

---

(1) Cette thèse, défendue en France par Desforges, ouvrage cité, pp. 44 et suiv. est aujourd'hui soutenue en Allemagne par Rabel, Grundzüge des römischen Privatrechts, p. 416, et par Jörs, Römisches Recht, p. 197.

Source : BIU Cujas

domicilium matrimonii, le domicile conjugal. On ne pourrait pas dire que le mari eût sa femme à sa disposition (1).

3° Thèse: La deductio in domum mariti est une condition essentielle de la formation du mariage.

3° - Enfin une troisième thèse va encore plus loin. D'après elle le mariage requiert pour sa formation, et l'état de mariage exige pour son maintien, le consentement et la communauté d'existence (celle-ci n'impliquant pas nécessairement, bien entendu, le commerce charnel). Et c'est la deductio in domum mariti qui marque nécessairement l'établissement de la vie commune, qu'il s'agisse aussi bien de mariage entre présents que de mariage entre absents. Cette thèse (2), à laquelle Mr. Fliniaux donne son adhésion, a été récemment remise en honneur, et relativement établie par un rapprochement de l'état de mariage avec la possession des choses (3). De même que, nous le verrons bientôt, la possession des choses requiert pour son existence, le concours de deux éléments: un élément objectif, le pouvoir sur la chose (corpus) et un élément subjectif, la volonté, l'intention (animus), de même le mariage exige pour sa formation et son maintion, à côté d'un élément intentionnel, le consentement, un élément matériel, la communauté d'existence (4). Cela suffit à expliquer l'importance de la deductio in domum mariti qui en réalité est une condition essentielle (unumgängliche Voraussetzung. Levy, p. 68) de la formation du mariage sine manu à l'époque classique. Cette nécessité se trouve d'ailleurs corroborée par l'expression technique uxorem ducere qui sert à désigner le fait pour un homme de se marier, et aussi par le langage de Pomponius en ce qui concerne le mariage entre absents. En ce qui touche la fameuse règle nuptias non concubitus sed consensus facit, Levy n'est pas éloigné

---

(1) C'est la thèse soutenue par Girard et Ed. Cuq, dans leur Manuel, et par Corbett dans son ouvrage sur le mariage, p. 92 et suiv.

(2) Déjà défendue par Glasson (sans preuve à l'appui), Le mariage civil et le divorce, 1880, p. 156, et par Von Scheurl (en vue du droit canonique), Zeitschrift für Kirchenrecht, XXII (1889) p. 269 et suiv.

(3) par Arangio Ruiz, Istituzioni, II, 187 et par Ernst Lévy, Der Hergang der römischen Eheschei dund 1925, p. 67 et suiv.

(4) Se serait donc appliquée au mariage la célèbre règle qui fixe la façon dont s'acquiert la possession des choses: Dig. 41,2,3,1: Et apiciscimur possessionem corpore et animo: neque per se animo, aut per se corpore Nous acquérons la possession par l'appréhension matérielle de la chose et par l'intention, et non par chacun.

Source : BIU Cujas

de l'idée d'y avoir un glossème postclassique (p.70). Et le fragment de Scaevola au Dig. 24,I,66, pr. a été, selon lui (p.72), profondément remanié.

B. Le droit du Bas-Empire.

L'élément intentionnel (consensus) tend à prendre le pas sur l'élément matériel, la communauté d'existence. La nouvelle conception prend corps dans la règle: Nuptias non concubitus sed consensus facit. Un texte de transition nous est fourni par une constitution de 370 insérée au Code Théodosien, 7,14, De tironibus, 6, de laquelle il résulte que si l'exemption de la capilation des femmes des jeunes soldats, tirones, qui ont fait cinq années de service, n'est accordée qu'à celles qui ont été "deductae", la validité de la formation du mariage ne dépend aucunement de la deductio in domum.

Distinction du mariage sine manu et du concubinat.

Il nous reste, pour en terminer avec le mariage sine manu, à parler d'une dernière difficulté qu'il soulève. La vie commune entre personnes de sexe différent se rencontre non seulement en cas de mariage, mais dans le cas de ce qu'on appelle aujourd'hui l'union libre, et de ce qu'on appelait à Rome le concubinat, qu'il ne faut pas confondre avec le concubinage. C'était une union inférieure aux justae nuptiae. Comment distinguer le mariage sine manu d'un simple concubinat ? Un homme vit avec une femme avec le consentement de celle-ci. Y a-t-il mariage ou seulement concubinat ?

Dans la pratique, il faut reconnaître que les preuves du mariage manqueront rarement. Il y aura mariage s'il y a eu auparavant fiançailles, ou s'il y a eu rédaction d'un acte écrit destiné à constater la dot de la femme, un instrumentum dotale.

Mais ces éléments de preuve peuvent faire défaut. Comment alors faire la distinction entre le mariage et le concubinat ?

Système traditionnel. Le criterium est l'affectio maritalis.

Jusqu'à ces derniers temps on s'accordait à dire que le mariage sine manu, dès l'époque classique et jusqu'à la fin de la législation romaine, différait en droit du concubinat par l'intention, l'affectio maritalis. Mais devant la difficulté de prouver cette affectio, intervinrent des présomptions. C'est ainsi que Théodose II et Valentinien III en 428 admirent qu'entre personnes de même condition et l'une et l'autre honorable, inter pares honestasque personas la vie commune emporterait présomption de mariage Code de Justinien. 5. 4.22 . Justinien alla encore plus loin: il admit que la vie commune ferait

Source : BIU Cujas

présumer le mariage pourvu que les deux personnes fussent l'une et l'autre libres et ingénues. Code, 5,4,23, 7.

Thèse nouvelle de Mr. Albertario.

Une thèse nouvelle, déjà en germe chez Ernst Levy, ouvrage cité p. 75, a été récemment exposée par M. Albertario, "Honor matrimonii" e "affectio maritalis", dans les Rendiconti de l'Institut royal lombard des sciences et des lettres, 1929, vol. 62 L'autonomia dell"elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso Romano - Giustinianeo, Mélanges Arcoli, 1929. Selon cet auteur, le droit romain se serait référé successivement à deux critères complètement différents:

Le criterium aurait été à l'époque classique l'honor matrimonii,

1° - Pendant la période classique, à un critère purement objectif, à ce qu'on appelle l'honor matrimonii, la dignité du mariage, c'est-à-dire les circonstances de pur fait desquelles ressortait extérieurement, pour l'homme comme pour la femme, l'état de véritable époux. C'est ainsi que l'honor matrimonii n'aurait pas existé en cas de différence de condition sociale entre les conjoints: homme libre avec une esclave, senateur avec une affranchie, etc... et en cas de caractère immoral de l'union: ingenu avec une courtisane, ou une entremetteuse ou une femme condamnée à une peine criminelle.

et dans le droit du Bas-Empire l'affectio maritalis.

2° - Dans le droit du Bas-Empire et principalement dans le droit de Justinien, le criterium de l'honor matrimonii aurait été remplacé par un critère purement subjectif, l'affectio maritalis, l'intention pour les époux de se comporter comme mari et femme. Justinien aurait interpolé de nombreux textes du Digeste pour y remplacer l'expression honor matrimonii par celle d'affectio maritalis, ou mettre l'honor matrimonii sur le même plan que l'affectio maritalis. Exemples: D. 39,5,31 pr: maritalis honor et affectio; D. 24,I,32,13, qui, après avoir parlé d'honor matrimonii, se termine par la règle générale que nous avons rapportée plus haut: Non coitus matrimonium facit sed maritalis affectio (déjà considéré comme un glossème par Lévy, p. 11)

§ 2 - Conditions de fond du mariage.

Il y a trois conditions (Règles d'Ulpien, 5,2,):

1° - Le consentement.
2° - La puberté.

Source : BIU Cujas

Les conditions de fond du mariage.

3° - Le conubium.

I - Le consentement.

Le consentement du paterfamilias.

A l'origine, le seul consentement légal est le consentement du paterfamilias, quand l'époux est alieni juris. Le consentement des époux n'avait toute sa valeur que quand il s'agissait de sui juris. Mais plus tard, quand l'époux était alieni juris, le consentement des époux fut mis sur le même plan que le consentement du paterfamilias. Celui-ci ne put donc plus imposer à ses enfants et petits-enfants un mariage qui leur déplaisait. A partir de cette époque, le consentement des conjoints est toujours indispensable, qu'ils soient alieni juris ou sui juris. Mais en plus de leur consentement, le consentement des parents est exigé, toujours quand un des époux est alieni juris, et parfois quand il est sui juris. Il faut donc distinguer deux hypothèses:

Le consentement des époux.

Ière hypothèse: Un des époux est alieni juris

Si un des époux est alieni juris il faut le consentement du paterfamilias. Il suffit pour les petites filles.

Le consentement du paterfamilias est requi et il faut voir là la conséquence du caractère patriarcal de la famille romaine. C'est bien ce caractère qui exige cette condition. Il explique la différence de traitement entre la femme et le mari (question d'examen). Si c'est la femme, le consentement du paterfamilias suffit. Supposons par exemple un paterfamilias un fils et une petite fille, la future épouse. Il n'est pas besoin, en plus, du consentement du paterfamilias, du consentement du fils. Le consentement du paterfamilias suffit. En effet, le paterfamilias, le grand-père, peut très bien enlever à son fils une personne que celui-ci aurait à sa mort sous sa puissance et qui serait son héritier.

Pour les petits-fils il faut aussi le consentement du père.

Au contraire, si c'est le mari, en plus du consentement du paterfamilias, est exigé le consentement de tous ceux qui pourraient l'avoir en puissance plus tard. Supposons un paterfamilias, un fils et un petit-fils, le futur époux. Le consentement du fils et du paterfamilias est exigé. En effet, si le paterfamilias peut enlever des héritiers à son fils, il ne peut pas lui donner des héritiers malgré lui. Or, tandis que les enfants nés du mariage d'une femme naissent dans la famille de leur père, ne seront jamais sous la puissance des ascendants de leur mère, les enfants nés du mariage d'un homme seront sous la puissance des ascendants de celui-ci, et, ceux-ci étant morts, tomberont sous la puissance immédiate de leur père.

Le consentement des ascendants fut, à par-

Source : BIU Cujas

tir d'une certaine époque, suppléé parf is :

Cas de refus ou impossibilité de consentement des ascendants.

1° - La loi Julia de l'an 736 de Rome, 18 avant J.C.) permit à la personne en puissance, quand l'ascendant refuserait son consentement, d'en appeler de ce refus au magistrat qui pourra autoriser le mariage.

2° - Quand l'ascendant est empêché de donner son consentement, par suite d'absence ou de folie par exemple, on a permis à l'enfant de se marier néanmoins.

Son caractère.

Le consentement des ascendants a pour caractère de n'être pas requis dans un but de protection. Il a à sa base uniquement l'idée de puissance.

Le consentement du tuteur de la femme sui juris,

2ème hypothèse: Un des époux est sui-juris. Cela vise un cas particulier, celui de la femme sui juris. Tant que dura la tutelle perpétuelle des femmes à Rome, le consentement du tuteur, auctoritas tutorum, fut exigé, certainement pour le mariage cum manu, moins sûrement pour le mariage sine manu, car sur ce point il y a une controverse entre les auteurs. Ici encore, le consentement est requis non dans un but de protection, mais dans l'intérêt de la personne qui donne le consentement. Originairement, la tutelle est en effet considérée comme une puissance.

puis d'autres parents.

Après la disparition de la tutelle perpétuelle des femmes, on obligea les femmes sui juris à obtenir le consentement des personnes qu'on supposait avoir pour elles l'affection la plus éclairée, par exemple, le père qui a émancipé la femme, à défaut, la mère ou les autres proches. Ce consentement était requis seulement jusqu'à 25 ans. Ici, le consentement des parents change de caractère. Il est requis pour protéger l'époux. A la fin du droit romain, nous sommes donc en présence de la notion moderne du consentement en matière de mariage, le consentement requis dans un but de protection.

Il a un but de protection.

L'âge de la puberté.

2ème condition - La puberté,

Il faut que le mari soit pubère et la femme nubile, c'est-à-dire que les deux époux doivent être aptes aux oeuvres du mariage. A l'origine, pour savoir si le mari était pubère, et la femme nubile, il fallait procéder à un examen physique individuel. De bonne heure, il fut écarté pour les filles et remplacé par la fixation d'un âge à partir duquel elles pourraient se marier. Cet âge fut fixé à 12 ans. Pour les garçons, une controverse eut lieu entre les Proculiens et les Sabiniens. Les Sabiniens voulaient maintenir pour les garçons l'examen individuel. Les Pro-

Source : BIU Cujas

uliens proposaient un âge fixe, 14 ans. C'est le système des Proculiens qui finit par l'emporter sous Justinien, Institutes, 1,10, pr.

3ème condition - Le conubium.

Définition du conubium.

Par conubium, le mot étant pris dans son sens large, il faut entendre l'aptitude légale à contracter les justae nuptiae. Ulpien, Règles 5.3: Conubium est uxoris jure ducendae facultas, le conubium est la faculté légale de contracter mariage.

Le conubium peut, dans son étude, être envisagé à deux points de vue: un point de vue absolu et un point de vue relatif.

Il n'appartient en principe qu'aux citoyens romains.

a) Au point de vue absolu. Le conubium n'appartient qu'aux citoyens romains, lesquels ont seuls en principe l'aptitude générale à contracter mariage (Gaius I, 56; Reg. Ulp. 5, 4) Les exceptions du principe ont été étudiées dans la première partie du Cours (1).

Les empêchements au mariage.

b) Au point de vue relatif. Deux personnes, ayant l'aptitude à contracter mariage, peuvent être empêchées de se marier entre elles. Ce sont les empêchements au mariage, passés dans le droit canonique et de là, dans le droit français.

Ils peuvent résulter de trois faits:

1° - La différence de conditions sociales.
2° - La parenté.
3° - L'alliance.
4° - Certaines dispositions du droit positif.

I - Empêchements résultant de la différence de conditions sociales.

La Loi Canuleia

1° - Jusqu'à la loi Canuleia, 309 avant J.C., le mariage fut interdit entre patriciens et plébéiens (Loi des XII Tables, Table XI, loi 1).

La loi Julia de maritandis ordinibus.

2° - Le mariage fut longtemps interdit entre ingénus et affranchis. Cette prohibition fut abrogée par la Ière loi matrimoniale d'Auguste, la célèbre loi Julia de maritandis ordinibus. Mais cette loi interdit le mariage entre membres de la classe sénatoriale d'une part, et d'autre part, les affran-

---

(1) Un diplôme militaire déchiffré et commenté par M. Carcopino dans les Mélanges Paul Thomas, 1930, élucide le problème controversé du mariage des soldats ayant le droit de cité romaine dans le sens de la prohibition. Jusqu'en 197 sous Septime Sévère le caractère et les effets légaux des justes noces furent refusés aux liaisons contractées pendant le service

Source : BIU Cujas

chies et les femmes de moeurs honteuses (lena, entremetteuse) et, parmi ces dernières, figuraient les comédiennes. De là est sortie l'histoire connue de Justinien et de Théodora. Justinien aima une comédienne et voulut l'épouser. Pour cela, il fallait remanier le droit. C'est ce que fit son oncle Justin, Code 5,4,23.- Il supprima la prohibition du mariage entre les membres de l'ordre sénatorial et les comédiennes retirées du théâtre. Justinien, après son oncle, abolit entièrement l'ancienne prohibition. Code, 5,4,29. Novelle 117, chap. 6.

Le mariage de Justinien et de Théodora.

II - Empêchements résultant de la parenté.

Empêchements résultant de la parenté civile ou naturelle.

On ne distingue plus ici la parenté naturelle ou cognatio, et la parenté civile ou artificielle, l'agnatio. La parenté constitue une source d'empêchements au mariage soit en ligne directe, soit en ligne collatérale. En ligne directe, elle fait obstacle au mariage à l'infini. En ligne collatérale, après des variantes, le mariage est permis sous l'Empire, à moins qu'un des collatéraux ne soit à un degré de l'auteur commun. La parenté se calcule à Rome comme aujourd'hui. Le mariage est donc interdit entre frère et soeur, entre oncle et nièce, tante et neveu. Voilà la règle fondamentale. Elle reçut deux dérogations temporaires, qui ont disparu sous Justinien.

Le mariage de Claude et d'Agrippine.

1ère exception - Claude voulant épouser Agrippine, fille de son frère Germanicus, fit décider par un sénatusconsulte qu'un oncle pourrait épouser la fille de son frère. Gaius,1.62. Cela permet de comprendre Britannicus, acte 4, scène 2.

C'est Agrippine qui parle:

"Mais ce lien du sang qui nous joignait tous deux
"Ecartait Claudius d'un lit incestueux
"Il n'osait épouser la fille de son frère.
"Le Sénat fut séduit: une loi moins sévère
"Mit Claude dans mon lit et Rome à mes genoux.

Mais, comme il s'agissait d'un fait personnel, la prohibition fut maintenue entre la tante et le neveu, l'oncle maternel et la fille de sa soeur, et même entre le grand oncle et la petite nièce.

Prohibition du mariage entre cousins germains.

2ème exception - Sous l'influence des idées chrétiennes, le mariage entre cousins germains, consobrini, fut prohibé par les premiers empereurs chrétiens. Code Théodosien, 3, 10, I: 3, 12, 3..

III - Empêchements résultant de l'alliance.

L'alliance (adfinitas) est le lien qui rattache un des conjoints aux parents de l'autre. Elle

Source : BIU Cujas

devint sous l'empire païen un obstacle au mariage
Empêchements entre alliés. ligne directe, à l'infini, et, sous les empereurs chrétiens en ligne collatérale, entre beau-frère et belle-soeur. Code Théodosien, 3,12,2.

IV - Empêchements résultant de certaines dispositions du droit positif.

I° - D'après la loi Julia de adulteriis, d'Auguste, le mariage est prohibé entre l'épouse adultère et son complice. Cette règle n'a été changée en France qu'en 1904, par une loi abrogeant l'art. 298 du Code civil, qui avait maintenu cette vieille interdiction.

2° - Le mariage est interdit, en vertu d'un Sc. de Marc Aurèle et Commode (177-180), entre le tuteur ou son fils et son ancienne pupille, entre le curateur ou son fils et la femme mineure de 25 ans placée sous sa curatelle.

3° - En vertu de certains mandata, il est interdit à un gouverneur de province d'épouser une femme habitant sa province.

4° - En vertu de constitutions des empereurs chrétiens, le mariage est interdit entre chrétiens et juifs.

Sanction des conditions de fond. Quand l'une de ces conditions de fond faisait défaut, le mariage était nul, de nullité absolue. Cette nullité pouvait en effet être invoquée en tout temps et par toute personne. Le droit romain n'a donc pas connu la théorie nuancée des empêchements au mariage du droit canonique et du Code Civil français (empêchements dirimants et simplement prohibitifs).

Section III - Effets du mariage.

C'est une matière des plus importantes.

Les effets du mariage varient profondément suivant qu'il y a ou non manus. La seule ressemblance entre les deux variétés de mariage est relative aux rapports du père et des enfants: là, il y a égalité. Au contraire, il y a des différences absolues quant aux rapports entre les époux et les rapports entre la mère et les enfants.

§ Ier. Effets du mariage entre les époux.

Il y a de grandes différences tenant au caractère opposé des deux variétés de mariage

I - Rapports personnels

1° - Mariage cum manu.

Ière règle: La femme quitte sa famille

Source : BIU Cujas

d'origine. Si elle était alieni juris, elle sort de la puissance paternelle. Si elle était sui juris, elle sort de la tutelle. Plus largement, on peut dire que tous les liens qui la rattachaient à son paterfamilias, à ses agnats, à sa gens, se trouvent rompus. Il n'y a plus entre elle et sa famille d'origine, ni communauté de culte privé, ni droit de succession et de tutelle.

La femme mariée cum manu sort de sa famille.

2ème règle: Sa nouvelle famille, c'est celle de son mari. Elle y occupe la place de fille du mari, loco filiae mariti. Elle se trouve soumise à la puissance maritale, la manus, analogue à la patria potestas. La manus sera exercée par le mari lui-même, s'il est sui juris. Mais si le mari est alieni juris, c'est-à-dire in patria potestate, la puissance de son pater familias s'étend aussi sur sa femme. La manus proprement dite restait donc en suspens jusqu'à ce que le mari devînt sui juris.

Elle entre dans la famille du mari, loco filiae,

qui exerce la manus

Supposons le mari investi de la manus. Il aura sur sa femme sensiblement les mêmes droits que le père sur ses enfants. Il peut réclamer sa femme par la revendication, la vendre, la donner in mancipio, état voisin de l'esclavage, la frapper de toutes les peines, même la tuer.

La manus primitive.

C'était donc un droit très rude. De bonne heure, les moeurs vinrent tempérer ces rigueurs.

Tempéraments apportés.

Ier tempérament: On obligea le mari à ne frapper de peines sa femme qu'après avis d'un conseil où figurent, semble-t-il, des membres de son ancienne famille devenus ses cognats.

Le conseil de famille.

2ème tempérament: On interdit au mari de manciper sa femme à titre de vente.

Interdiction de manciper la femme.

2° - Mariage sine manu.

Rien de pareil. La femme reste dans sa famille d'origine, elle ne passe pas dans la famille de son mari, sous la puissance de son mari. Si elle est sui juris, et par suite en tutelle, elle reste sui juris et en tutelle. Après la disparition de la tutelle perpétuelle des femmes, la femme mariée sine manu reste entièrement libre

La femme sine manu reste dans sa famille.

Si elle est alieni juris, elle reste soumise à la puissance de son propre pater familias, donc à la juridiction domestique de son pater familias, et celui-ci peut même la revendiquer par l'action en revendication et la réclamer par les interdits de liberis exhibendis ducendis.

Droit de son pater familias.

Mais par la force même des choses, il devait y avoir des rapports personnels entre la femme mariée sine manu et son mari. Elle doit à son mari

Source : BIU Cujas

Droit du mari.

un certain respect, et de son côté, le mari doit protection à sa femme. On permet au mari de réclamer sa femme par des interdits symétriques à ceux qui appartiennent à son pater familias: interdits de uxore exhibenda, de uxore ducenda.

D'autre part, si le pater familias garde sur sa fille mariée sine manu la juridiction domestique, il y a une infraction de la femme dont la répression a toujours mis en jeu l'autorité du mari, c'est l'adultère. A l'origine, le mari avait le droit de mettre à mort sa femme adultère. L'autorité civile intervint dans la répression de l'adultère. C'est l'objet de la fameuse loi Julia de adulteriis, rendue sous Auguste. Cette loi punit l'adultère de la femme, à côté d'autres déchéances accessoires, de la peine de la rélégation. La poursuite ne peut avoir lieu qu'après que le mari a eu répudié sa femme adultère. Le mari qui, ayant appris l'adultère de sa femme, ne rompt pas immédiatement le mariage, est considéré par la loi comme un leno (entremetteur) et en conséquence devient passible des peines du lenocinium (Dig. 48,5, 30). Dans les 60 jours qui suivent la répudiation, la poursuite appartient exclusivement au mari et au père de la femme. Passé ce délai, la poursuite peut être intentée par n'importe qui. Sur le délit d'adultère et la loi Julia, lire un article intéressant de Esmein: "Le délit d'adultère et la loi Julia de adulteriis, Mélanges d'histoire du droit, Pages 7I et suivantes".

La lex Julia de adulteriis.

Le droit chrétien renforça les rigueurs contre l'adultère. Constantin porta la peine à la mort mais réserva le droit d'agir au mari et aux plus proches parents. Justinien remplaça la mort par la réclusion dans un monastère, pendant 2 ans, si le mari pardonne, sinon à perpétuité.

II - Rapports pécuniaires.

C'est une matière essentiellement juridique et très importante. Nous allons assister aux origines de l'incapacité de la femme mariée et du régime dotal. Nous étudions ici le droit romain en fonction du droit moderne.

Les différences entre les deux sortes de mariage vont nous apparaître, tant pour la capacité de la femme mariée que pour le régime des biens entre époux.

A - Capacité de la femme mariée.

I° - Dans le mariage cum manu, la femme

Source : BIU Cujas

Incapacité de la femme in manu

est incapable, parce qu'elle se trouve soit sous la manus de son mari, soit sous la patria potestas du paterfamilias de son mari.

2° - Mariage sine manu.

de la femme sine manu.

Primitivement, la femme est toujours incapable. En effet, si elle est alieni juris, elle est sous la puissance de son paterfamilias. Si elle est sui juris, elle est sous la puissance de son tuteur, comme toute femme quelconque à Rome.

L'interdiction d'intercedere pro marito.

Tel est le droit primitif. Mais à l'époque classique, par suite de la disparition de la tutelle des femmes, la femme sui juris qui se marie sine manu est en principe capable. Mais alors on voit fonctionner une incapacité spéciale, qui vient frapper la femme sui juris mariée sine manu. Des édits d'Auguste et de Claude interdirent aux femmes mariées d'intercéder pour leur mari, intercedere pro marito, c'est-à-dire de s'engager en faveur de leur mari. Exemples d'actes d'intercession: cautionner la dette de son mari; constituer une hypothèque sur ses biens propres au profit des créanciers du mari. Mais voici un acte qui n'est pas considéré comme acte d'intercession et

Actes d'intercession.

ne tombe pas sous la prohibition, bien qu'il soit plus grave: l'aliénation des biens. L'intercession est donc prise dans le sens très étroit de s'engager pour son mari, de constituer une sûreté personnelle ou réelle.

Extension de la prohibition aux femmes non mariées. (Sc. Velléien)

Cette incapacité d'intercéder, d'abord spéciale aux femmes mariées, fut ensuite étendue à toutes les femmes, même non mariées, par le célèbre Sc. Velléien, dont la date exacte est inconnue, mais doit se placer entre 41 et 69 après J.C. - Le Sc. Velléien a joué un très grand rôle dans l'ancien droit français, principalement dans les pays de droit écrit. Sur les destinées du Vélléien, dans l'ancien droit français, nous renvoyons au cours d'histoire du Droit et au cours de Droit civil.

L'interdiction est interdite aussi pro alio

La renonciation au Velléien.

Pour ce qui est du droit romain, nous n'étudions ici le Velléien qu'au regard des femmes mariées. La femme mariée ne peut plus intercéder, s'engager, ni pour son mari pro marito, ni pour toute autre personne, pro alio. L'autorisation du mari ne peut même pas la relever de cette incapacité. Cependant la femme pouvait renoncer à se prévaloir de la protection du Velléien.

Sous Justinien, on distingue, suivant qu'il s'agit d'intercéder pro marito ou pro alio - L'une et l'autre opération sont interdites, mais la femme

Source : BIU Cujas

Destinées du Sc. Velléien.

ne peut renoncer à la protection du Velléien qu'en cas d'intercessio pro alio; elle ne le peut pas en cas d'intercessio pro marito. Cependant le système des renonciations même pro marito a fonctionné dans l'ancien droit français, ruinant ainsi la protection du Velléien jusqu'au jour où il a été abrogé sous Henri IV.

Incapacité moderne de la femme mariée.

Aujourd'hui, l'incapacité de la femme mariée, à la différence du droit romain, ne se présente plus comme un aspect de l'incapacité frappant toutes les femmes. Il y a une incapacité spéciale à la femme mariée. (Code Civil, art. 215 et suiv; art. 1124.)

B - Régime des biens entre époux.

1° - Mariage cum manu.

Les biens de la femme in manu passent au mari.

Tous les biens que la femme pouvait posséder au moment du mariage (nous supposons qu'elle est sui juris) passent au mari. En effet, le mari acquiert par sa femme, comme par ses esclaves et par ses enfants en puissance.

2° - Le mariage sine manu.

Tous les biens de la femme sui juris lui restent propres, ne passent pas dans le patrimoine du mari.

Les biens de la femme sine manu lui restent propres.

A part ces différences, nos deux variétés de mariage se confondent, au point de vue pécuniaire, dans l'institution de la dot. La dot est une donation faite au mari par la femme ou pour le compte de la femme, en vue (idée essentielle) de supporter les charges du mariage: Dos est donatio marito delata ad onera matrimonii sustinenda, la dot est une donation faite au mari pour subvenir aux charges du mariage. (Cf. C. Civ. art. 1540).

La dot. Sa définition.

Comment était constituée cette dot ?

La dot est, suivant la définition rapportée, une donation. Elle peut donc être constituée par tous les procédés par lesquels peut se faire une donation: transfert de propriété, cession de créances, constitution d'une dette (Dans ce cas, à côté de la stipulation, mode général qui fait naître des dettes, on rencontre un contrat spécial, la dictio dotis), extinction d'un droit réel ou d'une obligation.

Modes de constitution de la dot.

La dictio dotis

La constitution de dot est subordonnée au mariage

Mais il y a un caractère commun à ces divers procédés de constitution de dot. Pour que la constitution de dot soit définitive, il faut que le mariage ait lieu. Tous ces actes sont subordonnés, pour leur validité à la condition si nuptiae sequantur.

Après ces considérations générales sur la dot, pénétrons dans le détail de l'institution.

Source : BIU Cujas

Histoire de la dot. Origine du régime dotal du droit moderne.

= Nous passerons successivement en revue les différentes périodes de l'histoire du droit romain: ancien droit, droit classique, droit du Bas-Empire et en particulier droit de Justinien.

Ière période: Système de l'ancien droit.

La dot existe dans l'ancien droit romain.

La dot existe déjà dans l'ancien droit romain, soit dans le mariage sine manu, soit dans le mariage cum manu.

a) Dans le mariage cum manu.- Cette matière est mal expliquée dans les ouvrages.

1° - Si la femme est sui juris, tout son patrimoine passe au mari (Cicéron, Top IV, 23; Gaius, II, 98).

Dans le mariage cum manu, les biens de la femme ou constitués par les tiers se confondent dans le patrimoine du mari.

2° - Si elle est alieni juris, dépourvue par conséquent de biens propres, la dot pourra être constituée par les biens qui pourront lui être donnés en vue de son mariage et des charges qu'il entraîne, en particulier, par le paterfamilias. En effet, elle cesse d'être héritière de son paterfamilias. La dot intervient comme la compensation des droits de succession perdus.

Mais dans un cas comme dans l'autre, il y a confusion des biens ainsi acquis par le mari, avec son patrimoine. Ces biens ne seront donc pas soumis à un régime distinct, ni pendant le mariage, ni après sa dissolution.

Prédécès de la femme.

1° - Si le mariage se dissout par la mort de la femme, la dot n'ira pas aux membres de l'ancienne famille de la femme. Elle restera à son propriétaire, le mari, qui, d'ailleurs, a toujours les charges du mariage.

Prédécès du mari.

2° - Si le mariage se dissout par le prédécès du mari, la femme, étant loco filiae, est héritière des biens de la dot, comme de tous les autres biens du mari. Elle vient en concours avec les descendants du mari, lesquels sont ses propres enfants.

b) dans le mariage sine manu.

En principe, les biens de la femme sont propres à la femme, mais elle doit contribuer aux charges du mariage. Dans ce but, des biens seront remis au mari: c'est la dot. La dot pourra être fournie par le pater familias de la femme, quand elle est alieni juris. Dans ce cas, la dot est appelée "dot profectice", a patre profecta. Elle peut aussi être constituée par la femme elle même, si elle est sui juris. Elle peut enfin être constituée par un tiers, que la femme

La dot profectice.

La dot adventice.

Source : BIU Cujas

soit alieni juris ou sui juris Dans ces deux cas, la dot est appelée "dot adventice".

La dot ainsi constituée, qu'elle soit profectice ou adventice, est la propriété du mari, et celui-ci n'est en aucun cas tenu de la restituer

Sort de la dot après la dissolution du mariage.

A la dissolution du mariage, le mari conservera donc la dot Au cas de prédécès de la femme, le mari garde la dot, car il a toujours les charges du mariage. Au cas de prédécès du mari, la femme n'est pas son héritière, comme dans le mariage cum manu, mais sa dot passera par l'intermédiaire du mari, en même temps que les autres biens de celui-ci, à ses enfants auxquels, nous le verrons, elle ne se trouve pas rattachée.

Legs du mari à la femme

En tout cas, les résultats choquants pouvant résulter de ce système pouvaient être corrigés en fait au moyen d'un legs fait par le mari à la femme, soit un legs de l'usufruit d'une partie de sa fortune, soit un legs de la dot elle-même, quand la femme n'avait pas d'enfants nés du mariage (legatum dotis).

En résumé, dans l'ensemble, ce système était donc satisfaisant. En effet il était jugé conforme à la destination de la dot, qui est de permettre au mari de supporter les charges du mariage, et la tradition rapporte que pendant plus de cinq siècles, ni les particuliers, ni la loi ne songèrent à le modifier

Deuxième période: Système du droit classique.

La multiplication des divorces à Rome.

Le système de l'ancien droit se révéla imparfait par l'intervention de circonstances nouvelles mais imprévues, c'est l'accroissement d'importance d un mode de dissolution du mariage, le divorce. On assiste, en effet, Rome à une multiplication des divorces, qui peut se rattacher à un moment que les Romains (Aulu Gelle, Nuits Attiques, 4,3) font concorder avec celui du divorce célèbre de Spurius Carvilius Ruga au commencement du VI° siècle Ce Romain divorça d'avec son épouse parce qu'elle était stérile

Nécessité de la restitution de la dot.

Avec la multiplication des divorces la situation de la femme empira A la suite de leur divorce, beaucoup de femmes à Rome risquaient de se trouver sans fortune du jour au lendemain Leur ancien mari propriétaire de la dot avait le droit de la garder Or cette dot leur était nécessaire, pour vivre seule, ou pour retrouver un second mari Aussi devint il absolument nécessaire d'obliger le mari à restituer la dot à la dissolution du mariage Dans cette voie, la pratique

Source : BIU Cujas

s'engagea avant le législateur.

La cautio rei uxoriae.

A Le procédé inventé par la pratique pour assurer la restitution de la dot, c'est une promesse de restitution qu'on va imposer au mari, quand on lui remettra la dot. C'est ce qu'on appelle la cautio rei uxoriae (1).

Quel était exactement l'objet de cette promesse ?

Son objet.

Il y a parmi les auteurs des dissentiments. Pour les uns, il s'agirait d'une portion indéterminée de la dot, laissée à l'appréciation du juge. Pour d'autres il s'agirait d'un objet certain: argent, corps certain, et même une estimation de la chose donnée en dot. M. Fliniaux pense que l'objet de la créance dépendait dans chaque hypothèse concrète des termes mêmes de la stipulation. Mais le plus souvent la promesse avait pour objet un incertum.

Cas d'ouverture.

Quelles étaient les conditions d'ouverture de la restitution de la dot ? Ce pouvait être un cas de dissolution quelconque. Ici encore la liberté des conventions pouvait jouer.

Sanction: l'actio ex stipulatu.

Quelle était la sanction de cette obligation de restituer ? Ayant sa source dans une stipulation, c'était l'action qui sanctionnait la stipulation. Les textes l'appellent actio ex stipulatu, action incertaine, parce que ceux-ci visent le cas normal où la promesse de restitution portait sur un incertum.

L'obligation légale de restituer la dot.

B. L'obligation de restituer n'existait que si on avait imposé au mari cette promesse de restituer la dot. A défaut de promesse de restitution, le mari n'était pas obligé de rendre la dot. L'autorité publique intervint, et, de l'obligation contractuelle de restituer la dot, nous passons à l'obligation légale de restituer la dot.

Sanction: l'actio rei uxoriae.

Cette obligation légale a été sanctionnée par une action spéciale l'actio rei uxoriae, action qui figure certainement (jusqu'à l'année dernière, on pouvait en douter) dans l'énumération que donne Gaius des actions de bonne foi, dans le célèbre parag. 62 de son Commentaire IV. On n'avait pas pu d'une façon certaine déchiffrer la fin de cette liste, et il y avait un point d'interrogation pour l'actio rei uxoriae. Le palimpseste était si défectueux que la lecture n'était

C'est une action de bonne foi.

---

(1) Au dire d'Aulu Gelle IV 3 Servius Sulpicius, dans le livre qu'il composa sur les dots, traite de ces cautiones rei uxoriae. Voir l'art. de Carlo Arno, Mélanges Bonfante I p. 83: Il nuovo regime dotale serviano.

Source : BIU Cujas

pas certaine. Aujourd'hui, il n'y a plus de doute, grâce aux nouvelles découvertes de la physique, à la découverte d'une lampe spéciale permettant de faire ressusciter à la lumière les traces d'encre les plus ténues. M. CAPOCCI, savant romaniste italien, est arrivé, en s'en servant, à déchiffrer complètement la fin de l'énumération. Il a vu qu'il s'agissait bien de l'actio rei uxoriae. Il a lu à la lueur de cette lampe les lettres suivantes: R.U.A.E., c'est-à-dire R (ei)U (xori) AE (Cons. Collinet, Revue historique de droit, 1929, p. 628).

Théorie d'Esmein.

Mais ceci étant établi définitivement aujourd'hui, reste à résoudre le problème difficile des origines de cette actio rei uxoriae. Dans les manuels français, le système qui prévaut unanimement, c'est le système édifié par Esmein dans son article intitulé: "La nature originelle de l'actio rei uxoriae". (Nouvelle revue historique, 1893, p. 145 et suiv.) D'après Esmein, l'obligation légale de restituer la dot aurait d'abord été sanctionnée par une action prétorienne in bonum et aequum concepta, suivant l'indication que donne Gaius, Digeste, IV, 5,8, action prétorienne prescrivant au juge de condamner suivant l'équité, in aequum et bonum.

L'action prétorienne in aequum et bonum concepta.

Différence avec la formule des actions de bonne foi.

Les actions dites in bonum et aequum conceptae diffèrent des actions de bonne foi du point de vue de la technique de la formule. Dans les actions de bonne foi, c'est dans l'intentio qu'il était prescrit au juge d'apprécier suivant la bonne foi tout le rapport juridique qui lui était soumis; dans les actions in bonum et aequum conceptae, c'était au contraire dans la condemnatio qu'il était prescrit au juge de condamner au quantum bonum et aequum erit.

Parmi les actions in bonum et aequum conceptae, se placent au premier rang l'action d'injures sanctionnant le délit d'injures; puis un certain nombre d'autres actions pénales. Sur les actions in bonum et aequum conceptae, très importantes à connaître, lire Paul THOMAS. Nouvelle revue historique de droit, 1901, p. 541, et suivantes.

Caractère pénal à l'origine de l'actio rei uxoriae d'après Esmein.

Etant donné le caractère pénal que présentent les actions in bonum et aequum conceptae, Esmein en avait déduit le caractère pénal primitif de l'actio rei uxoriae. L'obligation de restituer la dot, d'après Esmein, serait née sur le terrain délictuel. Ce serait comme une peine infligée au mari, mais dans un cas particulier, pour permettre à la femme divorcée de demander au mari coupable, à titre de peine, une partie des biens dotaux.

Source : BIU Cujas

Puis, plus tard, l'action in bonum et aequum concepta aurait été étendue, dès avant la fin de la République, au cas de prédécès du mari, où l'idée de peine disparaît, et même, dans une certaine mesure, au cas de prédécès de la femme.

L'action prétorienne in bonum et aequum concepta serait ensuite devenue l'action civile de bonne foi que Gaius range dans la liste des actions de bonne foi.

M. Fliniaux doute que cette théorie soit exacte. Les doutes viennent des travaux récents sur la matière, notamment celui de Grosso? Recherches sur la liste des actions de bonne foi, premier article, Judicium rei uxoriae. Revue Italienne pour les Sciences juridiques, nouvelle série, tome III,1928, pp.39 et suivantes. Aucun manuel français n'en parle.

Réfutation de la thèse d'Esmein.

M. Grosso repousse la thèse d'Esmein. Pour lui l'indication de Gaius au Digeste, 4,5,8 se trouve neutralisée complètement par le paragraphe 62 de son commentaire 4 disant que l'actio rei uxoriae est une action de bonne foi. Pour M. Grosso, l'actio rei uxoriae n'a jamais été une action prétorienne in bonum et aequum concepta au sens technique du mot, c'est-à-dire prescrivant au juge de condamner au quantum bonum et aequum erit. Elle a toujours été une action civile de bonne foi, c'est-à-dire une action prescrivant au juge, dans l'intentio, d'apprécier conformément à la bonne foi tout le rapport juridique qui lui est soumis.

L'actio rei uxoriae a toujours été une action de bonne foi.

La formule particulière.

Toutefois, notre actio rei uxoriae aurait eu une formule différente de celles des actions de bonne foi proprement-dites, dans l'intentio desquelles figuraient les mots ex fide bona. En effet, la formule de l'actio rei uxoriae, qui existait déjà à l'époque de Cicéron, renfermait, comme Cicéron nous l'apprend lui-même, (Topiques, 17, 66 et De Officiis, 3,15,61, textes d'une importance capitale pour l'origine des actions de bonne foi en général) les mots suivants dans l'intentio: melius aequius.

Coexistence du système contractuel et du système légal.

Quoi qu'il en soit, quand est apparue l'actio rei uxoriae, le système contractuel de restitution de la dot ayant sa source dans la cautio rei uxoriae a continué à fonctionner à côté. Il y a eu coexistence du procédé de la pratique et du procédé du législateur.

Restriction des pouvoirs du mari sur la dot.

La restitution de la dot eut pour conséquence la restriction des pouvoirs du mari sur la dot pendant le mariage. En principe, le mari est toujours propriétaire de la dot, mais il est sujet à restitu-

Source : BIU Cujas

tion. Donc, en définitive, le système dotal de l'époque classique comprend deux pièces essentielles.

1° - Restriction des pouvoirs du mari sur les biens dotaux.

2° - Restitution de la dot à la dissolution du mariage.

I - Restriction des pouvoirs du mari sur les biens dotaux.

La lex Julia de fundo dotali.

Ce fut l'objet de la lex Julia de fundo dotali sur le fonds dotal, qui n'est en réalité qu'un chapître relatif au fonds dotal, de la célèbre loi Julia de adulteriis. Cette loi très importante défendit au mari d'aliéner l'immeuble dotal italique, c'est-à-dire situé en Italie, sans le consentement de la femme. La prohibition est applicable seulement aux immeubles italiques, et pas aux meubles dotaux, ni aux immeubles provinciaux, ni aux immeubles italiques quand ceux-ci avaient été constitués en dot avec estimation.

Le mari ne peut aliéner sans sa femme l'immeuble dotal italique.

Quelle est exactement la portée de la loi Julia relative à l'aliénation des immeubles dotaux italiques ?

Portée de cette disposition.

Le mari est dépouillé du pouvoir d'aliéner, qui ne peut lui être rendu que par le concours de sa femme, et il s'agit d'une interdiction d'aliéner générale visant aussi bien l'aliénation indirecte que l'aliénation directe, l'aliénation partielle que l'aliénation totale, la constitution d'un usufruit, d'une hypothèque.

Sur ce dernier point apparaît même en droit classique romain le principe moderne de l'inaliénabilité dotale. Dans le cas tout à fait exceptionnel où il s'agit d'une constitution d'hypothèque, le mari ne pourra pas agir valablement même avec le concours de sa femme. C'est le principe moderne de l'inaliénabilité dotale, suivant lequel la femme ne peut même pas autoriser son mari à vendre un immeuble dotal. Comment expliquer cette rigueur des principes pour ce cas exceptionnel ? C'est qu'ici vient se superposer, à l'interdiction de la loi Julia de fundo dotali, l'interdiction pour la femme d'intercéder pour son mari, ce qui amène un renforcement des restrictions des pouvoirs du mari sur la dot. En effet, la femme intercède pour son mari, quand elle consent une hypothèque sur ses biens aux créanciers du mari.

Le mari ne peut hypothéquer les immeubles dotaux italiques même avec le concours de sa femme.

Quelle était la sanction de la prohibition de la loi Julia de fundo dotali ? C'était la nullité de l'aliénation faite au mépris de la loi Julia, et la nullité pouvait être invoquée par le mari pendant le mariage, soit pour refuser de livrer l'immeuble dotal

Nullité de l'aliénation.

Source : BIU Cujas

italique qu'il avait vendu, soit pour le reprendre à l'acheteur.

La restitution de la dot.

II. Restitution de la dot à la dissolution du mariage.

Nous rencontrons deux sanctions tout à fait différentes, suivant que l'obligation de restituer a sa source dans une convention ou dans la loi elle-même.

La sanction sera, quand il s'agit de l'obligation conventionnelle de restituer, l'actio ex stipulatu et, dans ce cas, la dot sujette à restitution s'appelle: dos recepticia.

La sanction de l'obligation légale de restituer, c'est l'actio rei uxoriae.

L'actio ex stipulatu est une action de droit strict. L'actio rei uxoriae est une action de bonne foi. Différences entre ces deux actions.

Entre ces deux sortes d'actions existent des différences nombreuses, qui, toutes, découlent d'une différence de nature qui les sépare. En effet, tandis que l'actio ex stipulatu est une action de droit strict ne conférant au juge que des pouvoirs étroits d'appréciation, l'actio rei uxoriae est une action de bonne foi, dans l'intentio de laquelle le préteur prescrit au juge d'apprécier suivant la bonne foi le rapport juridique qui lui est soumis.

Voici les différences tout à fait pratiques qui vont découler de ce principe général? Le parallèle entre ces deux actions est une question d'examen fréquente.

La dos recepticia est toujours rendue. La dot n'est rendue, sur l'action rei uxoriae, que quand sa fonction est terminée.

Première différence. La dos recepticia doit toujours être rendue. Elle n'est jamais gardée par le mari ni par ses héritiers. Au contraire par l'actio rei uxoriae la dot devra être restituée seulement quand la fonction de la dot sera considérée comme terminée, c'est-à-dire lorsque le mari n'aura plus à supporter les charges du mariage.

Nous allons le voir, en passant en revue les différents cas.

Divorce ou prédécès du mari.

1° - Dissolution du mariage par le divorce ou par le prédécès du mari. La restitution doit avoir lieu, et c'est la femme qui peut intenter l'actio rei uxoriae. Quand elle est sous la puissance d'un ascendant, l'actio rei uxoriae ne peut être intentée par celui-ci qu'avec le concours de la femme, adjuncta filiae persona.

Prédécès de la femme.

2° - Dissolution par le prédécès de la femme. En principe, le mari garde la dot, il continue à avoir les charges du mariage. Cependant dans un cas unique, la dot pourra être réclamée. C'est quand il s'agit d'une dot profectice, constituée par le pater familias de la femme. Il faudra toujours restituer au paterfami-

Source : BIU Cujas

La dot profectice est toujours restituée.

lias. Les jurisconsultes sont embarrassés pour expliquer cette différence de traitement. Un motif plutôt plaisant est donné par Pomponius, au Digeste. On n'a pas voulu que le père perde à la fois sa fille et la dot.

Délai accordé au mari.

Deuxième différence. En cas d'actio rei uxoriae, on accorde au mari un délai de trois annuités pour restituer la dot, quand il s'agit de choses de genre.

Troisième différence. Sur l'actio ex stipulatu, le débiteur de la dot doit rendre la dot tout entière. En particulier, il ne peut pas faire de compensation, retenir sur la dot ce qui lui est dû. Il doit d'abord restituer la dot, puis, s'il a des créances à faire valoir contre la femme, il agira par des actions spéciales: l'actio rerum amotarum, relative aux choses enlevées, s'il se plaint que la femme a enlevé des choses lui appartenant; le judicium de moribus, quand le divorce aura été prononcé pour mauvaise conduite de la femme; une action en restitution, dans le cas où la femme a reçu pendant le mariage des donations prohibées.

Sur l'actio ex stipulatu le mari doit restituer toute la dot.

Sur l'actio rei exoriae, il peut invoquer le bénéfice de compétence.

Au contraire, en cas d'actio rei uxoriae, on rencontre d'une part le bénéfice de compétence, suivant lequel le mari ne peut être poursuivi que dans la limite de ses ressources, et d'autre part le système des rétentions dotales, suivant lequel le mari, actionné en restitution, pourra retenir sur la dot le montant de certaines créances qu'il peut avoir contre sa femme. Quelles sont ces créances ?

Les retentiones sur l'actio rei uxoriae.

D'une part, ce sont les créances pour la réclamation desquelles il a déjà une action indépendante:

Ainsi, au lieu de payer le tout, quitte à intenter ensuite l'actio rerum amotarum, dans l'hypothèse où la femme a emporté des objets lui appartenant, il sera autorisé à faire estimer les choses enlevées et à en retenir le montant sur la dot; c'est ce qu'on appelle la retentio propter res amotas. De même, pour les biens donnés, il pourra, au lieu d'intenter une action en restitution après avoir payé, exercer la retentio propter res donatas. De même, en cas d'inconduite de la femme ayant occasionné le divorce, le mari pourra, au lieu de payer, quitte ensuite à intenter le judicium de moribus, faire valoir, dans l'instance même dirigée contre lui, la mauvaise conduite de sa femme et obtenir ainsi une réduction de sa dette. En cas de faute légère de sa femme, il peut retenir jusqu'à 1/8 de la dot qui lui est réclamée, et, en cas de faute

Source : BIU Cujas

grave, il peut en retenir jusqu'au 1/6, c'est la retentio propter mores.

D'autre part, ce sont des créances pour la réclamation desquelles le mari n'avait pas déjà d'action distincte.

Ainsi, s'il y a des enfants du mariage, lorsque le divorce est causé par la faute de la femme ou lorsque la dot doit être restituée au paterfamilias ayant constitué la dot, le mari est autorisé à retenir dans le premier cas 1/6 de la dot par enfant, à condition que le total ne dépasse pas la moitié de la dot, dans le second cas 1/5 par enfant, mais sans maximum. Cette réduction a pour but d'indemniser le mari qui garde les enfants et qui a la charge de leur entretien et de leur éducation. C'est ce qu'on appelle la retentio propter liberos.

Une autre sorte de rétention dotale, originale en ce sens que le mari n'était pas autorisé à la faire valoir par une action distincte, c'est la retentio propter impensas. On entend par là les rétentions occasionnées par les dépenses du mari sur le fonds dotal parce qu'on les appelle d'un terme technique: "les impenses," et, à cette occasion, s'est formée une classification des impenses qui a également de l'importance en d'autres matières (action en revendication, pétition d'hérédité).

On distingue trois sortes d'impenses: les impenses nécessaires, les impenses utiles et les impenses voluptuaires.

Les impenses nécessaires viennent toujours en déduction de la dot. C'est ce qui est dit au Digeste (23.5.2), qui précise qu'elles diminuent ipso jure, de plein droit, le montant de la dot, impensae necessariae minuunt ipso jure dotem.

Pour les impenses simplement utiles, c'est-à-dire pour les dépenses que le mari n'était pas strictement obligé de faire pour conserver en bon état le fonds dotal, après quelques hésitations, on a fini par admettre que le mari pouvait en retenir le montant, le déduire de la créance dotale qui lui est réclamée, s'il les a faites du consentement de la femme.

Enfin, les impenses voluptuaires, c'est-à-dire de pur luxe, doivent être, en principe, supportées par le mari qui ne peut pas en faire déduire le montant.

Telle est la théorie des rétentions dotales. En terminant, faisons remarquer qu'il en existe deux variétés.

Distinction à faire.

Source : BIU Cujas

Les unes ont un caractère pécuniaire, patrimonial. Telles sont les rétentions propter impensas, propter res donatas, propter res amotas (Dig. 23,4,I5,I)

Les autres ont un caractère plutôt moral que pécuniaire. Telles sont les retentiones propter mores, propter liberos.

Intérêt de la distinction.

Il y a un intérêt pratique à faire cette distinction entre les deux groupes de retentiones. Celles du second groupe ayant un caractère moral appartiennent au mari seulement, et non à ses héritiers. Au contraire, celles du premier groupe, ayant un caractère plutôt pécuniaire que moral, passent aux héritiers du mari.

Cas du legs fait à la femme.

Quatrième différence: quand le mari a fait un legs à sa femme, en cas de restitution promise par contrat, les héritiers du mari devront payer le legs et restituer la dot. En l'absence de contrat verbal, la femme est obligée en vertu de l'édit de alterutro de choisir entre la dot et le legs.

L'actio ex stipulatu n'est pas privilégiée.

Enfin cinquième différence: la plus importante, point de départ d'une grande théorie du droit moderne: l'hypothèque légale de la femme mariée. L'actio ex stipulatu n'avait aucune garantie, car elle n'était pas une action privilégiée. Au contraire, l'actio rei uxoriae était munie de ce qu'on appelle en droit romain un privilegium inter personales actiones; c'est-à-dire que la femme passait, pour obtenir la restitution de la dot, avant tous les créanciers chirographaires du mari, mais après les créanciers hypothécaires. Et même la garantie était renforcée, quand la dot était constituée par un immeuble italique, car, alors, intervenaient, pour renforcer la garantie, les dispositions de la loi Julia de fundo dotali. Deux hypothèses peuvent se présenter:

L'actio rei uxoriae est privilégiée.

Cas d'aliénation de l'immeuble italique par le mari.

1° - Le mari a invoqué la nullité de l'aliénation, pour ne pas livrer l'immeuble dotal italique ou pour le reprendre. La femme va retrouver l'immeuble en nature.

2° - L'immeuble a été vendu par le mari, malgré l'interdiction de la loi Julia. Il est entre les mains du tiers acquéreur. Le mari a contre ce dernier l'action en revendication pour réclamer l'immeuble. La femme pourra, à titre de créancière privilégiée, exiger la cession de cette action, qui appartient au mari, et se payer, à l'exclusion des créanciers ordinaires, sur cet immeuble.

Source : BIU Cujas

3ème période: Système du droit de Justinien.

Le système du droit classique subsista jusqu'à Justinien. Justinien apporta certaines modifications aux deux branches maîtresses du système. Nous allons voir surgir les grands principes du droit moderne, éclairés par l'histoire antérieure.

1° - Restriction des pouvoirs du mari sur la dot.

Le mari ne peut plus aliéner l'immeuble dotal, même avec le consentement de la femme. Généralisation de l'actio ex stipulatu. Ses caractères.

Une constitution de 530 enleva au mari le droit d'aliéner l'immeuble dotal, même avec le consentement de la femme. (Code de Justinien, 5,13,1,15b), mais Justinien n'alla pas plus loin. Il n'enleva pas au mari la propriété de la dot. En droit, après comme avant Justinien, le mari est toujours propriétaire de la dot.

2° - Restitution de la dot.

La même année 530, Justinien abolit l'actio rei uxoriae, pour ne conserver que l'actio ex stipulatu, qu'il généralisa, en décidant qu'on sous-entendrait toujours une stipulation de restitution au profit de la femme. (Code de Justinien 5,13,1,1.) A cette actio ex stipulatu nouvelle il attacha les principaux caractères de l'actio rei uxoriae. L'actio ex stipulatu nouvelle du droit de Justinien nous apparaît donc comme un amalgame de l'ancienne actio ex stipulatu et de l'actio rei uxoriae.

1° - Quant aux cas de restitution, le mari ne garde plus jamais la dot. Elle doit toujours être rendue par lui ou par ses héritiers.

2° - Quant à l'époque de la restitution, distinction entre les immeubles qu'on doit rendre de suite et les meubles pour lesquels on a un délai d'un an.

3° - Quant au montant, le mari aura toujours le bénéfice de compétence; il n'est obligé de restituer la dot que dans les limites de ses facultés. Mais le système des retentiones est aboli.

4° - Justinien supprima l'édit de alteratro.

5° - Enfin, quant aux garanties de l'action, Justinien prit une série de mesures de plus en plus rigoureuses pour sauvegarder les droits de la femme:

En 529, il décida que la femme aurait une action en revendication et une action hypothécaire privilégiée, pour se payer par préférence à tous les créanciers, même hypothécaires, mais seulement pour certains biens dotaux, que Justinien appelle les biens existants C. 5. I2. 30.

En 530, Justinien donna à la femme, sur les au-

Source : BIU Cujas

tres biens de son mari, une hypothèque légale prenant date du jour du mariage C.5,I3,I,I b.

Enfin en 53I, Justinien transforma cette hypothèque en une hypothèque privilégiée, primant, sur tous les biens du mari, toutes les autres hypothèques existant de son chef, même celles antérieures au mariage C. 8, 17 (18) 12. Il allait ici beaucoup trop loin : il enlevait au mari tout son crédit. Le droit moderne a dû revenir en arrière.

Sur la restitution de la dot à l'époque de Justinien, cons. Tripiccione, l'actio rei uxoriae et l'actio ex stipulatu en matière de restitution de la dot dans le droit de Justinien (en italien), Ancone, 1920.

Droit français moderne.

Des deux pièces maîtresses du système romain sont sorties les deux institutions suivantes du droit français moderne.

L'inaliénabilité dotale en droit français.

a)- De la restriction du pouvoir du mari sur la dot, le principe de l'inaliénabilité dotale, Code Civil français, art. 1554 : "les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le mariage, ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement", particularité fondamentale que présente le régime dit dotal vis-à-vis des autres régimes matrimoniaux que connaît le droit français moderne (régime de la communauté, régime de la séparation de biens, dans lesquels on rencontre aussi une constitution de dot).

L'hypothèque légale de la femme mariée de l'art.2I2I C.C.

b)- De la restitution de la dot à la dissolution du mariage est sortie l'hypothèque légale de la femme mariée sur les biens de son mari qui aujourd'hui frappe le mari sous tous les régimes matrimoniaux. C.C. français, art. 2I2I. Cette hypothèque ne prend date que du jour du mariage.

Le régime dotal dans la pratique française actuelle.

Le régime matrimonial légal, c'est-à-dire celui que la loi suppose avoir été choisi par les époux, quand ces derniers n'ont pas fait de contrat de mariage, est le régime de communauté, dans lequel tous les biens appartenant en propre aux époux, le jour du mariage, deviennent communs et où tous les bénéfices réalisés au cours du mariage (= acquêts de communauté) tombent dans la communauté. A la dissolution du mariage chacun des époux ou ses héritiers a droit en principe à la moitié de tous ces biens communs. Ce régime de communauté est le régime propre à l'ancien droit coutumier français (sur "les origines de la communauté de biens

Source : BIU Cujas

entre époux dans le droit coutumier français," lire l'article remarquable de M. André Lemaire, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université catholique de Paris, Revue hist. de droit, 1928, p. 584 et suiv.)

Le régime matrimonial adopté le plus souvent aujourd'hui dans les contrats de mariage, est le régime de la communauté réduite aux acquêts, dans lequel les biens appartenant en propre aux époux au moment du mariage ne tombent pas dans la communauté. A côté de lui, en raison des idées de plus grande liberté qui se développent chez la femme moderne, on voit de plus en plus fréquemment consacré le régime de la séparation de biens (le plus usité dans les pays anglo-américains et aussi le régime légal en Russie), régime dans lequel non seulement chacun des époux demeure propriétaire de tous ses biens ainsi que de tout ce qu'il acquiert, mais la femme conserve l'administration et la jouissance exclusives de son patrimoine, avec toutefois une contribution aux dépenses communes réalisée par un versement au mari d'une part de ses revenus.

Quant au régime dotal, qui vient du droit romain, dans lequel les biens de la femme sont divisés en deux catégories - les uns, les biens dotaux, frappés d'inaliénabilité (même avec le consentement de la femme), sont administrés par le mari qui a la faculté de faire servir leurs revenus aux charges du ménage; les autres, les biens extra-dotaux ou paraphernaux (1) restent soumis à l'administration et à la jouissance de la femme (- après avoir été très usité dans le midi, anciens pays de droit écrit), il finit peu à peu par céder le pas dans ces régions devant le régime de la communauté réduite aux acquêts, soit que ce régime fût choisi comme régime conventionnel, soit que, pratique remontant à la fin de l'Ancien droit, le régime dotal fût modifié par l'adjonction d'une société d'acquêts. Mais aujourd'hui, on assiste, même dans le

---

(1) L'usage d'appeler paraphernaux (du grec παρα : hors de, φερνη , la dot) les biens de la femme ne faisant pas partie de la dot se rencontre pour la première fois en droit romain, dans une Constitution de Théodose II et Valentinien III de l'année 450 (Code de Just. 5, 14,8): nullo modo, muliere prohibente, virum in paraphernis se volumus immiscere. Sur les paraphernaux en droit classique et les interpolations des textes, cons. Castelli, Scritti, p. 1 et suiv.

Source : BIU Cujas

Nord, à un regain de vitalité du régime dotal par suite de l'adjonction d'une clause de dotalisation partielle à un contrat de mariage adoptant en principe le régime de communauté réduite aux acquêts.

A l'institution de la dot, il convient de joindre celle de la donation ante ou propter nuptias, et celle des donations entre époux.

I. La donation ante ou propter nuptias.

Il s'agit d'une donation faite par le mari à la femme et qui constitue le pendant de la dot. Elle était faite d'ordinaire par une promesse que le mari n'exécutait pas pendant le mariage.

La donation ante nuptias.

Jusqu'à Justinien elle porta le nom de donatio ante nuptias, ainsi nommée parce qu'elle était faite par le mari à la femme avant le mariage. Elle était exigible seulement en cas de divorce imputable au mari ou de prédécès de celui-ci.

A l'époque de Justinien elle est devenue la donation propter nuptias, en raison du mariage. Elle peut en effet être augmentée ou même seulement être constituée pendant le mariage. Justinien assimila la donation propter nuptias à la dot en la soumettant à des règles semblables.

1° - Elle doit avoir le même montant que la dot.

La donation propter nuptias.

2° - Sa restitution après le mariage est assurée par une hypothèque (non privilégiée) sur les biens du mari.

3° - Les biens qui la composent sont inaliénables pendant le mariage, mais avec deux restrictions importantes: 1° - la nullité n'a lieu qu'en ce qui concerne la femme. Vis-à-vis du mari les aliénations ou hypothèques sont valables. Les tiers contractants peuvent donc ramener à exécution sur les autres biens les droits qui en découlent; 2° - si la femme a consenti à l'aliénation par un consentement renouvelé au bout de deux ans, l'aliénation est valable même à son égard, à condition qu'elle trouve dans la patrimoine de son mari d'autres biens suffisants pour l remplir de ses droits. C'est ce que décide la célèbre Novelle 6I (ch. 1 et 4 pour la première restriction; ch. 1, pr. pour la seconde), qui, d'après M. Noailles, Inaliénabilité dotale et la novelle 6I, Annales de l'Université de Grenoble, XXX, 1918, p.453 suivi par Pringsheim, compte-rendu dans la Revue Fond. Sav. 1924, p. 552, aurait joué également un grand rôle dans la théorie byzantine de l'inaliénabilité dotale. Mais, s'il ne peut être contesté que la novelle 6I ait joué

Source : BIU Cujas

un rôle dans le système de l'inaliénabilité dotale dans notre ancien droit (Cons. André Boyé, Les destinées de la Novelle 6I, Nouvelle revue hist. de droit, 1924, p. 473), il ne nous paraît nullement démontré que cette novelle se soit appliquée en droit romain à la dot proprement dite, Justinien déclarant expressément au chap. I & 3 in fine que la législation s'est déjà suffisamment occupée de la dot à ce sujet.

2° - Les donations entre époux.

Bibl. Dumont, Les donations entre époux en droit romain, thèse Paris 1928, avec le compte-rendu de Mr. Paris dans la Revue Hist. de droit, 1930, p. 533.

D'après la majorité des auteurs, la prohibition qui a frappé à Rome les donations entre époux est d'origine coutumière. Elle dut apparaître à la fin du VI° siècle de Rome avec le développement des mariages sine manu, dans le but d'éviter les risques inhérents à cette sorte de mariage (chantage exercé par l'un des époux vis-à-vis de l'autre sous forme de menace de divorce dans le cas où ce dernier ne voudrait pas lui faire une donation). La sanction de la prohibition était la nullité de la donation qui sera obtenue par des moyens différents suivant le cas: revendication, action personnelle en restitution limitée au montant de l'enrichissement du donataire (condictio), retentio propter res donatas.

Un senatus consulte rendu en l'an 206 sur la proposition de Caracalla (Oratio Antonini) modifia le régime des donations entre époux en décidant qu'après la mort du donateur la nullité cessera de pouvoir être invoquée si le donateur n'a pas de son vivant usé de son droit d'invoquer la nullité. On dit alors que la donation convalescit, qu'il y a convalescentia (Dig. 24, I, 33, 2).

La prohibition romaine des donations entre époux n'a pas été maintenue par le Code Civil français qui, dans son article 109I, les déclare valables, mais en spécifiant toutefois dans l'article 1096 qu'elles seront toujours révocables.

§ 2 - Effets du mariage à l'égard des enfants.

La femme mariée in manu est la soeur de ses enfants.

I - Rapports de la mère et des enfants.

Ici encore, il faut distinguer les deux sortes de mariage qu'a connues le droit romain, le mariage

Source : BIU Cujas

cum manu et le mariage sine manu.

1° - Le mariage cum manu.

L'enfant est rattaché à sa mère. En effet, celle-ci étant loco filiae, se trouve être la soeur de ses enfants (loco sororis). Donc les droits de succession qui existent dans ce mariage entre la mère et ses enfants sont ceux qui existent entre frères et soeurs.

La femme mariée sine manu n'est pas rattachée à ses enfants.

2° - Le mariage sine manu.

La mère n'y est pas rattachée à ses enfants. La mère et les enfants appartiennent en effet forcément à deux familles différentes. Il n'y a donc pas de droit de succession entre la mère et les enfants, sauf la dot, qui peut passer aux enfants par le mari.

Tel est le droit primitif. Mais la reconnaissance de la cognatio fit modifier ce droit. A partir d'une certaine époque, un droit de succession est admis entre la mère et ses enfants.

Le droit de succession est reconnu par le préteur.

D'abord le préteur reconnut un droit de succession réciproque à la mère et à ses enfants, en leur accordant la bonorum possessio unde cognati par laquelle le préteur appelait à la succession d'une personne prédécédée ses cognats. Puis ce fut l'oeuvre de deux sénatusconsultes très importants:

Puis par les Sc. Tertullien et Orfitien.

1° - Le Sc. Tertullien, rendu sous Hadrien (117 à 138) qui a reconnu un droit de succession à la mère sur les biens de ses enfants.

2° - Le Sc. Orfitien, de 178, rendu sous Marc Aurèle, et Commode, qui accorda un droit de succession aux enfants sur les biens de la mère.

L'obligation alimentaire.

Des constitutions impériales vinrent aussi reconnaître une obligation alimentaire réciproque entre la mère et les enfants.

II. - Rapports du père et des enfants.

C'est une matière très importante, sur laquelle Mr. Fliniaux interroge très souvent à l'examen. Nous verrons l'origine du principe moderne de la présomption de paternité. C'est en droit romain qu'on rencontre pur la première fois le fameux principe: pater is est quem nuptiae demonstrant.

En raison de l'importance de cette manière, voici une bibliographie:

Bibliographie.

Declareuil, Paternité et filiation légitime, Contribution à l'histoire de la famille légale à Rome, Mélanges Girard 1913; Perozzi, Tollere liberum, Etudes en l'honneur de Simon-celli, 1917; Tisset, Contribution à l'histoire de la présomption de paternité. Etude de droit hébraïque et de droit romain,

Source : BIU Cujas

thèse Montpellier, 1921.

Les rapports du père et des enfants apparaissent absolument différents, suivant qu'on les étudie dans l'ancien droit ou dans le droit impérial.

A - Dans l'ancien droit.

Le paterfamilias admet l'enfant dans la domus (tollere, suscipere).

Le paterfamilias, sans qui il n'y a pas de domus et qui en constitue une à lui tout seul, est maître absolu à son foyer. Il compose sa famille comme il le veut. Le mari, en conséquence, s'est réservé le droit de disposer comme bon lui semble des enfants que sa femme concevra. Mais lui, n'est engagé à rien. Il n'y a pas de corrélation nécessaire entre le mariage et le sort des enfants qui en sont la suite. Suivant l'expression quelque peu réaliste de M. Declareuil dans l'article précité "le chef de la domus est convenu avec l'uxor d'un certain travail qu'il s'est réservé d'accepter ou de refuser à la livraison". Voici comment les choses vont se passer. Le nouveau-né est placé devant le paterfamilias. Si le paterfamilias sent, pour nous servir du beau vers d'Albert Samain:

"Le grand frisson du sang passer dans son coeur d'homme", Alors il élève l'enfant en le prenant dans ses bras, ce qui s'appelle liberum tollere, ou suscipere. L'enfant est alors admis dans la famille. Il devient heres suus.

Il peut le rejeter de la domus.

Mais le paterfamilias, au contraire, peut se détourner de l'enfant et le laisser à terre. On dit alors que liberum negat, repudiat. L'enfant est alors exclu de la domus, tué ou exposé, à moins que, s'il s'agit d'un mariage sine manu, la mère ne le confie à sa propre famille.

Voilà le droit quelque peu brutal des premiers temps de Rome. Des adoucissements furent apportés au sort des enfants par le droit impérial.

B - Le droit impérial.

La présomption de paternité.

Au IIe siècle après J.C., nous assistons à la suppression du droit pour le père de negare liberum suivant son bon plaisir, et la règle se dégage que l'enfant né d'une femme mariée est réputé né des oeuvres du mari et réputé légitime (1). Ulpien, Digeste,

---

(1) En même temps apparaissait la règle d'ordre scientifique suivant laquelle tout enfant né au moins six mois depuis le début du mariage, et dix mois au plus après sa dissolution, était réputé conçu dans le mariage (Ulpien, Dig. 38, 16, 3, 11 et 12; Paul, Dig. 1, 5, 12).

Source : BIU Cujas

siège de la matière, 1.6.6. pr. Filium eum definimus qui ex viro et uxore ejus nascitur, nous appelons fils légitime celui qui naît d'un époux et de son épouse. Ulpien I.6.4.: nam qui ex me et uxore mea nascitur, in mea potestate est, car celui qui naît de moi et de ma femme est sous ma potestas. Quant à la formule célèbre qu'on trouve en latin dans tous les ouvrages modernes de droit civil: pater is est quem nuptiae demonstrant, le père est celui que le mariage démontre, elle se trouve une seule fois au Digeste, et non pas au siège de la matière, mais au titre De in jus vocando, 2.4.5 (Paul, 4 de son commentaire sur l'Edit), à propos de l'interdiction pour un descendant de citer en justice son ascendant. Et certainement il s'agit là d'une règle empirique, dont le préteur se servait dans un cas d'espèce. Mais elle est devenue aujourd'hui (article 312 du Code Civil) une règle générale et impérative, présomption juris et de jure faisant endosser au mari toute conception de l'enfant né de son épouse, présomption établie pour garantir l'ordre public et assurer le prestige du mariage, en raréfiant les actions en désaveu. A Rome, on est bien loin de cette présomption absolue de paternité. On a voulu simplement soustraire aux fantaisies du mari le statut de l'enfant né véritablement de ses oeuvres et écarter le droit du mari de rejeter arbitrairement l'enfant. En cas de refus du père de reconnaître l'enfant, pouvait naître à Rome une instance judiciaire, où le mari avait la faculté de faire la preuve que l'enfant ne pouvait être issu de ses oeuvres. Cette preuve était plus générale que celle où est enfermé aujourd'hui l'exercice de l'action en désaveu, qui, comme on le sait, ne peut avoir lieu que pour des causes précises.

L'article 312 du Code Civil.

La preuve de la non paternité à Rome.

A quelle époque est apparu exactement le nouveau principe consacré par l'art. 312 du Code Civil ? C'est à une époque récente de notre ancien droit. Les canonistes et les légistes, dans leur interprétation des lois romaines, avaient continué à reconnaître à la présomption de paternité le caractère d'une présomption juris Tantum, avec par conséquent faculté laissée au mari de faire la preuve contraire (Pour le droit canonique, cons. Esmein, Le mariage en droit canonique, Ière édition, 1891, t. II, p. 29). Ce n'est que lorsque les Parlements arrivèrent à s'attribuer compétence dans les affaires relatives au mariage et à ses effets, c'est-à-dire au début du XVII° siècle, que l'on s'efforça de limiter les cas de désaveu de la part du mari.

Epoque d'apparition du nouveau principe consacré par l'article 312 du Code Civil.

Source : BIU Cujas

Section IV - Dissolution du mariage.

La dissolution des justae nuptiae peut être forcée ou volontaire.

A. Les causes de dissolution forcée sont les suivantes:

1° - La mort de l'un des époux.

Le délai de 10 mois imposé à la femme pour se remarier.

Si c'est la femme qui prédécède, le mari avait pleine liberté de se remarier immédiatement. Si c'était le mari qui prédécédait, la femme devait pour se remarier attendre dix mois. Or ces dix mois sont justement la période de la plus longue gestation. Cependant le veuvage imposé à la femme avait sa raison d'être primitivement dans l'idée religieuse de deuil du mari. On appelle ce délai tempus lugendi. A cette idée vint s'ajouter l'idée d'éviter la confusion de parts, turbatio sanguinis. Il ne fallait pas que l'enfant né dans les dix mois pût être attribué indifféremment au premier ou au deuxième mari. La contravention à cette règle n'emportait pas la nullité du mariage, mais l'infamie atteignait en principe la femme, le second mari, et, s'il y avait lieu, leurs patresfamilias respectifs. Code de Justinien, 3.2.I. Les empereurs chrétiens substituèrent le délai d'un an à celui de dix mois, voulant marquer non seulement le danger de la confusion des parts, mais aussi le fait que la décence commandait que la femme pleurât son mari. Avec le délai de dix mois , le Code Civil (article 228) est revenu à la notion de turbatio sanguinis.

La turbatio sanguinis.

Effet de l'absence sur le mariage.

Au cas de la mort d'un des époux, il faut joindre le cas de l'absence, étudié pour la première fois de façon très précise par Ernst Levy, Absence et mariage dans les droits antiques, Mélanges dédiés à la mémoire du professeur Emil Seckel (Gedächtnisschrift für Emil Seckel), 1927, pages 145 et suivantes. Suivant Lévy, l'absence dans le droit de la République, comme dans celui du Principat, aurait entraîné la dissolution du mariage, dans la mesure où elle implique l'impossibilité de communiquer avec l'absent. Les textes de la compilation de Justinien, qui contiennent une doctrine contraire, seraient, suivant Ernst Lévy, tous interpolés (1).

---

(1) Il faut voir là une conséquence de la position prise par Lévy en ce qui concerne la formation du mariage sine manu dans son ouvrage Der Hergang der römischen Ehescheidung (voir plus haut).

Source : BIU Cujas

2° - Perte de la liberté par l'un des époux, maxima capitis deminutio. Il n'y a pas lieu de distinguer si la servitude a été encourue d'après le droit civil, ou d'après le droit des gens. Toutefois dans l'hypothèse où elle a été encourue d'après le droit des gens, qu'arrive-t-il, si le citoyen captif retourne à Rome ? Renvoyons à la théorie du postliminium et à la distinction des res juris et des res facti. S'agit-il du mariage cum manu, le mariage est maintenu, parce que la manus est une res juris. Au contraire, s'il s'agit d'un mariage sine manu, le mariage ne peut pas être considéré comme maintenu, car il s'agit ici d'une res facti. Justinien a modifié ces règles, en décidant, par voie d'interpolation, que la femme du prisonnier reste mariée et devra, pour se remarier, attendre un délai de cinq ans. Digeste 49.15. De captivis, 8 in fine.

Perte de la liberté.

Effet du postliminium.

3° - La perte de la cité, media capitis deminutio. Le mariage est dissout par la condamnation d'un des époux à la peine de l'interdiction de l'eau et du feu, ou de la rélégation, car il devient pérégrin, et il n'y a pas de justae nuptiae avec les pérégrins. Elles peuvent alors être remplacées par le matrimonium sine cónubio ou du droit des gens qui sera étudié plus loin.

Perte de la cité.

4° - Perte des droits de famille, minima capitis deminutio. Elle entraîne toujours la dissolution du mariage cum manu, et, en principe, elle est sans influence sur le mariage sine manu, à moins que la capitis deminutio encourue par un des conjoints se trouve créer entre eux un lien de parenté empêchant le mariage, par exemple, quand un père adopte son gendre, sans avoir pris la précaution d'émanciper auparavant sa fille. Digeste 23.2.67.3.

Perte des droits de famille.

B - Dissolution volontaire du mariage.

La dissolution volontaire du mariage, c'est, dans un sens large, le divorce. C'est ici surtout, qu'il faut avoir soin de distinguer le mariage cum manu et le mariage sine manu. En effet, le mariage cum manu a à sa base une puissance qui en principe ne peut cesser que par la volonté de celui qui l'exerce. Le mariage sine manu au contraire, formé par le consentement des époux, doit pouvoir se dissoudre dès que fera défaut ce consentement.

Le divorce.

a) Mariage cum manu.

Le mariage cum manu donne au mari sur la femme un pouvoir analogue à celui du paterfamilias sur ses enfants. Cette puissance peut disparaître par la volonté du mari. De bonne heure, il y eut des procédés pour faire

Source : BIU Cujas

Dissolution volontaire du mariage cum manu,

cesser la manus. Au cas où la manus a été acquise par confarreatio, procédé religieux, on utilise un procédé religieux contraire, la diffarreatio(Festus,V° diffarreatio). En cas d'usus ou de coemptio, on utilise la remancipatio, qui n'est qu'une application de l'expédient par lequel le père abdique sa puissance sur son fils ou sa fille, c'est-à-dire on mancipe la femme à un compère, qui l'affranchit ensuite de la puissance du mancipium. Il semble bien qu'avant qu'il soit procédé à l'extinction de la manus par la diffarreatio ou la remancipatio, le mari ait eu à faire une déclaration de volonté par laquelle il manifestait son intention de rompre le mariage. C'est à cela que paraît se rapporter un passage des Philippiques,2, 28, 69, de Cicéron, qui évoque à ce sujet la loi des XII Tables: Illam suam res sibi habere jussit ex XII Tabulis claves ademit, exegit. Dans les Textes de Girard une virgule est mise après jussit; dans les Fontes de Bruns, édition revue par Gradenwitz, elle se trouve placée après Tabulis (dans XII Tables, 4,3). Quelle que soit la place qu'il convient d'assigner à la virgule, il résulte de ce texte que le mari, ou bien ordonnait à sa femme de s'occuper elle-même de ses affaires, ou bien lui réclamait les clefs.

La diffarreatio.

La remancipatio.

En revanche, la femme ne peut pas plus sortir de la manus malgré le mari, que le fils ou la fille de la patria potestas, malgré le paterfamilias. Mais à l'époque de Gaius (I. 137a) la femme qui veut répudier son mari, peut contraindre celui-ci à la remanciper.

du mariage sine manu.

b) Mariage sine manu.

Le divortium et le repudium.

Fermé par le consentement des époux, le mariage sine manu va se dissoudre, non seulement par l'accord des deux époux, le divortium au sens étroit à Rome, c'est-à-dire le divorce par consentement mutuel, mais encore par la volonté d'un seul des conjoints, ce que les Romains appelaient le repudium (1) Passons en revue ces deux sortes de procédés.

A - Le divortium, divorce par consentement mutuel.

Le divortium.

Il a toujours existé à Rome, à condition bien entendu que cesse la vie commune. A l'inverse, le fait pour des époux de vivre séparés n'implique pas un divortium, lorsque, nous dit Ulpien, D, 24, I, 32, 13

(1) Pour Lévy, ouvrage cité plus loin, p. 76, il n'y aurait pas à distinguer entre ces deux variétés de divorce à l'époque classique. D'après lui le divorce en droit classique est toujours unilatéral, même quand il a lieu a la suite d'un accord amiable.

Source : BIU Cujas

(texte déjà rencontré à propos de la formation du mariage), les époux ont continué à avoir l'un vis-à-vis de l'autre l'honor matrimonii. Sous Justinien, Novelle 117, § 10, le divortium subit une éclipse temporaire. Justinien le défendit, sauf le cas d'entrée en religion ou de voeu de chasteté sous l'influence des idées chrétiennes, suivant lesquelles le célibat est supérieur au mariage. Mais bientôt cette mesure suscita tant de réclamations que son successeur dut le rétablir, Novelle 140.

Le repudium.

B - Le repudium, rupture unilatérale du mariage, divorce au sens du Code Civil, car le Code Civil n'admet pas le divorce par consentement mutuel.

Pour nous qui avons adopté la thèse de Lévy, Der Hergang der römischen Ehescheidung, 1925, suivant laquelle le mariage sine manu, en plus du consentement, requiert pour sa formation et aussi pour son maintien la vie commune, la séparation des époux exige non seulement la manifestation d'une volonté contraire, mais encore la cessation de la vie commune (continuation du parallélisme à établir entre la possession des choses et l'état de mariage).

Comment devait se manifester la volonté de l'un des époux de se séparer de l'autre ? La législation romaine n'a-t-elle pas en cette matière établi des formes spéciales dont la non observation aurait entraîné la nullité de plein droit du repudium intervenu ? Telle est la question qu'il convient d'examiner, d'autant plus que Ernst Lévy a présenté dans son ouvrage précité une théorie entièrement nouvelle.

Commençons par exposer la thèse traditionnelle:

La thèse traditionnelle en ce qui concerne les formalités du repudium:

Jusqu'à la loi Julia de adulteriis aucune forme ne fut requise. La déclaration de volonté pouvait résulter de l'emploi de formules variées sur lesquelles les textes littéraires nous donnent des renseignements: La plus ancienne paraît avoir été: beate foras, Va-t-en! (du vieux verbe beatere, aller) comme nous le rapporte Varron, ap. Mon. (77) Cf. Plaute, Casina, 2, 2, 35: I foras mulier ! Une autre formule apparaît plus récente: res tuas tibi habeto, occupe-toi toi-même de tes affaires ! Plaute, Amphytrion, 3,2, 47 (Cf. Dig. 24, 2, 2 1)(1)

---

(1) Le remariage d'un des époux sans que celui-ci ait au préalable déclaré à un premier conjoint sa volonté de le répudier constituait-il des justae nuptiae ou un concubinat ? La question fut l'objet d'un débat judiciaire, comme nous le rapporte Cicéron, De oratore,

Source : BIU Cujas

La déclaration devant témoins et le libellus repudii.

La loi Julia de adulteriis est intervenue, comme nous l'apprend Paul au Dig. 24, 2, 9, pour décider que nullum divortium ratum est nisi septem civibus Romanis puberibus adhibitis praeter libertum eius qui divortium faciet, aucun divorce n'est valable s'il n'est fait devant sept citoyens Romains pubères, sans compter l'affranchi de celui qui répudie. Et on a coutume de rattacher à la même loi la pratique du libellus divortii ou repudii, de l'écrit renfermant l'expression de la volonté de répudier, dont parlent un texte du Digeste, 24, 2, 7 et une Const. de Dioclétien et Maximien de 294 au Code de Justinien, 5, 17, 6; dans ce libellus aurait figuré une des formules traditionnelles, principalement une de celles que nous rapporte Gaius au Dig. 24, 2, 2, 1: "Tuas res tibi habeto"; "Tuas res tibi agito". Le libellus repudii aurait été porté au conjoint répudié par l'affranchi de celui qui répudie.

Thèse nouvelle d' Ernst Levy.

Exposons maintenant la thèse nouvelle, celle qui se trouve pour la première fois formulée par Levy dans son ouvrage Der Hergang der römischen Ehescheidung, 1925; D'après Lévy l'institution de la déclaration devant témoins et celle du libellus répudié n'ont rien de commun entre elles. Il s'agit là de deux institutions ayant chacune leur sphère propre et d'autre part appartenant à des époques différentes.

a) La déclaration devant témoins ne fut jamais une formalité du divorce en cas de mariage sine manu. Elle aurait été imaginée pour permettre au mari d'éviter la poursuite pour lenocinium, établie, nous l'avons vu, en cas d'adultère de la femme. La loi Julia de adulteriis lui imposait l'obligation de répudier sa femme dès qu'il avait eu connaissance de l'adultère de

---

(1) suite - I. 40, 183; I, 56, 238, à propos du cas suivant: Un certain père de famille était revenu d'Espagne à Rome, laissant là-bas une épouse enceinte. Il se maria une seconde fois à Rome, sans avoir envoyé auparavant à sa femme un messager pour lui signifier la répudiation certis quibusdam verbis. Il mourut quelque temps après, ayant eu un enfant de ces deux mariages. Quelle devait être la condition de la seconde épouse ? Femme légitime ou concubine ? et la condition du fils issu du second mariage ? Enfant légitime ou illégitime ? Cicéron se contente de poser la question, sans nous dire dans quel sens elle fut résolue.

Source : BIU Cujas

celle-ci. Mais en cas de mariage cum manu, s'il s'agissait d'usus ou de coemptio, l'extinction de la manus impliquait une remancipatio, laquelle exigeait nécessairement le concours de la femme. Une femme adultère en se refusant malicieusement à participer à la remancipatio pouvait donc faire encourir à son mari la peine du lenocinium. C'est en vue de rendre vaine une telle inertie de la femme que la loi Julia décida que le mari pourrait faire constater par des témoins sa volonté de répudier sa femme coupable. Et cela aurait suffi pour le mettre à l'abri des sanctions rigoureuses organisées par la loi Julia (Levy, p. 5 et suiv.)

b) Quant au libellus repudii, il n'aurait jamais fonctionné à l'époque classique. Le fragment 7 au Dig. 24, 2, aurait été fortement remanié par Justinien (Levy p. 60 et suiv.). D'autre part la const. de Dioclétien et Maximien de 294 au Code de Just. 5, 17,6: Licet repudii libellus non fuerit traditus vel cognitus marito, dissolvitur matrimonium, ne voudrait pas dire, comme on l'entend généralement, que la réception ou la connaissance du libellus serait indifférente, mais que le mariage était dissous même sans libellus (Lévy, p. 62 et suiv.; p. 84 et suiv.). C'est seulement en effet à partir de Théodose (Code de Just. 5, 17, 8) qu'un acte écrit aurait été exigé pour le repudium:

Que vaut la thèse d'Ernat Lévy ? Nous n'hésitons pas à la repousser.

Sa réfutation.

a) En ce qui touche la déclaration devant témoins, nous ferons remarquer que si Dig. 24, 2, 9 avait en vue le mariage avec manus, on ne conçoit nullement la raison qui aurait pu amener Justinien à insérer dans sa compilation une telle disposition, le mariage cum manu ayant à son époque depuis longtemps disparu.

b) En ce qui concerne le libellus repudii, si vraiment le rescrit de Dioclétien et Maximien du Code de Justinien, 5, 17, 6, avait eu la signification que lui prête Lévy, puisque à l'époque de Justinien un tel libellus était obligatoirement requis, certainement ce rescrit n'aurait pas trouvé place dans le Code dans sa forme actuelle.

Pour ces raisons (1) nous restons donc fidèles

---

(1) On trouvera une critique plus approfondie de Lévy dans l'ouvrage de Corbett déjà cité: The roman law of marriage, 1930, p. 228 et suiv.

Source : BIU Cujas

Système admis par Mr. Fliniaux.

à la théorie traditionnelle dans son ensemble. La déclaration devant témoins a bien été organisée par la loi Julia pour le repudium en cas de mariage sine manu. Mais selon nous la nécessité du libellus repudii n'est nullement démontrée. Une déclaration simplement orale pouvait suffire. C'est ce qui résulte sans doute possible d'un passage de la célèbre satire de Juvénal sur les femmes, Satire VI, vers 142, et suivants. "D'où vient ce prodigieux attachement de Sertorius pour Bibula ? Ce n'est pas la femme qu'il aime, il n'en aime que la beauté. Rien n'est plus vrai. Que Bibula commence à devenir un peu ridée, que son visage se flétrisse, que ses dents perdent leur blancheur.. "Madame, lui vient dire un affranchi, prenez vos frusques et allez-vous-en" Collige sarcinulas, dicet libertus, et exi".

Le repudium pour justes motifs.

A partir d'une certaine époque, on rencontre la tendance à restreindre le repudium, en l'enfermant dans des cas où de justes motifs existent. C'est le droit chrétien qui a été le promoteur des idées nouvelles, car l'Evangile avait proclamé le principe de l'indissolubilité du mariage. Evangile selon Saint Mathieu 19.6. Quod Deus conjunxit, homo non separet, ce que Dieu a uni, que l'homme ne le sépare pas. Nous allons voir un ensemble de mesures prises par les empereurs chrétiens.

Mesures prises par Constantin.

a) Des mesures furent prises d'abord par Constantin. Code Théodosien, De repudiis, Const. I. Voici l'exposé des motifs " Il ne faut pas que le mari ou la femme puissent se répudier à la légère ou sous de faibles prétextes, comme cela arrive trop souvent". Les motifs ne sont pas les mêmes pour la femme et pour le mari.

Motifs de répudiation par la femme,

Motifs invoqués par la femme contre le mari. Il ne suffit pas qu'elle impute à son mari certains défauts même graves, comme d'être buveur, joueur ou coureur. Mais si elle peut prouver qu'il est devenu homicida, meurtrier, medicamentarius, empoisonneur, vel sepulcrorum dissolutor, destructeur de tombeaux, alors elle aura un juste motif de répudiation.

par le mari.

Motifs invoqués par le mari contre sa femme. Il faut, pour qu'il puisse répudier sa femme, qu'il établisse que sa femme est adultera, venefica, empoisonneuse, vel conciliatrix, entremetteuse.

Sanctions.

Sanctions dans le cas où la répudiation a lieu sans juste motif.

La femme qui a répudié à tort peut être exilée et perd sa dot.

Source : BIU Cujas

Si c'est le mari qui a répudié à tort, il est privé de la faculté de prendre une autre épouse.

Mesures prises par Théodose II et Valentinien III.

b) Mesures prises par les Empereurs Théodose II et Valentinien III en 449. Code de Justinien, De repudiis 5.17.8. Ici encore, étudions les motifs de répudiation, puis les sanctions.

Motifs que peut invoquer la femme.

Motifs qui peuvent être invoqués par la femme contre le mari. Ce sont les mêmes crimes publics déjà visés par Constantin; et en outre: si le mari a attenté aux jours de sa femme, ou même l'a maltraitée ou frappée de verges, œ qui est dur pour une femme ingénue, déclare le texte. S'il est reconnu adultère (mais ce mot n'a pas le même sens qu'aujourd'hui, il veut dire complice d'une autre femme mariée. Le mari n'est pas adultère, s'il a des relations avec une autre femme non mariée). Si, au mépris de lui-même et de sa maison, il fréquente publiquement et sans vergogne des courtisanes devant sa femme, ce qui exaspère vivement les femmes chastes, ipsa inspiciente cum impudicis mulieribus, quod maxime castas exasperat.

Le mari.

Les motifs du mari contre la femme sont d'abord les crimes publics déjà visés; puis les attentats à la vie même, les voies de fait; puis si la femme, à l'insu ou contre la volonté du mari, va dîner avec des hommes, si elle passe la nuit dehors sans juste motif, si, contre l'agrément du mari, elle fréquente à l'excès les cirques ou les théâtres, circensibus vel theatralibus ludis, marito prohibente, gaudentem.

Sanctions.

Les sanctions de répudiations sans motif sont moins rigoureuses. Du côté de la femme, la répudiation téméraire entraîne la perte de la dot, Il n'y a plus de peine criminelle. Pour le mari, il n'a qu'à rendre la dot et à acquitter la donatio ante nuptias, donation faite par le mari à la femme, et qui constitue, nous l'avons vu, le pendant de la dot.

Mesures prises par Justinien.

c) Mesures prises par Justinien. Novelle 117. Justinien a fait la grande distinction suivante:

Le divortium bona gratia.

1° - Si la répudiation est ce que Justinien appelle un divortium bona gratia, c'est-à-dire une répudiation motivée par une cause non imputable à l'autre conjoint (par exemple l'impuissance, l'absence, un voeu de chasteté), il n'y a de peine ni pour l'un ni pour l'autre.

Le repudium ex justa causa.

2° - Si c'est un repudium ex justa causa, c'est-à-dire motivé par une faute de l'autre conjoint, crime, adultère, inconduite, il y a des peines prononcées contre celui qui y a donné lieu.

3° - Si c'est un repudium sine ulla causa,

Source : BIU Cujas

Le repudium sine ulla causa. injustifié, des peines semblables sont prononcées contre son auteur.

Le mariage est rompu dans tous cas. Mais dans tous ces cas, le mariage est rompu. En effet, formé par l'établissement de la vie commune, il cesse quand un des conjoints abandonne la vie commune.

Appendice: Unions autres que les justae nuptiae.

Si nous laissons de côté le contubernium entre les esclaves, nous rencontrons le matrimonium sine conubio ou mariage du droit des gens, et le concubinat, matière importante pour l'histoire de la condition des enfants naturels à Rome, origine de plusieurs dispositions du Code civil français.

I - Le matrimonium sine conubio.

C'est le mariage contracté entre personnes qui n'ont pas le conubium, à cause de leur nationalité: entre un citoyen et une femme née de pérégrins, entre deux pérégrins ou deux latins. Cette union que le droit des gens tient pour valable est souvent appelée mariage du droit des gens par opposition aux justae nuptiae, mariage du jus civile.

Le mariage du droit des gens.

Quels en étaient les effets ?

Ses effets. Il communiquait à la femme la condition du mari. Il rendait punissable l'adultère de la femme, mais le mari ne jouissait pas du privilège des soixante jours. Les enfants suivaient la condition de la mère, mais ils prenaient ordinairement la qualité de pérégrins, en vertu de la loi Minicia. Il pouvait être facilement transformé en justae nuptiae, principalement par l'erroris causae probatio, qui suppose qu'un des conjoints s'est trompé sur la nationalité de l'autre, ou sur sa propre nationalité. C'est ainsi que des sénatusconsultes décidèrent que la survenance d'un enfant, jointe à la preuve d'une erreur de ce genre, emporterait l'acquisition de la cité pour l'époux non romain, que du même coup le mariage se transformerait en justae nuptiae et que les enfants tomberaient sous la patria potestas. Gaius I.67.

L'erroris causae probatio.

Le matrimonium sine conubio s'est raréfié après la réforme de Caracalla. Sous Justinien, il perdit avec la suppression des catégories des latins juniens et des déditices les rares applications qu'il avait conservées.

Source : BIU Cujas

II - Le concubinat.

Notion du concubinat.

Le concubinat, qu'il faut avoir grand soin de ne pas confondre avec le concubinage, est à Rome l'union durable de l'homme et de la femme en dehors des justae nuptiae, et il faut le distinguer soigneusement de ce que les Romains appelaient le stuprum, à savoir la rencontre isolée. A quelle époque se place la reconnaissance légale du concubinat à Rome ?

Il faut faire une grande distinction: étudier le concubinat dans le droit païen, puis dans le droit chrétien . C'est une des matières où se fit sentir le plus l'influence chrétienne sur la législation civile.

A - Le droit païen.

Le concubinat sous le Haut-Empire.

Sous la République, le concubinat n'est certainement qu'un rapprochement de fait sans caractère ni légal ni même licite. Pour le Haut-Empire, il y a des difficultés. C'est une question des plus délicates à résoudre. Nous ferons état des derniers travaux sur la matière. La question du concubinat, pour son histoire et ses origines, a été complètement renouvelée par l'étude des inscriptions, notamment des inscriptions funéraires. C'est grâce à cette étude que les théories anciennement en cours sont aujourd'hui entièrement discréditées. Ces théories avaient été exposées par deux français.

D'après la première théorie, défendue par Accarias, Précis de droit romain. I. p. 246, le concubinat, à l'époque du Haut-Empire, aurait déjà été une véritable union légale, sans doute inférieure aux justae nuptiae, mais soumise comme celles-ci à certaines règles juridiques, quant à ses conditions, son champ d'application et ses effets.

Théorie de Paul Gide et Girard.

Mais cette théorie a été réfutée par Paul Gide, auteur d'un ouvrage qui fait encore autorité aujourd'hui sur la condition privée de la femme. (Les développements relatifs au concubinat se trouvent dans la deuxième édition de cet ouvrage, parue en 1885, p. 543).

Le concubinat est licite, mais sans effets civils.

D'après la théorie de Paul Gide qui avait séduit Girard, et qui est encore exposée dans son Manuel, le législateur du Haut-Empire se serait borné à reconnaître le concubinat comme licite au point de vue pénal. En effet, la loi Julia de adulteriis, en punissant non seulement l'adultère, mais le stuprum avec une femme honorable, aurait excepté le concubinat de ses pénalités. Elle aurait donc reconnu son caractère licite au point

Source : BIU Cujas

L'enfant n'est rattaché qu'à sa mère.

de vue pénal, mais sans reconnaître son caractère licite au point de vue civil. En effet, à ce point de vue d'après Paul Gide, le concubinat aurait été une simple union de fait, avec les conséquences suivantes. L'enfant était simplement rattaché à sa mère. Les enfants nés du concubinat étaient donc sur le même pied que les enfants naturels simples; à savoir à Rome les spurii ou vulgo concepti, et même les enfants nés d'un commerce coupable, à savoir les enfants adultérins et incestueux. L'enfant n'était donc pas rattaché au père. Voici les preuves que nous donne P.Gide: les textes ne reconnaissent au concubinat aucun des effets attachés à la filiation paternelle, par exemple l'exemption du père des déchéances des lois caducaires, la reconnaissance entre le père et le fils de la succession prétorienne fondée sur la cognatio, bonorum possessio unde cognati.

C'était la théorie de Paul Gide qui l'emportait dans les ouvrages de droit romain; jusqu'au jour où la question a été remise sur le tapis par P.M. Meyer Le concubinat romain, Leipzig, I895. Tout en n'adhérant pas en principe au caractère légal du concubinat, cet auteur pense que le concubinat a été en réalité autre chose qu'une simple union de fait. Selon Meyer, le concubinat aurait été créé par Auguste comme une sorte de compensation (Ersatz) aux prohibitions matrimoniales, en faveur des personnes entre lesquelles le législateur se refusait à admettre un mariage valable, par exemple l'union entre un gouverneur de province et une femme habitant cette province.

Théorie de Meyer: sans avoir un caractère légal le concubinat est plus qu'une simple union de fait.

La théorie de Meyer a été vivement critiquée et remplacée par une autre plus solide au point de vue scientifique, car elle est la première à faire état de toutes les inscriptions connues, sans l'examen desquelles la question ne peut être sérieusement étudiée. L'utilisation complète de ces sources a été faite par M. Jean Plassard, Le concubinat au Haut-Empire romain, thèse Toulouse I92I, et son système est le même que celui qui est exposé par le dernier auteur qui s'est occupé de la question, Bonfante, dans un article, paru dans les Mélanges Perozzi, I925, et dont il a donné un résumé dans ses Institutions du droit romain , 8° éd.p. I90. D'après ce système, auquel M. Fliniaux adhère complètement, le concubinat, pendant le Haut-Empire, n'a eu en réalité que le caractère d'une simple union de fait, et il semble que cette union de fait n'ait même pas acquis un certain caractère licite.

Théorie de M. Plassard:

Le concubinat est inconnu du droit aussi bien pénal que civil.

Source : BIU Cujas

Le Droit, aussi bien pénal que civil, l'a entièrement ignoré. Sans doute, en pratique, et de là venait l'erreur, la question s'est présentée de savoir si le concubinat faisait encourir les peines du stuprum édictées par la loi Julia. Mais il ne s'agit là, comme l'a démontré Mr. Plassard, que d'une controverse, de nature externe, entre jurisconsultes, sur le champ d'application d'une certaine disposition de la loi Julia. En tout cas il semble bien que, pendant tout le Haut-Empire, ne se soit attaché au concubinat aucun discrédit social. Le gouverneur de province qui ne pouvait pas se marier avec une habitante de la province vivait en état de concubinat avec elle sans, en aucune manière, voir sa conduite être stigmatisée par les moeurs.

B - Le droit chrétien.

Influence du christianisme.

Le droit chrétien introduisit des idées nouvelles, qui ont bouleversé complètement l'institution du concubinat et la condition des enfants naturels. C'est à partir du quatrième siècle que les idées nouvelles, propagées par le christianisme, vont recevoir leur consécration dans la législation. Depuis sa reconnaissance officielle, il s'était formé dans l'Eglise une opinion nettement hostile au concubinat, et aucune opinion ne se rencontrait favorable aux enfants illégitimes. Aussi les premiers empereurs chrétiens, sous l'influence de ces idées, vont-ils prendre des mesures rigoureuses contre les enfants naturels et par répercussion contre le concubinat. Constantin frappe d'incapacité les enfants naturels. Jusqu'alors; ils étaient vis-à-vis du père des étrangers; maintenant ils sont dans une situation pire. Leur filiation est établie, non à leur avantage, mais contre eux. Il n'y a plus de donation entre vifs ni testamentaire possible à leur profit.

Défaveur contre le concubinat et les enfants naturels.

Théorie du concubinat mariage inférieur.

Cette défaveur du concubinat n'aurait pas suivant les auteurs, duré longtemps. Il serait revenu en faveur et serait devenu une sorte d'union légale inférieure, que les sources appellent inaequale conjugium, dont les enfants qui en seraient issus seraient privilégiés par rapport aux autres enfants naturels (distinction des liberi naturales d'une part et des spurii ou vulgo concepti de l'autre).

Réfutation.

Mais cela est très douteux. Sans doute, Théodose II et Valentinien III, vers 442, parlent bien d'inaequale conjugium, de legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii, mais il faut entendre

Source : BIU Cujas

ces expressions avec la plus grande réserve. En effet, inaequale conjugium ne veut pas dire mariage inférieur, mais plutôt union entre personnes de conditions différentes, et l'expression legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii ne veut pas dire union légitime hors du mariage, mais union légitime à laquelle fait défaut la célébration du mariage, à savoir absence des cérémonies qui accompagnent ordinairement le mariage, absence de rédaction de l'instrumentum dotale.

Quant aux textes qui opposent les liberi naturales aux spurii et aux vulgo concepti, il ne faut pas y voir nécessairement une opposition entre les enfants issus du concubinat et les autres enfants naturels. Les spurii, ce sont les enfants nés d'un commerce coupable, adultérin ou incestueux. Les vulgo concepti, ce sont les enfants dont les parents sont inconnus.

Justinien est favorable au concubinat et aux enfants naturels. Il donne un droit de succession et des aliments quand les enfants sont issus du concubinat.

Les choses étant ainsi remise au point, c'est seulement à partir du sixième siècle que va changer cet esprit hostile au concubinat et aux enfants qui en sont issus. La législation de Justinien fut favorable au concubinat et aux enfants naturels. En 536, Justinien donna aux enfants naturels un droit de succession ab intestat vis à vis de leur père, droit de succession qu'il confirma en 539 (Novelles 74 et 89). C'est donc que les enfants naturels issus du concubinat sont dorénavant rattachés à leur père, car il ne peut pas y avoir droit de succession sans parenté. En outre, une obligation alimentaire est reconnue entre parents et enfants.

Mais ce droit de succession est seulement reconnu quand il y a eu véritable concubinat entre les parents, c'est-à-dire quand l'union a été monogame et que la femme a été entretenue dans la maison avec les enfants. Il faut aussi que le père ait traité ses enfants comme tels, les ait "reconnus" comme on dit aujourd'hui. A ce moment seulement, on peut parler de la reconnaissance légale du concubinat à Rome.

Au dessous des enfants issus du concubinat existent deux catégories inférieures d'enfants naturels. Le droit romain a donc connu trois catégories d'enfants naturels.

I° - Les enfants naturels issus du concubinat.

Source : BIU Cujas

Les enfants naturels simples.

2° - Les enfants naturels simples, pour lesquels on ne rencontre aucune des faveurs reconnues aux enfants issus du concubinat, mais contre lesquels aucune mesure de rigueur n'est édictée.

Les enfants adultérins et incestueux.

3° - Les enfants nés d'un commerce coupable, adultérins ou incestueux. Contre ceux-ci sont déployées toutes les rigueurs, on ne peut rien leur laisser. Ils n'ont droit à rien, même pas à des aliments. Le lien même de la cognation n'existe pas, et cette dernière rigueur existe depuis déjà Honorius et Arcadius. Ils ne peuvent pas être légitimés.

Comme on le voit, le droit romain, à la fin de son histoire, se rapprochait du droit actuel, qui distingue les enfants naturels simples et, d'autre part, les enfants adultérins et incestueux. Mais une évolution des plus curieuse au point de vue social, amorcée depuis longtemps, est en train aujourd'hui de s'accomplir. Les enfants naturels simples et même les enfants adultérins sont de plus en plus assimilés aux enfants légitimes. C'est seulement avec le recul de l'histoire qu'on pourra apprécier les résultats de ces réformes.

Deuxième source de la patria potestas:

L'adoption.

Notion de l'adoption.

C'est une matière importante sur laquelle Mr. Fliniaux interroge souvent. Au sens large du mot, l'adoption peut être définie: une institution servant à créer artificiellement la patria potestas au profit d'une personne, appelée adoptant, sur une autre personne, appelée adoptée. Mais cela n'est vrai que jusqu'à Justinien. En effet, nous le verrons, l'adoption, sous Justinien, peut très bien ne pas faire naître la patria potestas.

Fonctions de l'adoption.

Voici en quelques mots quelles ont été les diverses fonctions reconnues à l'adoption jusqu'à l'époque de Justinien.

I) donner une postérité.

La première fonction consiste à donner à l'homme qui n'a pas de postérité la possibilité de s'en ménager une, de perpétuer son nom et son culte domestique. A ce point de vue, l'adoption présente une supériorité sur une autre institution juridique qui, à première vue, paraît pouvoir remplir la même fonction: l'institution d'héritier. L'héritier ins-

Source : BIU Cujas

tué ne prend pas le nom du défunt, et il peut répudier l'hérédité.

2° mettre des cognats sous la puissance.

2ème fonction - L'adoption permet aux ascendants de faire tomber sous leur puissance des descendants que le système artificiel de la famille agnatique romaine empêche de s'y trouver, par exemple certains descendants par les mâles (petits-fils nés d'un fils émancipé après l'émancipation); tous les descendants par les femmes: tous les descendants nés hors des justae nuptiae.

3°- Fonction politique.

Enfin l'adoption a aussi une fonction de nature politique. Elle a servi pour faire acquérir le droit de cité à des latins, pour transformer des plébeiens en patriciens, pour assurer la transmission du pouvoir impérial: adoption de Tibère par Auguste, adoption de Néron par Claude.

Après avoir montré les caractères généraux de l'adoption, prise dans son sens général, large, entrons dans les détails de l'institution. Sur le seuil même, il faut faire une grande distinction, car le droit romain a connu deux espèces d'adoption:

Distinction de l'adrogation et de l'adoption.

Ière sorte - l'adrogation, quand l'adoption porte sur une personne sui juris. Cette institution de l'adrogation met en jeu deux personnes.

1° - L'adrogeant, c'est le nouveau pater familias.

2° - L'adrogé, c'est le nouveau fils de famille.

Deuxième sorte d'adoption, l'adoption au sens étroit du mot. C'est quand l'adoption porte sur une personne alieni juris. Cette adoption au sens étroit met en jeu trois personnes: le père naturel, le père adoptif, et l'adopté.

Nous étudierons successivement les deux formes d'adoption.

I - L'adrogation.

Plan:

1 - Formes de l'adrogation.
2 - Conditions de fond de l'adrogation.
3 - Effets de l'adrogation.

Source : BIU Cujas

§ I - Formes de l'adrogation.

Les formes de l'adrogation ont varié au cours de la législation romaine. Trois périodes peuvent être distinguées.

Le vote des comices par curies.

Première période - L'adrogation exige un concours actif de la puissance publique. C'est une loi qui va intervenir pour autoriser l'adrogation, par analogie avec le testament primitif. Il s'agit ici d'une loi spéciale dérogeant à la loi générale de la famille. Donc l'assemblée du peuple est seule compétente pour autoriser cette transformation au statut de la famille. Suivant Aulu Gelle, V,19,9,l'adrogation est ainsi appelée parce qu'elle a lieu per populi rogationem. Ce sont les comices par curies qui sont appelées a statuer. Mais le vote des comices par curies était précédé d'une enquête faito par les pontifes. C'est seulement après cette enquête qu'avait lieu la réunion des comices. On demandait successivement à l'adrogeant, à l'adrogé, et au peuple, s'ils consentaient à l'acte. Aulu Gelle, à l'endroit cité, nous a rapporté la formule de la rogatio faite au peuple: Velitis, jubeatis uti L. Valerius L. Titio tam jure quam lege siet, quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset .... Hoc ita ut dixi, ita vos, Quirites, rogo. Veuillez , ordonnez que L. Valerius soit autant rattaché à L. Titius par le droit comme par la loi, que s'il était né de ce père et de son épouse. De même que j'ai dit, de même je vous prie, ô Quirites.

La detestatio sacrorum.

En cas d'affirmative, un nouveau vote des comices était nécessaire pour déclarer l'adrogé étranger à son ancien culte. C'est ce qu'on appelle la detestatio sacrorum.

Deuxième période. Le concours de la puissance publique est toujours exigé, mais il est beaucoup moins actif.

Décision des pontifes.

Le vote du peuple est devenu illusoire, avec la décadence des comices par curies, qui ne furent plus représentés que par les 30 licteurs. Ce qui importait alors, c'était la décision préalable des pontifes, considérée comme la formalité essentielle.

Troisième période. A partir de Dioclétien l'adrogation se fit par un rescrit du prince. A ce

Source : BIU Cujas

Depuis Dioclétien l'adrogation se fait par rescrit après enquête par un magistrat.

moment cesse le rôle des pontifes. L'enquête est faite dorénavant par un magistrat. Nous nous rapprochons du droit moderne. Ce système dura jusqu'à la fin du droit romain. L'adrogation, qui jusqu'à Dioclétien ne pouvait avoir lieu qu'à Rome, devint possible dans les provinces.

§ 2 - Conditions de fond de l'adrogation.

a) du côté de l'adrogeant.

L'adrogeant doit être paterfamilias. Par conséquent, ni le fils de famille ni les femmes ne peuvent adroger.

Il faut en outre que l'adrogeant ait au moins 60 ans et n'ait pas d'enfant mâle. Enfin l'adrogeant doit avoir un certain âge de plus que l'adrogé - 18 ans sous Justinien (Inst. I, II, 4).

b) du côté de l'adrogé.

L'adrogation réclamant anciennement un vote des comices, il s'ensuivait qu'elle ne pouvait porter ni sur les femmes ni sur les impubères. L'adrogation des femmes, dans l'opinion la plus récente (Castelli, Rend. Ist. Lomb. 48 (1915) p. 533 et suiv. = scritti giur. 165-179) ne daterait que du V° siècle, la const. de Dioclétien (C.8,47,8) étant interpolée. Quant à l'adrogation des impubères, elle avait déjà été rendue possible par Antonin le Pieux (Gaius, 1, 102), avec bien entendu l'adhésion du tuteur. Mais il parût alors absolument nécessaire de garantir dans ce cas l'adrogé, et aussi les héritiers de celui-ci, contre certaines éventualités:

L'adrogation des femmes,

des impubères.

Dangers de l'émancipation et du décès de l'adrogé ante pubertatem.

1° - l'émancipation de l'adrogé par l'adrogeant, qui aurait eu pour résultat de permettre à l'adrogeant de garder les biens de l'adrogé.

2° - Le décès de l'adrogé. L'adrogeant garde les biens de l'adrogé, au détriment des héritiers de l'adrogé.

Mais pour que le danger existe réellement, et que des mesures soient nécessaires, il faut distinguer suivant que ces évènements qui mettent fin à l'adrogation (émancipation ou décès) se produisent avant ou après la puberté. En effet des mesures n'avaient pas besoin d'être prises, dans le cas où l'adrogation viendrait à finir, post pubertatem, après la puberté. En effet, l'adrogé impubère pouvait, lorsqu'il devenait pubère, faire cesser l'a-

Source : BIU Cujas

drogation, en prouvant que celle-ci lui était désavantageuse.

Au contraire, des garanties s'imposaient, dans le cas où l'adrogation viendrait à finir ante pubertatem, avant la puberté. Etudions en détail ces garanties, qui ont été prescrites par un rescrit d'Antonin le Pieux aux Pontifes.

Pour le fonctionnement de ces garanties, plusieurs hypothèses sont à distinguer avec soin.

1° hypothèse: décès de l'adrogé ante pubertatem. Les droits des héritiers de l'adrogé doivent être protégés. Et comment les protéger ? L'adrogeant, au moment de l'adrogation, fut tenu de faire une promesse, garantie par des cautions, de rendre, en cas de décès de l'adrogé avant la puberté, tout le patrimoine de l'adrogé à ses héritiers présomptifs.

En cas de décès de l'adrogé avant la puberté, ses héritiers sont protégés par une promesse faite à un servus publicus.

Alors se pose en droit la question: à qui faire cette promesse ? La difficulté vient de ce qu'il est impossible de la faire recevoir par les héritiers parce que c'est seulement au moment du décès de l'adrogé qu'on pourra savoir quels sont ses héritiers. On tourna la difficulté en faisant faire la promesse à un esclave du peuple romain, servus publicus, qui était censé représenter les héritiers futurs. Plus tard, on fit intervenir un tabularius, un notaire.

2° hypothèse: émancipation de l'adrogé par l'adrogeant ante pubertatem. L'adrogé perd à la fois ses biens et tout droit éventuel aux biens de l'adrogeant. Pour remédier à cet inconvénient, on songea ici encore à faire faire à l'adrogeant, au moment de l'adrogation, une promesse de rendre à l'adrogé ses biens. Mais nouvelle difficulté d'ordre purement juridique: une telle promesse ne servirait à rien, car, en droit, il y aurait extinction de la dette par confusion. Il est en effet de principe qu'une obligation s'éteint quand elle réunit sur la même tête les qualités de créancier et de débiteur. Or, c'est justement ce qui se passe ici: l'adrogeant va devenir créancier après avoir été débiteur. On se tira encore de la difficulté en s'adressant à un servus publicus, et, plus tard, à un tabularius.

Il en est de même en cas d'émancipation de l'adrogé par l'adrogeant avant la puberté.

3° hypothèse: prédécès de l'adrogeant avant la puberté de l'adrogé.

Et aussi en cas de prédécès de l'adrogeant

En principe, l'adrogé, en héritant de l'adrogeant, va reprendre ses biens et acquérir ceux de

Source : BIU Cujas

avant la puberté, lorsque celui-ci a exhérédé l'adrogé.

l'adrogeant. Malheureusement rien de tout cela ne se produisait dans le cas où l'adrogeant avait exhérédé l'adrogé. En vue de cette éventualité, on fit encore intervenir une promesse de l'adrogeant à un servus publicus de rendre les biens de l'adrogé, comme pour le cas d'émancipation.

Cas d'émancipation sans juste cause et d'exhérédation.

Telles sont les mesures prises pour le cas où l'adrogation viendrait à cesser avant la puberté. Mais ces mesures n'étaient pas toujours suffisantes. En effet, l'adrogé restait encore lésé, dans l'hypothèse d'une émancipation sans juste cause et dans le cas d'exhérédation, car si, dans ces deux cas, il reprenait ses biens, il perdrait son droit aux biens de l'adrogeant.

La quarte Antonine.

Aussi décida-t-on que l'adrogé au cas d'émancipation sans juste cause et en cas d'exhérédation, aurait droit au quart des biens propres de l'adrogeant. On a appelé ce quart la quarte Antonine, parce qu'elle fut admise par un rescrit d'Antonin le Pieux. Ainsi l'adrogé impubère finit par être toujours parfaitement protégé, dans tous les cas où l'adrogation viendrait à cesser ante pubertatem.

§ 3 - Effets de l'adrogation.

Ils doivent être étudiés à deux points de vue différents:

a) au point de vue du droit des personnes.

L'adrogé et ses enfants entrent dans la famille de l'adrogeant.

L'adrogé entre dans la famille de l'adrogeant en qualité de filius de celui-ci. Il va donc devenir l'agnat de tous les agnats de l'adrogeant. D'autre part, il sort de sa famille d'origine, et par suite il perd tous les liens qui l'unissaient à ses agnats.

Quant aux enfants que l'adrogé avait sous sa puissance, ils passent avec lui dans la famille de l'adrogeant et tombent sous la puissance de celui-ci.

Le patrimoine de l'adrogé se confond avec celui de l'adrogeant.

b) quant au droit du patrimoine. Le patrimoine de l'adrogé va s'engloutir dans celui de l'adrogeant. Il s'agit ici d'une véritable transmission à titre universel, que nous étudierons à la fin du livre III. Modes d'acquisition à titre universel (Renvoi. Ces développements devront être utilisés pour une étude générale de l'adrogation).

Source : BIU Cujas

Justinien laissa à l'adrogé la nue-propriété de ses biens et il réduisit l'adrogeant à un droit d'usufruit.

II. L'adoption stricto sensu.

L'institution de l'adoption stricto sensu, c'est-à-dire de l'adoption portant sur un alieni juris, a changé complètement de nature à l'époque de Justinien. Il convient donc de l'étudier successivement dans le droit antérieur à Justinien et dans le droit de Justinien.

§ I - Droit antérieur à Justinien.

Jusqu'à Justinien, l'adoption apparaît comme une conséquence toute naturelle de la constitution de la famille romaine basée sur l'unité de la puissance du paterfamilias et l'adhésion à un même culte familial. Telle est l'idée générale qu'il convient de mettre en lumière, avant d'étudier les formes, les conditions de fond et les effets de l'adoption dans le droit antérieur à Justinien

I. Formes de l'adoption.

Il s'agit de faire passer un fils de famille de la puissance de son père naturel sous la puissance d'un père nouveau, le père adoptif. Ce résultat ne pouvait pas être atteint par une cession directe de la patria potestas, car à Rome la patria potestas était considérée comme incessible. Comment pouvait donc être réalisée l'adoption ? On va se servir d'un biais, d'un subterfuge, d'un expédient imaginé par les praticiens.

Le détour imaginé consiste à décomposer l'acte en deux opérations distinctes.

1° - Extinction de la patria potestas chez le père naturel.

2° - Création de la patria potestas au profit du père adoptif.

Etudions successivement les deux opérations.

Extinction de la patria potestas

a) Ière opération - Extinction de la patria potestas chez le père naturel.

On va utiliser une règle de la loi des

Source : BIU Cujas

chez le père naturel.

XII Tables, Table IV loi 2, ainsi conçue: si pater filium ter venum duit -(expression archaïque qui signifit vendidit), filius a patre liber esto, si le père a vendu son fils trois fois, que le fils soit libéré du père. Donc, d'après les XII Tables, trois ventes successives, s'il s'agit d'un fils, ont pour effet de le libérer, d'éteindre la patria potestas. S'il s'agit d'un autre descendant ou d'une fille, une seule vente suffirait pour atteindre le même résultat.

La patria potestas s'éteint par trois ventes du fils.

Ces règles étant connues, on va comprendre le mécanisme de l'adoption. Supposons qu'il s'agisse d'un fils. Le père va manciper une première fois son fils à une personne, qui, l'ayant ainsi in mancipio, l'affranchira du mancipium. Le père sous la puissance duquel le fils est retombé par l'affranchissement le mancipera de nouveau; puis nouvel affranchissement qui fera retomber le fils sous la patria potestas. Le père va encore manciper le fils une troisième fois. Mais celui qui a reçu le fils in mancipio se gardera bien cette fois de l'affranchir, car s'il l'affranchissait, le résultat ne serait plus une adoption, mais une émancipation. Mais si l'on s'arrête là, le résultat cherché est obtenu. La patria potestas est éteinte dans la personne du père naturel.

Formes de l'extinction de la patria potestas.

b) Alors a lieu la seconde opération: il faut faire naître la patria potestas dans la personne du père adoptif.

Le père adoptif acquiert la patria potestas par in jure cessio.

On va employer un procédé déjà étudié pour l'affranchissement; l'in jure cessio, un procès fictif. L'action en revendication va être intentée par le père adoptif contre le tiers qui a reçu l'enfant in mancipio, ab eo is qui adoptat vindicat apud praetorem filium suum esse (Gaius, I, 134). Le tiers ne va pas contredire, cedit in jure, et le magistrat donne acte de cette abstention, en adjugeant le fils au revendiquant, illo contra non vindicante a praetore vindicanti filius addicitur. (1)

---

(1) Ici encore, malgré le langage catégorique de Gaius, M. Henri Lévy Bruhl soutient, à son cours, qu'il ne s'agit pas d'un procès simulé, fictif. Voir la réfutation générale de son système à propos de l'in jure cessio (Modes d acquisition à titre particulier de la propriété quiritaire).

Source : BIU Cujas

Mais le procédé que nous venons de décrire impliquait nécessairement le concours de trois personnes, en plus de l'adopté: le père naturel, le père adoptif et un tiers. On avait songé, nous apprend Gaius, I, 134, à simplifier l'opération, à se passer de l'intervention du tiers. Voici le mécanisme nouveau, rapporté par Gaius, I, 134, dans la nouvelle lecture du manuscrit de Vérone par Studemund. Le père naturel fait les trois mancipations au père adoptif, et aussi les deux affranchissements, puis, après la troisième mancipation, le père adoptif transfère l'enfant au père naturel, qui l'aura désormais in mancipio et non plus in patria potestate. Le père naturel jouera alors le rôle de défendeur dans la revendication.

Comment on se passe du tiers.

II - Conditions de fond de l'adoption.

Ces conditions de fond doivent être étudiées d'abord relativement à l'adoptant, puis relativement à l'adopté.

I - Conditions relatives à l'adoptant.

La mise sous la puissance d'un chef de famille étant la base et la raison d'être de l'adoption, il en résulte que les femmes ne pruvent adopter d'aucune façon. C'est ce que dit expressément Gaius I, 104: Feminae vero nullo modo adoptare possunt, quia ne quidem naturales liberos in potestate habent, les femmes ne peuvent adopter d'aucune façon, car même leurs enfants de naissance ne sont pas sous leur puissance.

Les femmes ne peuvent adopter:

Il en résulte aussi que les spadones, c'est-à-dire les hommes dépourvus de puissance virile, avaient le droit d'adopter (Gaius, I, 103), de même les célibataires (Paul au Dig. 1,7,30)

Mais les spadones, les célibataires peuvent adopter.

2 - Conditions relatives à l'adopté.

L'adoption étant un mode original et indépendant de recrutement de la famille, elle pouvait avoir lieu dans des cas où l'apparition de membres de la famille nouveaux par voie de naissance aurait été impossible. Ainsi celui qui n'avait pas de fils du tout pouvait adopter une personne à titre de petit fils (nepos). Dig. I, 7, 37, princ. Pouvait de même être adoptée par une personne moins âgée, un homme plus âgé. Cette dernière question qui était encore discutée du temps d'Antonin le Pieux (Gaius, I,

Une personne plus âgée peut être adoptée.

Source : BIU Cujas

106) recevait certainement une solution affirmative à la fin de la République. Nous avons en effet un exemple célèbre, celui de l'adoption du patricien Clodius, qui vriguait le tribunat de la plèbe, par un plébéien, Fonteius, plus jeune que lui (Cicéron, Pro domo, 14).

III - Effets de l'adoption.

L'adopté quitte sa famille d'origine.

L'effet général de l'adoption est de faire passer l'adopté de sa famille d'origine dans la famille de l'adoptant, où il joue le rôle de fils de l'adoptant, comme s'il était né ex justis nuptiis. 1° - L'adopté sortait de sa famille d'origine avec laquelle il n'avaitplus aucun rapport civil ni religieux. 2° - Il entrait dans la famille de l'adoptant Il prenait le nom de l'adoptant, tout en conservant le sien, mais en transformant la terminaison de son nom. Ainsi le fils de Paul Emile, adopté par Scipion l'Africain, devint Scipion Emilien. Mais il ne faut pas croire que l'adoption produisait tous les effets des justae nuptiae. L'adopté, qui devient l'agnat et le cognat de tous les agnats de l'adoptant, ne devient pas le cognat des cognats de l'adoptant, et si le lien civil vient à être rompu, par une émancipation par exemple, il cessera à la fois d'être l'agnat et le cognat des agnats de l'adoptant et de l'adoptant lui-même.

Il passe dans la famille de l'adoptant.

Il n'est pas cognat des cognats de l'adoptant.

Les droits de succession de l'adopté.

Tous ces changements en ce qui touche le droit de la famille avaient une répercussion sur les droits de succession de l'adopté. Les liens d'agnation étant rompus avec sa famille d'origine, l'adopté perdait dans son ancienne famille tous ses droits de succession. Par contre il acquérait dans sa famille adoptive les mêmes droits qu'un filius. Il devenait donc l'heres suus de son père adoptif. Ainsi donc s'il perdait d'un côté, il gagnait de l'autre. Mais un danger menaçait l'adopté. S'il venait à être émancipé par le père adoptif, comme tout lien d'agnation était rompu dans le cas d'émancipation, l'adopté, qui avait perdu la qualité d'héritier ab intestat par rapport au père naturel, se trouvait exclu de toute espérance de succéder au père adoptif. En résumé, il avait eu des espérances successives dans deux familles, et, en définitive, il se trouvait frustré dans l'une et dans l'autre.

Source : BIU Cujas

Réforme du préteur.

Le bonorum possessio unde liberi.

Le préteur intervint en décidant que l'émancipation faite par le père adoptif serait considérée comme faite par le père naturel, et que, à la mort du père naturel, l'adopté aurait droit à sa succession concurremment avec les autres enfants qui ne seraient pas sortis de sa puissance, bonorum possessio unde liberi.

Mais cette protection était insuffisante quand le père naturel était mort durante adoptione et que, postérieurement à son décès, l'adopté avait été émancipé.

§ 2 - Droit de Justinien.

Des idées nouvelles qui ont pris naissance et se sont développées au Bas-Empire ont amené à l'époque de Justinien une transformation radicale de l'adoption stricto sensu. L'adoption finit par ne plus être considérée comme une source de la patria potestas, finit par ne plus être une institution basée sur le rapport de puissance paternelle s'établissant entre l'adoptant et l'adopté. Il en résulta l'apparition de règles entièrement nouvelles en ce qui concerne les formes, les conditions de fond et les effets de l'adoption.

I. Formes de l'adoption.

Justinien en 530 (Code, 8, 47 (48), 11) supprima les expédients dont la pratique se servait pour réaliser une adoption. Il décida qu'il suffirait dorénavant que les deux pères, naturel et adoptif, se présentent avec l'enfant devant le magistrat et qu'acte de l'adoption soit dressé par le greffier de celui-ci.

II. Conditions de fond de l'adoption.

Les femmes peuvent adopter.

I - Conditions relatives à l'adoptant.

L'adoption n'étant plus fondée sur le rapport de puissance paternelle, il s'en suit que les femmes, qui d'aucune manière ne peuvent avoir la puissance paternelle, peuvent néanmoins dans le droit réformé de Justinien adopter (Inst. 1, 11, 10)

D'autre part, si Justinien maintient l'ancienne règle suivant laquelle les spadones peuvent adopter, il admet une solution contraire pour les castrati (Inst. 1, 11, 9) Cons. Bonfante, Archivio giu-

Source : BIU Cujas

ridico , 1929 (tome 101).

2. Conditions relatives à l'adopté.

Justinien pose le principe nouveau suivant lequel l'adoption doit imiter la nature (Inst. 1, 11, 4). Il en conclut que l'adopté doit être plus jeune que l'adoptant, et il fixe à 18 ans l'âge que l'adoptant doit avoir au minimum de plus que l'adopté.

III. Effets de l'adoption.

En 530 (Code 8, 47 (48) 10) Justinien décida qu'en principe, l'adopté resterait dans sa famille d'origine, que jura potestatis patris naturalis minime dissolvantur, que les droits de puissance du père naturel ne seraient nullement dissous (Inst. 1, 11, 2). Il s'ensuit que l'adopté conserve tous ses droits en tant que membre de sa famille d'origine, en particulier ses droits de succession, et de cette façon se trouvent corrigées par Justinien les iniquités auxquelles le préteur n'avait pu, nous l'avons vu, remédier entièrement.

Adoptio plena et adoptio minus plena.

Lorsque l'adoption produit ces effets restreints, on dit que l'adoption est une adoptio minus plena, laquelle, dans le droit de Justinien, s'oppose à l'adoptio plena, c'est-à-dire à l'adoption continuant à produire tous ses anciens effets (sortie de l'adopté de sa famille d'origine).

Dans quel cas y avait-il adoptio plena ? Dans quel cas y avait-il adoptio minus plena ?

L'adoptio minus plena est la règle.

La règle est l'adoptio minus plena, l'exception est l'adoptio plena. Il suffit donc de rechercher dans quels cas il pouvait y avoir adoptio plena. Or, elle n'était possible que quand l'iniquité qu'on voulait corriger ne pouvait pas se produire. Il en était ainsi certainement dans le cas où l'adopté avait été donné en adoption à un ascendant qui ne l'avait pas en puissance. En effet, dans ce cas, aucun danger n'était à craindre, parce que l'adopté restera, malgré l'émancipation, héritier présomptif de l'ascendant adoptif comme cognat.

Cas d'adoptio plena.

Elle se rencontrerait aussi, d'après les auteurs, dans le second cas que voici:

Quand l'adopté est donné en adoption par un ascendant dans la famille duquel il est primé par une autre personne, par exemple, quand un grand père, ayant en puissance un fils et un petit-fils né de ce-

Source : BIU Cujas

lui-ci , donne le petit-fils en adoption. En effet, dit-on, l'adopté, dans ce cas, ne perd pas dans sa famille d'origine l'espérance d'une succession, à laquelle il n'était pas appelé. Mais comme Mr. Raymond Monier l'a fait remarquer dans la Nouvelle Revue Hist. de droit, 1927, p. 596, ce cas ne trouve aucun appui sérieux dans les sources.

Droit moderne.

C'est l'institution de l'adoption du droit de Justinien, et non celle de l'ancien droit romain, qu'a consacrée le Code Civil français qui, en réalité, considère l'adoption moins comme une institution du droit de la famille que comme une institution du droit successoral. C'est donc avec raison que M. Planiol, dans son Traité de droit civil, s'exprime ainsi: "Le seul résultat sérieux de l'adoption est de donner un héritier ayant tous les droits d'un fils aux personnes qui n'ont pas d'enfants. L'adoption ne détruit pas les rapports de filiation que l'adopté tient de sa naissance, la parenté fictive qu'elle crée se superpose à ces rapports sans se substituer à eux". (Cf. Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, I, 7° édition, n° 296 bis).

En ce qui concerne le droit international privé, il n'est pas indifférent que le droit moderne se rattache ou non au droit de Justinien en matière d'adoption, car si l'on admet le premier point de vue, il faut en conclure logiquement que l'adoption ne relève pas du statut personnel. En ce sens Philonenko, De l'adoption , Etude jurisprudentielle de droit international privé, Journal du droit International, 1930, p. 773 et suiv.

3° Source de la patria potestas.

La légitimation.

Définition de la légitimation.

La légitimation est le procédé par lequel on fait tomber en puissance des enfants qui y seraient si leurs parents avaient contracté des justae nuptiae, et qui n'y sont pas parce que leurs parents ont préféré vivre en dehors des justae nuptiae. Ce procédé fut introduit seulement par les empereurs chrétiens, pour lesquels les justae nuptiae étaient la seule u-

Source : BIU Cujas

nion vraiment honesta.

Comment pouvait-on réaliser à Rome la légitimation ?

Trois procédés étaient admis, dont deux existent encore en droit moderne.

1° - La légitimation par mariage subséquent.

La légitimation par mariage subséquent.

Les parents de l'enfant pouvaient le légitimer en se mariant. Ce fut l'objet d'une disposition transitoire de Constantin et de Zenon, qui ouvrit ce procédé seulement aux concubins présents, mais non futurs, C'était donc une sorte d'amnistie pour le passé. La légitimation devint une institution stable sous Anastase. Après une abolition momentanée sous Justin, elle fut remise en vigueur par Justinien. Voici les conditions sous Justinien.

Ses conditions.

1° - Il fallait que le mariage fût possible lors de la conception de l'enfant. D'où exclusion des enfants adultérins et incestueux.

2° - Il fallait rédiger un contrat de mariage, instrumentum dotale, pour marquer le changement, le passage du concubinat aux justae nuptiae.

3° - Il fallait le consentement, ou au moins l'absence d'opposition, de l'enfant, qui ne doit pas devenir alieni juris malgré lui.

2° procédé: la légitimation par rescrit du prince.

La légitimation par rescrit du prince.

Ce procédé fut admis par Justinien dans le cas où le premier n'était pas possible: mort, absence de la femme; femme mariée à une autre personne. Dans cette hypothèse, on exigea une condition nouvelle. La légitimation est possible, pourvu qu'il n'y ait pas d'enfant d'un autre mariage.

La légitimation par oblation à la curie.

Enfin un troisième procédé est propre au droit romain : la légitimation par oblation à la curie. C'est un procédé d'ordre purement fiscal. Ce procédé fut établi par Théodose II et Valentinien III pour assurer le recrutement des curies municipales, qui étaient responsables de la rentrée des impôts. La légitimation avait lieu quand on offrait un enfant né du concubinat à la curie et en lui donnant les 25 arpents de terre nécessaires pour être curialis, si c'est un fils, en la mariant à un curialis et en la dotant de 25 arpents si c'est une fille.

Effets de la légitimation.

Nous rencontrons des effets communs aux

Source : BIU Cujas

Effets de la légitimation.

trois modes.

L'enfant devient justus, légitime. Il tombe sous la patria potestas et il va avoir des droits de succession résultant de la qualité d'enfant légitime, et un effet propre aux deux premiers modes.

La légitimation fait entrer l'enfant dans la famille du père. Il devient le parent civil de tous les parents du père.

Droit moderne. - La légitimation créée par les empereurs chrétiens s'est perpétuée dans le droit canonique, qui la régissait dans l'ancien droit. Voir l'ouvrage de Mr. Génestal, la légitimation en droit canonique, 1905. Le code civil français n'a conservé qu'un seul des modes de légitimation du droit romain, la légitimation par mariage subséquent. Cependant notre législation civile a connu momentanément un procédé se rattachant au rescrit du prince. C'est quand a fonctionné le système de la loi du 7 Avril 1917, autorisant la légitimation par jugement de tout enfant dont le père mobilisé est mort pour la France, à condition de prouver l'intention du père de se marier et de légitimer son enfant. Le système de la légitimation par intervention de l'autorité publique existe dans beaucoup de législations modernes; par exemple dans le code civil allemand.

Destinées de la légitimation.

Le Code civil.

La loi du 7 Avril 1917.

Chapître II.

EFFETS DE LA PATRIA POTESTAS.

Evolution de la condition juridique du fils de famille.

Les effets de la patria potestas, c'est-à-dire la condition juridique du fils de famille, peuvent être envisagés à trois points de vue différents:

1° - Relativement au droit des personnes;
2° - Relativement au droit du patrimoine,
3° - relativement au droit d'ester en justice.

Nous sommes en présence d'une évolution des plus intéressantes. Tandis que, au début du droit romain, la condition du fils de famille apparaît presque semblable à celle de l'esclave, à mesure que nous avancerons dans la législation romaine, nous verrons les différences s'atténuer et s'affirmer de plus en plus la personnalité juridique du fils de famille.

Nous étudierons successivement:

1° - les effets primitifs de la patria potes-

Source : BIU Cujas

tas (Condition primitive du fils de famille).

2° - La dégradation progressive des effets de la patria potestas (amélioration progressive de la condition du fils de famille.)

Section I - Effets primitifs de la Patria potestas (condition primitive du fils de famille).

§ I - Droit des personnes.

Le droit de vie et de mort du paterfamilias.

Nous rencontrons le fameux droit de vie et de mort appartenant au paterfamilias sur le fils de famille, jus vitae necisque, avec son corollaire: le droit d'exposer le fils de famille, c'est-à-dire de l'abandonner sur les dépotoirs de Rome, suivant la nouvelle interprêtation donnée par Mr.Carcopino à Juvénal, satire VI, vers 602 et 603: je ne parle par des enfants supposés que, pour tromper la joie et les voeux d'un mari, on s'en va souvent recueillir sur les fumiers immondes, ad sturcos lacus. Les auteurs étaient loin d'être d'accord sur le sens de cette expression. Dans un article récent, le droit romain d'exposition des enfants, Mémoires des antiquaires de France, 8° série, tome VII 1928, pages 59 et suivantes, Mr. Carcopino a donné la traduction nouvelle de cette expression: il s'agit des dépotoirs de Rome, dont, paraît-il, on a trouvé des vestiges dans certaines ruines romaines.

Le droit d'exposition.

Le droit de manciper.

Le paterfamilias a aussi le droit de manciper le fils de famille, puis le droit de le revendiquer, vindicatio filii, et de se servir de certains interdits, de liberis exhibendis et de liberis ducendis.
(Cons. Georges Cornil, Contribution à l'étude de la patria potestas, Nouv. hist. de droit 1897 p. 416).

§ 2 - Droit du patrimoine.

Le patrimoine comprend deux éléments distincts, un actif et un passif. Plaçons-nous au point de vue de ces deux éléments.

I - Point de vue actif.

Le fils de famille n'a pas de biens.

Ière Règle: le fils de famille ne peut avoir de biens. Il ne peut être ni propriétaire, ni créancier. Gaius II, 87: qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.

Source : BIU Cujas

Il acquiert pour le paterfamilias.

2ème règle: tout ce qu'il acquiert, il l'acquiert pour son paterfamilias. Pour nous servir d'une expression déjà employée à propos des rapports des esclaves et du maître, le fils de famille est pour le paterfamilias un instrument d'acquisition juridique. (Gaius II, 87: quod liberi nostri quos in potestate habemus, mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur, Ce que les enfants que nous avons sous notre puissance reçoivent par mancipation ou acquièrent en vertu d'une tradition, d'une stipulation, ou de toute autre cause, nous est acquis à nous-mêmes. Cf. Ulpien, Règles, 19, 19). Toutefois la propriété ne pourra pas être acquise au moyen de l'in jure cessio (Gaius II, 96) - En ce qui concerne l'acquisition de la possession, Voir plus loin: livre II: acquisition de la possession par l'intermédiaire d'autrui.

Le système des acquisitions faites par le fils de famille pour son paterfamilias constitue le premier aspect sous lequel se présente la représentation du paterfamilias par son fils. Il s'agit ici de ce qu'on appelle la représentation active (acquisition de droits réels et de droits de créance). Nous verrons un peu plus loin comment a été résolu le problème de la représentation passive (dettes contractuelles. Théorie des actions adjecticiae qualitatis).

II. Point de vue passif: les obligations ou droits de créance.

Il faut faire ici une distinction très importante entre les délits et les contrats.

Il s'oblige par ses délits et oblige le paterfamilias.

1° - en ce qui concerne les délits, le fils de famille s'oblige civilement par ses délits, et il oblige aussi par ses délits son paterfamilias. C'est la théorie des actions noxales, qu'on étudiera en seconde année, mais sur laquelle il faut dire quelques mots. C'est une conséquence du système primitif de la vengeance privée. Supposons un délit commis par un fils de famille. La victime a le droit de se venger sur lui, car la victime d'un délit peut se venger sur n'importe qui, sur n'importe quelle chose. Mais quand a succédé au système de la vengeance privée le système des compositions volontaires, et surtout le système des compositions légales, le fils de famille étant dans l'impossibilité de payer la rançon, on s'en prend au père. Le père est mis dans l'alternative, ou bien d'abandonner le fils de famille, pour que la victime puisse exercer sur lui son droit de vengeance, ou bien de payer la poena.

Les actions noxales.

Source : BIU Cujas

Les contrats n'obligent ni le fils ni le paterfamilias.

2° - Pour les contrats, c'est le contraire. En effet, à l'origine, le fils de famille ne s'oblige pas par ses contrats, car l'exécution contre le fils de famille eût porté atteinte à la patria potestas. D'autre part, il n'oblige pas non plus son paterfamilias par ses contrats. Il est, en effet, de règle que la situation du chef de famille ne peut être empirée par les actes des personnes qu'il a sous sa puissance. Nous l'avons vu avec les esclaves.

§ 3 - Droit d'ester en justice.

Le fils de famille ne peut pas agir en justice.

Le fils de famille ne peut pas agir en son nom propre en justice (Gaius II, 96).

Tel est le tableau de la condition du fils de famille dans le droit primitif. On peut la comparer à la condition juridique de l'esclave. Cependant ce serait une erreur d'assimiler complètement le fils de famille à l'esclave. En effet, le fils de famille a toujours eu une condition supérieure à celle de l'esclave, aux points de vue suivants:

Comparaison avec la condition de l'esclave.

1° - L'esclave est une chose; le fils de famille est un homme libre.

Si le fils de famille n'a pas de culte distinct, il participe néanmoins aux sacra privata de son père, et ils lui deviendront propres, quand il héritera de son père.

Le fils de famille est héritier sien.

3° - Quoique n'étant pas titulaire d'un patrimoine propre, on considère toutefois le fils de famille comme copropriétaire du patrimoine familial. Quand il hérite de son père, le fils de famille ne recueille pas en réalité un droit nouveau. Il prend plutôt un droit qui lui appartient déjà comme copropriétaire. On dit qu'il est heres suus, héritier de lui-même, Paul, Digeste, 28.2.11.

4° - Le fils de famille a des droits politiques, même le jus honorum.

Section II - Dégradation progressive de la patria potestas (Amélioration progressive de la condition juridique du fils de famille).

La patria potestas ne conserva pas toujours la même force. Elle s'affaiblit progressivement dans le cours de la législation romaine. A l'époque de Jus-

Source : BIU Cujas

tinien, on peut dire que, de l'ancienne patria potestas, il ne reste plus qu'une ombre. Suivons l'évolution de la patria potestas, en nous plaçant toujours aux trois points de vue du droit des personnes, du droit du patrimoine et du droit d'ester en justice.

§ I - Droit des personnes.

Sous la République, le jus vitae necisque ne sortit pas des limites d'une juste modération, grâce à la surveillance des censeurs, et du tribunal domestique. Mais sous l'Empire, l'abolition de ces obstacles conduisit à des abus qui nécessitèrent l'intervention de l'autorité. Un père avait tué son fils volontairement à la chasse, parce que celui-ci s'était rendu coupable d'adultère avec sa belle-mère (noverca, deuxième femme de son père). Malgré les circonstances des plus défavorables au fils, Hadrien condamna le père à la déportation. Digeste 48.I9.5.

Abus du droit de vie et de mort.

Intervention de l'autorité.

Le jurisconsulte Ulpien, sous Septime Sévère, déclare qu'un père ne peut tuer son fils sans un jugement qui le lui permette. Constantin inflige la peine du parricide au père meurtrier de son fils. Code de Justinien, 9.I7.I.

En ce qui concerne le droit d'exposer, Constantin décide que l'enfant exposé passera de la puissance du père sous la puissance de la personne qui l'aura élevé après l'avoir recueilli. Justinien, plus radical, le déclare sui juris.

L'exposition est interdite.

La mancipation est règlementée.

Enfin pour le droit de manciper l'enfant, la mancipation ne peut plus en principe être employée qu'indépendamment de toute intention de lucre. Les textes classiques ne la montrent usitée fréquemment que dans deux cas:

1° - Quand un père voulait émanciper son enfant ou le donner en adoption.

2° - Quand un enfant ayant commis un délit, le père en faisait l'abandon noxal.

Toutefois, la mancipation de l'enfant pouvait se présenter encore dans la pratique comme servant à réaliser une vente réelle, moyennant un prix, comme conséquence de l'extrême misère des parents. Aujourd'hui encore, dans certains pays, les pères vendent les enfants qu'ils ne peuvent pas élever. Encore cette vente fut-elle peu à peu proscrite. Constantin ne la permet plus que pour l'enfant qui vient de naître (sanguilonentus).

Source : BIU Cujas

§ 2 - Droit du patrimoine.

Cette matière, des plus importantes pour le droit romain et le droit moderne, et très juridique va nous retenir longtemps.

I - Au point de vue actif, le fils de famille peut devenir propriétaire ou créancier, dans des hypothèses, de plus en plus nombreuses, où le droit de propriété ou le droit de créance acquis par le fils restera sur sa tête. Des réformes importantes ont été réalisées dans ce sens sous l'Empire par la création de certains pécules qui vont rester sur la tête du fils, et vont constituer ce qu'on appelle aujourd'hui des biens réservés (Sondergüter des Allemands), sortes de petits patrimoines distincts appartenant au fils de famille.

Les pécules du fils de famille.

Ce sont:

1° - Le pécule castrens, peculium castrense.

2° - Le pécule quasi castrens, peculium quasi castrense.

3° - Les biens adventices, bona adventicia.

Mais avant la création de ces pécules, le fils de famille pouvait déjà avoir à sa disposition des masses de biens que lui avait remis son paterfamilias, car l'usage que nous avons vu s'établir entre le maître et l'esclave, de laisser à une personne en puissance l'administration de certains biens, a fonctionné également dans les rapports du père et du fils, et ce pécule est constitué par les biens du patrimoine du père, que celui-ci abandonne à son fils, pour qu'il les administre et fasse une sorte de stage pour administrer plus tard sa propre fortune (1). Ce pécule s'appelle le pécule profectice, a patre profectum. Mais ce pécule profectice, qu'il faut avoir soin de distinguer nettement des autres pécules, ne devient jamais la propriété du fils, tandis que les pécules

Le pécule profectice.

---

(1) C'est ainsi que nous voyons dans la comédie de Plaute (527 de Rome, 227 av. J.C. à 570 de Rome, 184 av. J.C.) le Marchand, acte 1, sc. 1, vers 94-96, un fils recevoir après estimation un lot de marchandises de son père, ce qui lui permit de réaliser sur la vente un bénéfice et de se constituer un pécule: ita peculium conficio grande

Source : BIU Cujas

créés sous l'Empire restaient sur la tête du fils, constituaient un patrimoine propre au fils.

Etant donné l'importance de ces pécules, nous allons les étudier successivement en détail.

1° - Le pécule castrens.

Il s'agit des biens acquis par le fils à titre militaire: castrens vient de castra, camp.

Le fils peut disposer de son pécule castrens.

Le fils peut disposer de ce pécule à son gré du vivant de son père. Il est sur ces biens, disent les textes, vice patris familias, comme un paterfamilias, et il peut aussi en disposer par testament pendant qu'il est au service, et depuis Hadrien, pendant ou après son service militaire. A la mort du paterfamilias, le fils prélève ces biens sur la masse héréditaire constituant la fortune paternelle.

Mais ces biens ne restent pas moins un pécule. Voici ce qui le prouve. Si le fils de famille en était pleinement propriétaire, quel devrait être le sort de ces biens, quand le fils meurt ab intestat le premier ? Ils feraient l'objet d'une dévolution successorale à ses héritiers. Au contraire, les textes nous apprennent que le pécule castrens revient au père. Ce n'est donc pas encore un patrimoine parfait. A la mort du fils, les biens du pécule castrens font retour de plein droit au père, jure peculii, en vertu du droit de pécule, et non pas jure hereditario, d'après le droit de succession.

A la mort du fils ce pécule revient au père jure peculii.

Pendant la guerre de 1914-1918, il y a eu aussi chez nous un pécule donné aux soldats, et la question s'est posée de savoir qui devrait avoir le pécule à la mort du soldat. On a adopté la même solution qu'en droit romain. On a décidé qu'il ne serait pas dévolu aux héritiers, dans l'ordre de la dévolution légale, mais qu'il reviendrait à telle ou telle personne. Ce pécule a donc eu non seulement le même nom, mais les mêmes effets que le pécule castrens.

Le pécule pendant la guerre de 1914-1918.

2° - Le pécule quasi-castrens.

Il existe à partir de Constantin. On a assimilé aux biens acquis par le fils de famille dans le service militaire les biens acquis par le fils de famille dans les fonctions qu'il exerce à la cour ou dans les grands services de l'état, ou les grandes dignités ecclésiastiques. Les mêmes principes que pour le pécule castrens s'appliquent au pécule quasi-castrens, ainsi appelé parce qu'il a été établi sur le modèle du pécule castrens, avec toutefois cette différence que la faculté d'en disposer par testament était un privilège réservé à certains fils de famille.

Le pécule quasi-castrens

Source : BIU Cujas

3° - Les biens adventices.

Les biens adventices.

En principe, le fils de famille acquérait pour son père les successions qui venaient à lui être dévolues. Ce principe amenait des iniquités, quand il s'agissait de la succession du fils de famille sur les biens de la mère. Le Sc. Orfitien, nous l'avons déjà vu, établit un droit de succession au profit des enfants sur les biens de la mère? Ces biens qui venaient de la mère, le père les prenait. On a remédié à cette injustice. Constantin, en 319, décida que les biens provenant de la succession de la mère resteraient la propriété de l'enfant, mais restriction importante: I° le père en aura sa vie durant l'administration et la jouissance, c'est l'origine du droit de jouissance légale du père sur les biens de ses enfants âgés de moins de 18 ans (art. 384 du Code civil.)

2° - A la mort de l'enfant, ces biens faisaient retour au père, non pas jure hereditario, mais jure peculii.

Leur extension.

3° - Le fils ne peut en disposer par testament.

Plus tard, les biens adventices subirent une extension. Ils furent d'abord étendus aux bona materni generis, c'est-à-dire à ceux que l'enfant recevait de ses parents maternels, puis aux biens que le fils de famille ou la fille de famille recevait de son conjoint ou de son fiancé.

Réformes de Justinien relativement aux divers pécules du fils de famille.

I° - Justinien ne changea rien en ce qui concerne le pécule profectice qui continue à appartenir au père, de telle sorte que sous Justinien toutes les acquisitions du fils faites " ex re patris " profitent au père. Elles font à la mort du fils retour au père jure peculii.

2° -Rien de changé en ce qui concerne les pécules castrens et quasi-castrens sauf que sous Justinien, à la mort du fils avant le père, les biens faisant partie de ces pécules passent au père jure hereditario et non plus jure peculii, et que, d'autre part, pour ce qui est du pécule quasi-castrens, Justinien décida que tout fils de famille, quel qu'il soit, pourrait en disposer par testament.

3° - En ce qui concerne les biens adventices, sur lesquels continue à s'exercer la jouissance du père sa vie durant, sont compris dans cette catégorie sous Justinien à l'exclusion des pécules profectices,

Source : BIU Cujas

castrens et quasi-castrens, toutes les acquisitions faites par le fils, sauf celles faites contemplatione patris, c'est-à-dire celles provenant d'un tiers qui veut indirectement gratifier le père. Elles cessent de faire, à la mort du fils, retour au père jure peculii, et font l'objet d'une véritable dévolution successorale.

II - Le passif.

Nous allons voir une belle construction juridique prétorienne. Ici encore, il faut faire une grande distinction entre les délits et les contrats.

Pour les délits, il n'y a aucun changement.

Les délits du fils de famille.

1° - Le fils de famille s'oblige toujours civilement par ses délits.

2° - Il oblige son paterfamilias par ses délits. La théorie des actions noxales subsiste.

Pour les contrats, nous assistons à des modifications de la plus haute importance.

Il s'oblige civilement par ses contrats.

I° - A l'époque classique, le fils de famille s'oblige civilement par ses contrats, et le contractant aura une action contre lui pour le contraindre à exécuter le contrat. Digeste, 44,7. De obligationibus et actionibus, 39, texte emprunté à Gaius: Filius familias in omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur, le fils de famille dans toutes les affaires est obligé comme un paterfamilias. Il y a toutefois une exception. C'est celle qui résulte du sénatusconsulte Macédonien rendu sous Vespasien, entre 69 et 79. Le fils de famille se vit interdire les emprunts d'argent. Cette incapacité spéciale était sanctionnée par une exception délivrée par le préteur et ayant pour but de paralyser l'action en restitution des deniers prêtés. La sanction n'était donc pas la nullité de plein droit, ipso jure. Cela s'explique par l'époque à laquelle fut rendu le S.C. Macédonien. Les sénatusconsultes n'avaient pas encore la force législative et, comme nous l'avons vu, dans la première partie, le sénat était réduit à procéder par voie d'injonction adressée aux magistrats de l'ordre judiciaire.

Incapacité du fils de famille d'emprunter de l'argent (senatus-consulte Macédonien).

Il peut dans certains cas obliger le paterfamilias.

2° - Le fils de famille peut, dans certaines hypothèses, obliger par ses contrats le paterfamilias. On rompt ici ouvertement avec le droit antérieur. Dans le droit antérieur, les personnes en puissance peuvent bien rendre le chef de famille propriétaire ou créancier; elles ne peuvent pas le rendre débiteur, parce que, suivant la formule que nous avons donnée pour l'esclave, on ne peut empirer, par l'intermédiaire des

Source : BIU Cujas

personnes en puissance, la condition du père. Le rendre débiteur, c'est empirer sa condition.

Telle est la solution du droit civil. Cette solution (ici interviennent les nécessités du commerce et cette matière est aussi importante pour le droit commercial que pour le droit civil) entravait d'abord le commerce et, en outre, était contraire à l'intérêt bien compris du paterfamilias. Pour ces deux motifs, l'édit du préteur (il s'agit d'une construction exclusivement prétorienne) décida que, dans certaines hypothèses, et sous certaines conditions, le paterfamilias pourrait être valablement poursuivi au moyen d'actions prétoriennes en vertu des contrats dans lesquels son fils aurait joué le rôle de débiteur. Quand les conditions déterminées par l'édit étaient réalisées, les actions nées du contrat passé par le fils étaient données à titre d'actions utiles au tiers créancier contre le paterfamilias, de sorte que l'effet de l'édit du préteur va être de donner au créancier qui a traité avec le fils deux débiteurs: le fils de famille et le paterfamilias. Ulpien, Digeste, 15.I.44: Si quis cum filio familias contraxerit, duos habet debitores, si quelqu'un a contracté avec un fils de famille il a deux débiteurs. En d'autres termes, la réforme du préteur va avoir pour effet d'ajouter à la créance contre le fils, qui peut être une créance civile, une créance prétorienne contre le père. Papinien, Digeste, 14.I.5.I. Hoc edicto non transfertur actio sed adjicitur, en vertu de cet édit, l'action n'est pas transférée, mais elle est ajoutée. D'où le nom technique d'actions adjecticiae qualitatis,- actions dans lesquelles la qualité du père est ajoutée à celle du fils,- donné par les anciens interprètes du droit romain aux actions délivrées contre le paterfamilias, en raison des contrats passés par les personnes qu'il a sous sa puissance.

Les actions adjecticiae qualitatis.

Le créancier a action contre le fils et contre le père.

Après avoir fait sortir des faits les actions adjecticiae qualitatis et donné sur elles des renseignements terminologiques, abordons l'étude complète de ces actions.

Théorie des actions adjecticiae qualitatis.

La source principale, ce sont les Institutes de Gaius, 4,69 et suivants. Le manuscrit de Vérone contient une lacune très longue et importante à partir du § 72. Cette lacune a été comblée, malheureusement en partie, par le papyrus d'Oxyrrinchus n° 2103 publié dans le tome 17 de la collection anglaise de ces papyrus.

Les sources.

Source : BIU Cujas

En effet, tel qu'il nous est parvenu, ce papyrus ne nous a rien appris de nouveau que nous ne connaissions déjà par l'autre source, les Institutes de Justinien, 4,7. Sur ce papyrus et la manière dont il faut depuis sa découverte compléter les Textes de Girard, on lira l'article de Mr. Collinet, Revue historique de droit,1928, pages 92 et suivantes, et les articles d'Ernst Lévy, Revue de la Fondation Savigny, 1928, page 532, et Mélanges Bonfante, II, p. 277.

§ I - Technique de la formule des actions adjecticiae qualitatis.

Formule des actions adjecticiae qualitatis.

D'après certains auteurs, les actions adjecticiae qualitatis auraient été simplement des actions in factum. D'après d'autres auteurs, la formule de ces actions aurait renfermé une intentio de droit honoraire. On invoque en ce sens un passage du jurisconsulte Javolenus,D. 23.3.57, où, à propos d'une action adjecticiae qualitatis,on rencontre les mots praestare oportere. Le mot oportere, qui signifie devoir d'après le droit civil, voudrait dire ici devoir d'après le droit prétorien. Mais Javolenus emploie une façon de parler qui n'a rien à voir avec la rédaction de la formule. Le préteur a dû plutôt, comme il l'a fait, nous l'avons vu, en cas de représentation judiciaire, employer simplement une formule avec transposition de personnes. L'intentio aurait été rédigée au nom du fils, le rapport juridique ayant bien pris naissance sur la tête du fils. Mais la condemnatio aurait été rédigée au nom du père.

Ce sont des formules à transposition de personnes.

Supposons que le contrat passé par le fils de famille avec un tiers soit une vente. Voici quelle serait l'intentio: Quidquid ob eam rem (mots qui rattachent l'intentio à la demonstratio). Gaius (c'est le fils de famille) Aulo Agerio (c'est le demandeur) dare facere oportet ex fide bona, tout ce qu'il faut en raison de cette affaire que Gaius doive donner et faire envers Aulus Agerius conformément à la bonne foi.

La condemnatio serait ainsi rédigée: ejus judex Numerium Negidium (c'est le père) Aulo Agerio condemna. Si non paret,absolve, à cela, juge, condamne Numerius Negidius envers Aulus Agerius; s'il n'apparaît pas, absous-le.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Classification et étude interne des actions adjecticiae qualitatis.

Le préteur vraisemblablement n'a pas créé en une fois les actions adjecticiae qualitatis.

Date d'apparition des actions adjecticiae qualitatis.

Il a dû les créer empiriquement au fur et à mesure des besoins. Souvent il s'agissait des besoins nés du commerce. Mais il est impossible (on a cherché à le faire et on y a renoncé) de déterminer d'une façon précise l'ordre d'apparition respective de ces différentes actions. Tout au plus peut-on dire que la réforme était déjà accomplie à la fin de la République, au moins dans ses grandes lignes. C'est cette construction du droit prétorien que nous allons faire ressusciter.

Classification de ces actions.

S'il n'est pas possible de classer les actions adjecticiae qualitatis dans leur ordre chronologique, elles peuvent être classées dans un ordre rationnel en deux grandes catégories, du point de vue de leurs effets. C'est la classification qu'ont dégagée les jurisconsultes romains eux-mêmes: Gaius, 4 § 70 et suivants; Institutes de Justinien, 4 - 7-5. Voici les deux grandes catégories et les deux idées qui ont servi de base à cette classification.

Actions données in solidum ou non.

Parfois, le préteur considérait comme équitable de permettre aux tiers qui avaient traité avec le fils de famille de poursuivre pour le tout le paterfamilias. Dans ce cas, l'action était donnée in solidum, pour le tout. Parfois au contraire, cela ne paraissait pas équitable au préteur. Il modifiait en conséquence ses instructions au juge , et il lui ordonnait de condamner le paterfamilias dans une certaine mesure seulement. Dans ce cas, l'action n'était pas donnée in solidum.

A la première catégorie appartiennent les actions adjecticiae qualitatis suivantes.

Actions in solidum.

1° - L'actio quod jussu.
2° - L'actio exercitoria.
3° - L'actio institoria.

A la deuxième catégorie appartiennent:

Actions non données in solidum.

1° - L'actio de peculio vel de in rem verso. Dans le droit français moderne, nous avons encore une action qui porte le nom en latin d'action de in rem verso.

2° - L'actio tributoria.

Nous allons étudier successivement ces différentes actions.

Source : BIU Cujas

I° Catégorie: Actions adjecticiae qualitatis tendant à faire obtenir au demandeur une satisfaction complète, c'est-à-dire données in solidum.

Dans quels cas les tiers qui avaient traité avec le fils de famille pouvaient-ils poursuivre pour le tout le paterfamilias?

Le tiers a une action in solidum quand il a suivi la foi du père

Il en était ainsi lorsque, d'après les circonstances de fait, le tiers avait en réalité fait crédit au paterfamilias lui-même, quand, pour employer l'expression des jurisconsultes romains, il avait suivi la foi du paterfamilias, fidem patris familias sequi videtur, car il sait que, derrière le fils, il y a le père, que c'est plutôt au père que le contrat s'adresse. Les cas où le contractant a suivi la foi du paterfamilias étaient les suivants:

L'actio quod jussu

I° - Quand le paterfamilias avait autorisé son fils à passer le contrat avec le tiers. C'est le cas de l'actio quod jussu, ainsi appelée parce que c'est sur le jussus du paterfamilias que le tiers avait traité avec le fils. Il faut prendre le mot jussus dans un

Sens du mot jussus.

sens tout à fait technique. Il faut avoir bien soin de ne pas le traduire par ordre, mais par adhésion quelconque donnée par le paterfamilias au contrat passé par le fils avec le tiers. Cette adhésion pourra survenir même alors que le contrat a déjà été passé par le fils. Ce sera alors une ratification, tandis qu'un ordre suppose la volonté du père antérieure ou concomitante à l'acte. En effet, peu importait la forme dans laquelle cette adhésion s'était manifestée, que le jussus eût été adressé au fils ou au tiers lui-même, qu'il eût lieu avant ou après l'acte. Digeste I5.4.I.4. Dans ce cas, l'action était donnée in solidum et elle présentait cet autre caractère d'être perpétuelle, perpetua. Sur l'actio quod jussu voir Gaius , 4.70.

L'action exercitoria.

2° - Deuxième cas. Quand le paterfamilias a autorisé son fils à faire le commerce maritime. C'est le cas de l'actio exercitoria (1), ainsi nommée, parce que, à Rome, s'appelait exercitor l'armateur. Il s'agit encore d'une action in solidum et perpetua. Gaius 4.7I.

L'action institoria.

3° - Troisième cas. Quand le paterfamilias a autorisé son fils à faire un commerce terrestre. C'est le cas de l'actio institoria, ainsi appelée parce que, à Rome, le mot institor servait à désigner le préposé à un commerce terrestre.

---

(1) Cons. Huvelin, Etudes d'hist. du droit commercial romain, 1929, ch. III: L'action exercitoria et l'action institoria, p. 160 et suiv.; Costa, Le azioni exercitoria e institoria nel diritto romano, 189I.

Source : BIU Cujas

Conditions d'exercice de l'action institoria.

Deux conditions étaient exigées pour l'exercice de l'actio institoria.

1° - Que le fils de famille se livre à un commerce, taberna, ou à une industrie.

2° - Que le fils de famille ait été praepositus, préposé par le paterfamilias. Alors se pose la question: comment les clients traitant avec le fils savent-ils que le fils est un simple préposé ? La question devait être résolue d'après les circonstances de fait. Le plus souvent, d'après les inscriptions, le nom du paterfamilias était inscrit sur l'enseigne. L'actio institoria, comme les deux précédentes, était in solidum et perpetua. Gaius, 4.71. Sur l'actio institoria, très intéressante pour le droit commercial moderne, lire, l'article de Steinwenter, Institoria actio, dans la grande Encyclopédie allemande de Pauly - Wissowa, tome IX, colonnes 1565 et suivantes.

Actions non données in solidum: le tiers a suivi la foi du fils.

Deuxième catégorie d'actions adjecticiae qualitatis: actions ne tendant pas à faire obtenir au demandeur une satisfaction complète, actions qui ne sont pas données in solidum.

Ici, on peut dire que les tiers qui ont traité avec le fils de famille ont suivi la foi, non plus du paterfamilias, mais du fils lui-même. Dans ce cas, le préteur ne va plus laisser poursuivre le paterfamilias pour le tout. Il donne dans la formule des instructions au juge de limiter la condamnation qui devra être prononcée contre le paterfamilias.

Pour comprendre le développement du droit prétorien en cette matière, il faut se rappeler que la constitution d'un pécule au fils de famille était très fréquente dans la société romaine, et le pécule ainsi donné par le père à son fils, à l'instar du pécule donné par le maître à l'esclave, constituait en réalité une portion du patrimoine du paterfamilias, séparée de l'ensemble de son patrimoine et administrée par le fils. C'est ainsi que nous est apparu le pécule profectice.

Passons en revue successivement les deux hypothèses différentes que voici:

Hypothèses à distinguer.

1° - Supposons d'abord que le fils de famille n'ait pas fait le commerce avec le pécule qui lui avait été ainsi remis par son paterfamilias.

Le fils n'a pas fait le commerce avec le pécule.

2° - Supposons au contraire que le fils de famille a fait le commerce, soit avec la totalité, soit avec une partie de ce pécule. Le préteur va traiter la seconde hypothèse de façon tout à fait différente, pour tenir compte des nécessités de la vie commerciale. On

Source : BIU Cujas

voit l'influence des faits économiques sur le droit.

L'actio de peculio vel de in rem verso.

I° Hypothèse: le fils de famille n'a pas fait le commerce avec le pécule que lui avait remis le paterfamilias.

Les tiers qui ont traité avec le fils pouvaient alors intenter contre le paterfamilias une action adjecticiae qualitatis, qui s'appelle l'actio de peculio vel de in rem verso.

Deux idées dominent la théorie prétorienne de cette action.

Ses fondements.

I° idée: le fils de famille qui avait un pécule n'était pas traité comme un simple préposé. Dès lors, les tiers ne pouvaient pas poursuivre in solidum le paterfamilias.

2° idée: Les tiers cependant avaient dû penser qu'ils auraient pour gage général de leur créance les biens faisant partie de ce pécule. En d'autres termes, pour employer une formule moderne, le paterfamilias, en confiant un pécule à son fils, le commanditait.

Ces idées directrices dégagées, exposons les conditions d'exercice de l'action de peculio vel de in rem verso, puis ses effets.

Ses conditions d'exercice.

a) Conditions d'exercice.

1° - Il fallait qu'un contrat ait été conclu entre le tiers et le fils de famille.

2° - Il fallait qu'un pécule eût été constitué par le paterfamilias au fils. A la fin de l'époque classique, il n'était pas nécessaire que le pécule existât déjà au moment du contrat, mais il en était différemment à l'origine. Autre constatation très importante. Le paterfamilias pouvait, si bon lui semblait, révoquer le pécule qu'il avait donné à son fils, à moins que cette révocation ne fût constitutive de dol. Par exemple, alors qu'il est poursuivi par l'actio de peculio, le paterfamilias révoque le pécule. Il y a dol. La révocation est considérée comme inexistante. Mais en droit, le père peut révoquer le pécule: le propriétaire du pécule, c'est lui.

Le père peut révoquer le pécule.

Qu'arrivait-il si le fils de famille avait plusieurs créanciers, et si le fils était tenu d'obligations envers le paterfamilias (entre le paterfamilias et le fils, il ne peut s'agir que d'obligations naturelles, c'est-à-dire que le père n'a pas d'action contre le fils, mais que le fils, s'il a payé volontairement l'objet de la créance, ne peut plus répéter contre le père) ?

1° Règle. Le paterfamilias avait le droit de se faire payer par préférence à tous les créanciers

Source : BIU Cujas

Le paterfamilias peut se faire payer par préférence.

du fils. C'est ce qu'on appelle le privilegium deductionis, le droit de prélever sur le pécule tout ce que le fils lui devait jure naturali, D.I5.I,9,2. Inst. Jus. IV, 7,40. Sur la deductio de peculio des obligations naturelles, consulter Jan azny, Naturalis obligatio, Mélanges Bonfante, IV. p. 14I et suiv.

2ème règle, plus importante encore que la première.

Les autres créanciers sont payés intégralement dans l'ordre où ils se présentent.

Les autres créanciers que le père étaient payés intégralement, au fur et à mesure qu'ils se présentaient. Comme nous dirions aujourd'hui, c'était le prix de la course. Le premier arrivé des créanciers recevait toute sa créance. S'il restait quelque chose, tant mieux pour les autres; s'il ne restait rien, tant pis pour eux. Les Romains disaient: occupantis est melior conditio, la condition la meilleure est celle du créancier qui occupe la première place. Digeste, 15.I.IO.

b) Effets de l'actio de peculio vel de in rem verso.

Les deux chefs de cette action.

Notre action avait deux chefs différents de condamnation (Gaius, 4, 74 a):

1° chef - de peculio, au sujet du pécule, c'est-à-dire elle est donnée jusqu'à concurrence du pécule.

2° chef - de in rem verso, c'est-à-dire jusqu'à concurrence du gain retiré par le paterfamilias de l'opération faite par son fils, jusqu'à concurrence de l'enrichissement que le contrat passé par le fils avec un tiers a pu procurer au paterfamilias. In rem versum veut dire ce qui a tourné (vertere) au profit du patrimoine du paterfamilias. On trouvera des exemples concrets d'in rem versum dans les Institutes de Justinien 4.7. 4a.

Quels étaient les avantages que donnait au tiers la mention de l'in rem versum ?

Le chef de l'in rem versum.

1° - Le chef de l'in rem versum était d'une importance capitale, toutes les fois que le pécule se trouvait insuffisant, ou épuisé, ou révoqué.

Durée de l'action dans ce cas.

2° avantage: l'actio de peculio vel in rem verso était perpétuelle quant au chef de l'in rem versum , alors que du chef du pécule, elle ne pouvait être exercée que lorsque subsistait la patria potestas, ou, au plus tard, dans l'année utile qui suivait la disparition de la patria potestas.

Le pécule ou une partie a été affecté au commerce.

2° Hypothèse: le paterfamilias a laissé le fils de famille faire le commerce avec le pécule qu'il lui a remis, ou même avec une portion de ce pécule. C'est la théorie de l'affectation, en droit moderne. Une partie

Source : BIU Cujas

du pécule est affectée au commerce. Elle porte dans les textes le nom de merx peculiaris.

L'actio tributoria et la procédure collective de tributio.

Tout va changer maintenant. Le préteur est amené à traiter différemment les créanciers. Chaque créancier pouvait encore, dans cette hypothèse, s'il y avait intérêt, intenter individuellement, comme dans l'hypothèse précédente, l'actio de peculio vel de in rem verso. Mais sur l'initiative de l'un des créanciers, le préteur permettait de recourir à une procédure collective, appelée tributio, qui pouvait, s'il y avait lieu, aboutir à la délivrance d'une formule d'action appelée actio tributoria. C'est la dernière des actions adjecticiae qualitatis.

Cette demande de procédure collective par un des créanciers avait pour résultat très important d'empêcher les autres créanciers d'intenter individuellement l'actio de peculio vel de in rem verso. Voici en quoi consistait cette procédure collective qui existait déjà à l'époque de Labéon, au temps d'Auguste. Quand le fils de famille avait employé son pécule, ou une partie de son pécule, à des opérations commerciales, un des créanciers qui avait traité avec lui à l'occasion de son commerce pouvait s'adresser au préteur pour lui demander la liquidation du pécule ou de la portion du pécule ainsi affectée au commerce, merx peculiaris, et la distribution de l'actif entre les créanciers (différence avec l'actio de peculio vel de in rem verso) au prorata de leurs créances, au marc le franc, comme nous disons aujourd'hui. Digeste 14.4.5.I9. C'est cette liquidation et cette distribution au marc le franc qui sont caractéristiques de la procédure de tributio, et c'est ce que nous appelons aujourd'hui la distribution par contribution. (Code civil français, article 2.093, Code de procédure civile, articles 656 et suivants).

L'actif est distribué au marc le franc.

Cette procédure collective s'ouvrait par un décret du préteur, rendu sur l'initiative d'un des créanciers et ordonnant au paterfamilias de procéder lui-même à la liquidation et au partage de la partie du pécule ainsi affectée au commerce. Le préteur "in tributum vocabat" appelait à la distribution. Digeste, 14,4, 5,6. A partir de ce décret, le préteur ne délivrait plus individuellement aux autres créanciers des formules d'actio de peculio vel de in rem verso.

Deux idées générales dominaient la théorie de l'édit du préteur sur cette procédure collective.

Ière idée - L'édit du préteur voulut favoriser le développement du commerce, faciliter les tran-

Source : BIU Cujas

sactions commerciales. Dans l'intérêt du crédit commercial, il formula les règles suivantes, qui sont le contrepied des règles rencontrées à propos de l'actio de peculio vel de in rem verso.

Le paterfamilias n'a plus le privilegium deductionis.

a - Il enleva au paterfamilias le privilegium deductionis; il ne permit plus au paterfamilias de commencer par se payer sur la masse du pécule de ce que le fils de famille lui devait. Il le mit sur le même pied que les autres créanciers. Digeste, 14.4.5.7, Inst. Just. 4.7.5 a.

Les créanciers sont sur le pied d'égalité.

b) Le principe qui va être appliqué entre les créanciers, c'est le principe de l'égalité. On rejette donc la règle: Occupantis melior est conditio. Tous les créanciers sont placés sur le même pied, et doivent se contenter chacun d'un simple dividende, comme on dit aujourd'hui en matière de faillite.

Promesse de restituer le trop perçu.

En vue d'assurer le paiement des créanciers qui viendraient à se présenter tardivement, le préteur exigeait des créanciers la promesse garantie par des cautions (satisdatio) de restituer ce qu'ils auraient reçu en trop. Cette règle n'a pas été admise par le droit moderne, qui admet la forclusion des créanciers retardataires. Digeste, à notre titre, 5,19.

Telle est la première idée qui se rattachait aux nécessités de la vie commerciale.

Le paterfamilias assure la liquidation et la répartition du pécule.

2° idée - Si le préteur voulait développer le crédit commercial, il ne pouvait cependant méconnaître le droit de propriété du paterfamilias sur les biens formant le pécule commercial. Il en résultait que c'était au paterfamilias qu'appartenait exclusivement le pouvoir de procéder à la liquidation et à la répartition du pécule commercial.

Il peut se faire remplacer par un arbître.

Mais le paterfamilias pouvait renoncer à son droit, renoncer aux avantages que lui procurait la reconnaissance de son droit de procéder à la liquidation et à la répartition du pécule. Quel mobile le poussait ? Il pouvait vouloir échapper aux ennuis que cette liquidation était de nature à lui occasionner. Dans ce cas, un jurisconsulte du II° siècle après J.C., Sextius Pedius, dont l'opinion l'emporta, engageait le préteur à autoriser spécialement le paterfamilias à ne pas effectuer lui-même la liquidation, Digeste, à notre titre, 7 I. Alors le magistrat nommait un arbître chargé de la liquidation et de la distribution par contribution. Cela est important pour le droit moderne. Cet arbitre, c'est l'équivalent du syndic de la faillite moderne.

Supposons que c'est le paterfamilias lui-

Source : BIU Cujas

même qui opère la liquidation du pécule commercial. En ce qui concerne cette liquidation, le préteur se contenta d'imposer au paterfamilias l'obligation de ne pas commettre de dol. Digeste, à notre titre, 7.2. et 4. Pourvu qu'il ne causât pas sciemment un préjudice aux créanciers du pécule commercial, cela suffisait. Peut-être le paterfamilias montrait-il de l'inexpérience, voire même de la négligence; peut-être vendait-il à vil prix les marchandises comprises dans le pécule commercial. S'il n'y avait pas de dol, c'est-à-dire manoeuvres dolosives, on ne pouvait pas le poursuivre, parce que, en droit, il est propriétaire du pécule.

Le paterfamilias n'est responsable que de son dol.

Au contraire, s'il avait commis un dol, par exemple, d'après les textes, s'il dissimulait une partie de l'actif, s'il se payait une créance fictive, alors le magistrat délivrait contre lui une formule d'action, la formule de l'actio tributoria, qui est la dernière action adjecticiae qualitatis dont nous avons à parler.

L'actio tributoria.

Dans la formule de cette action, le juge recevait dans la condemnatio la mission de condamner le paterfamilias, non pas pour le tout, in solidum, mais jusqu'à concurrence d'une somme représentant la différence entre le dividende qui avait été attribué par le paterfamilias au tiers créancier, le demandeur, et le dividende qu'il aurait dû lui attribuer, s'il n'avait pas commis de dol dans la liquidation et la répartition, s'il avait satisfait aux prescriptions de l'édit. L'action est donnée en effet quand le paterfamilias, dans la liquidation et la répartition, edicto praetoris non satisfecit. Digeste, à notre titre, 12,7,2. Gaius, 4,72. Institutes de Justinien, 4,7,3. Sur l'actio tributoria, lire la thèse de Mr. Lemarié, De l'action tributoria ou de la liquidation du pécule commercial, Paris 1910.

Son objet.

Tel est le système des actions adjecticiae qualitatis. Il reste, en ramassant toutes les indications données, à montrer l'importance que présente cette étude pour le droit moderne. Cet intérêt apparaît à trois points de vue différents.

Intérêt des actions adjecticiae qualitatis pour le droit moderne.

1° - Cette théorie est intéressante à étudier en ce qui touche le développement de la représentation passive dans les contrats. Comme nous le verrons en seconde année, le système des actions adjecticiae qualitatis a été le point de départ de l'exclusion qui a conduit les Romains à la reconnaissance de la représentation passive en ce qui concerne les personae extraneae, c'est-à-dire entre personnes non unies entre elles

La représentation dans les contrats

Source : BIU Cujas

par des liens de famille.

La théorie de l'enrichissement sans cause.

2° - Cette théorie est aussi intéressante à étudier pour ce qui est de la théorie de l'enrichissement sans cause en droit moderne. Les Romains ont dégagé le principe que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, et que l'on doit restituer ce dont on s'est injustement enrichi. Tous les Codes modernes ont consacré ce principe. Aujourd'hui, si on ouvre un volume de droit sur l'enrichissement sans cause, on est frappé de rencontrer sans cesse les mots action de in rem verso en latin. L'origine est dans notre action de peculio vel de in rem verso, d'après laquelle le paterfamilias, à défaut de pécule pouvait être poursuivi jusqu'à concurrence de l'enrichissement que l'acte lui avait procuré. Dans les rapports du mari et de la femme, supposons que la femme fasse des achats dépassant le mandat tacite du mari. En droit le mari peut refuser de payer, mais on pourra le poursuivre, si on prouve que l'acte passé par la femme a enrichi le mari. C'est l'action de in rem verso.

La procédure de tributio est une des origines romaines de la faillite.

3° - Notre théorie des actions adjecticiae qualitatis constitue le deuxième apport romain pour la théorie de la faillite. Le premier apport a déjà été rencontré: c'est la venditio bonorum. Il s'agit là aussi, nous l'avons vu, d'une liquidation et d'une répartition d'un dividende. Le deuxième apport est la procédure collective de tributio. C'est avec ces textes romains que, à partir du XII° siècle, en Italie, les légistes ont construit leur théorie de la faillite. (L'institution de la faillite n'est apparue en France qu'à partir du XV° siècle, à Lyon). Sur la faillite en Italie au XIV° siècle, renvoyons à l'art. de Mr. Fliniaux. Revue historique de droit, 1924, étude faite sur des actes concrets relatifs à une faillite qui, à cette époque, eut un grand retentissement en Italie, la faillite de la maison de banque des Ammanati de Pistoie (1).

Les actions adjecticiae qualitatis s'appliquent aussi aux rapports de l'esclave et du maître.

Laissons de côté les fils de famille. Observation importante. Tout ce que nous avons dit relativement aux actions adjecticiae qualitatis en ce qui concerne le fils de famille s'applique entièrement, mutatis mutandis, dans les rapports du maître et de l'esclave. Il suffira donc de remplacer le paterfamilias par le maître, et le fils de famille par l'esclave. Donc si, à l'examen, on pose la question suivante: la condition

---

(1) Sur les origines romaines de la faillite, cons. Rocco, Il fallimento: teoria generale e origine storica, Rome, 1917 (tit. II, Chap.I: Il diritto romano) p. 131 et suivantes et les références données par Mr. Fliniaux dans son art. de la Revue hist. de droit, 1924, p. 459 note 1.

Source : BIU Cujas

juridique de l'esclave, on devra faire entrer dans le développement toute la question des actions adjecticiae qualitatis. De même, si on a à traiter le système des actions adjecticiae qualitatis, il faudra mener de front les développements pour l'esclave et pour le fils de famille.

Différence dans la technique de la formule.

Mais en ce qui concerne l'esclave, signalons une petite différence, dans la technique de la formule de l'action adjecticiae qualitatis. Nous avons dit que le nom du fils figurait dans l'intentio, et le nom du père dans la condemnatio. C'est une formule à transposition de personnes. Il n'y a aucun obstacle, parce que le fils de famille s'oblige civilement par ses contrats, c'est-à-dire que le tiers a une action contre le fils. On peut donc mettre le nom du fils dans l'intentio.

L'esclave n'est pas tenu civilement.

Au contraire, l'esclave ne s'oblige pas civilement par ses contrats, mais seulement naturellement. Le tiers n'a donc pas d'action contre lui. L'effet de l'obligation sera seulement, si l'esclave a payé volontairement, qu'il ne pourra pas répéter. De même aujourd'hui, celui qui a contracté une dette de jeu ne peut pas être contraint, par une action, à la payer, mais s'il la paie volontairement, il ne peut pas répéter. On ne peut donc pas mettre le nom de l'esclave dans l'intentio. Que faire ? Vraisemblablement voici comment les choses se passaient. Le préteur délivrait la même formule que pour le fils. Il mettait le nom de l'esclave dans l'intentio, mais avec une fiction:Si liber esset, s'il était libre. Fictivement on considère l'esclave comme pouvant s'obliger civilement. Quand il s'agit de l'esclave, l'action adjecticiae qualitatis est donc à la fois une formule à transposition de personnes et une formule fictice.

L'action est à la fois à formule fictice et à formule à transposition de personnes.

III - Droit d'ester en justice.

Le fils de famille peut agir en justice,

pour ses pécules,

La conséquence de la reconnaissance pour le fils de famille d'une capacité juridique, aussi bien active que passive, fut de lui permettre d'ester en justice. En effet, nous voyons à l'époque classique le fils de famille agir en justice, soit comme défendeur, soit comme demandeur. Il en sera ainsi principalement pour ce qui est des droits compris dans les pécules castrens et quasi-castrens. Le fils de famille, ayant l'administration de ces pécules, pourra exercer les actions relatives à ses pécules, comme demandeur ou comme défen-

Source : BIU Cujas

deur (1). Il a aussi le droit d'exercer certaines actions nées dans sa personne même , et que le père est hors d'état d'exercer, par exemple en cas d'absence. Il en est ainsi pour les actions concernant des droits touchant à l'honneur, par exemple l'action d'injures. On permet au fils de l'exercer. C'est l'objet d'un edictum au sens étroit de l'édit du préteur. Textes de Girard, page 159.

pour les droits touchant à l'honneur,

On a même voulu aller plus loin, et on a soutenu que le fils de famille pouvait exercer personnellement toutes les actions in factum. Ce serait même là un des intérêts pratiques de la distinction des actions in factum et des actions in jus. On se base sur un passage du Digeste, 44,7,13, ainsi conçu: In factum actiones etiam filii familias possunt exercere. Mais comment traduire les mots in factum actiones ? Ceux qui soutiennent cette théorie traduisent: toutes les actions in factum. Mr. Fliniaux traduit: certaines actions in factum.

mais non pour toutes les actions in factum.

Chapître III.

EXTINCTION DE LA PATRIA POTESTAS.

On peut classer les modes d'extinction de la patria potestas en plusieurs groupes.

La patria potestas s'éteint par la mort du pater familias ou de la personne en puissance.

I° groupe. La patria potestas appartenant à une personne sur une autre disparaît normalement par la mort de l'une ou de l'autre: la mort de la personne en puissance; la mort du paterfamilias, qui va rendre le fils de famille sui juris, ou le fera passer sous une autre potestas, si c'est un petit-fils. Alors l'enfant conserve les liens de la parenté civile. Il reste en effet dans sa famille civile.

2° groupe - La patria potestas peut être éteinte du vivant du paterfamilias ou du fils de famille.

A - Extinction dans la personne du paterfamilias.

1° - en cas de perte de la liberté, capi-

---

(1) Il en sera encore ainsi dans les cas où exceptionnellement l'administration et la jouissance des biens adventices étaient enlevées au père. Voir Girard, Manuel, page 156 note 2.

Source : BIU Cujas

En cas de capitis deminutio.

tis deminutio maxima, avec toutefois le correctif du postliminium, car la patria potestas est une res juris.

2° - par la perte de la cité, capitis deminutio media, avec le correctif de la réhabilitation.

3° - Par la perte du droit de famille, capitis deminutio minima, par exemple en cas d'adrogation. La personne qui se donne en adrogation perd la patria potestas sur ses propres enfants. Les enfants de l'adrogé vont passer dans la famille de l'adrogeant. Mais le prédécès de l'adrogeant a pour effet de faire tomber sous la patria potestas de l'adrogé, et , par suite, de les faire rentrer dans leur famille civile.

En cas de faute du père.

4° - Enfin d'après le droit byzantin, en raison de certaines fautes du père, ce qu'on appelle aujourd'hui la déchéance de la puissance paternelle: exposition des enfants, livraison d'une fille à la prostitution, mariage incestueux.

B. Extinction dans la personne de l'enfant.

Nous rencontrons:

1° - La perte de la liberté, avec le correctif du postliminium.

2° - La perte de la cité, avec le correctif de la réhabilitation.

3° - La perte du droit de famille, qui arrivera dans le passage sous la manus ou le mancipium d'un tiers. Tout lien d'origine est rompu dans le mariage cum manu et dans l'émancipation. Dans ce cas, l'enfant ne reste pas dans sa famille civile.

L'élévation de l'enfant à certaines dignité.

4° - L'élévation à certaines dignités, mais alors, différence avec les cas précédents, l'enfant reste dans sa famille civile. Les liens de famille ne sont pas rompus. Cela résulte par exemple des fonctions de vestale ou de flamine de Jupiter à l'époque païenne. Sous Justinien, des fonctions de patrice, de consul, de préfet du prétoire, de préfet de la ville de magister militum, d'Evêque.

De tous ces modes d'extinction de la patria potestas, un seul mérite de retenir l'attention et d'être étudié dans ses détails. C'est l'émancipation.

L'émancipation.

L'émancipation a été d'abord une peine,

L'émancipation est une institution ayant pour but de rendre un enfant sui juris du vivant de son paterfamilias. Quelles étaient à Rome les fonctions de

Source : BIU Cujas

l'émancipation ? Il apparaît bien qu'à Rome l'émancipation a fonctionné primitivement contre le fils à titre de peine, et non, comme aujourd'hui et à la fin du droit romain, en sa faveur. Le fils perd tous droits de succession et de tutelle. Il est chassé de la famille. Plus tard, l'émancipation se présente à Rome en faveur de l'enfant qui voit s'accroître de cette façon son indépendance.

puis une mesure de faveur.

Nous étudierons successivement les conditions de forme, les conditions de fond et les effets de l'émancipation.

I - Conditions de forme.

Les conditions de forme de l'émancipation sont passées par deux phases différentes.

Formes de l'émancipation.

Ière phase - On fut d'abord obligé d'employer, comme pour l'adoption, un biais, et ce biais, c'est celui même que nous avons vu employer pour réaliser une adoption. On utilise la règle des XII Tables, d'après laquelle, si le paterfamilias vend son fils trois fois, le fils est libéré de la patria potestas.

La règle des XII Tables.

On rencontre deux procédés différents, dont le deuxième constitue un progrès par rapport au premier.

Les trois mancipations avec affranchissement. Le père perd les droits.

1° procédé. On va faire trois mancipations successives du fils à un tiers, et, après la dernière mancipation, le tiers, ayant le fils in mancipio, l'affranchira. L'émancipation est réalisée.

Mais ce procédé avait un inconvénient. Qui devient patron du fils après l'affranchissement ? C'est le tiers. Or l'affranchissement confère au patron certains droits (de succession et de tutelle). Le procédé privait donc le paterfamilias des droits du patronat.

L'émancipation fiduciaire.

2° - D'où un deuxième procédé pour faire naître ces droits sur la tête du paterfamilias. Après la troisième mancipation, le tiers mancipe le fils au paterfamilias, lequel, la patria potestas étant éteinte, le reçoit in mancipio et l'affranchit. Les jura patronatus prennent naissance sur sa tête. C'est l'émancipation fiduciaire.

Deuxième phase.- Intervention de l'autorité publique.

L'émancipation des absents. (Emancipation Anastasienne

Elle se manifeste en deux étapes.

1° - L'autorité publique intervint d'abord pour l'émancipation des absents (constitution d'Anastase de 502). L'émancipation est réalisée au moyen d'un rescrit impérial. On l'appelle émancipatio Anas-

Source : BIU Cujas

tasiana.

L'émancipation Justinienne.

2° - Enfin, c'est le système moderne, sous Justinien d'une façon générale, l'émancipation se fait par une déclaration en justice, émancipatio justinianea. Comparez le Code Civil, article 477. L'émancipation a lieu aujourd'hui par une déclaration reçue par le juge de paix.

II - Conditions de fond.

Conditions de fond.

Elles apparaissent seulement à l'époque classique.

1° condition: Consentement du fils. L'idée de peine a disparu.

2° - Le fils peut requérir l'émancipation dans certains cas, notamment en cas de mauvais traitements du père et dans le cas où l'adrogé impubère prouve à la puberté que l'adrogation est nuisible à ses intérêts.

III - Effets de l'émancipation.

Effets primitifs.

Les effets primitifs sont des plus rigoureux. C'est pour cela que l'émancipation est une peine. L'enfant devient sui juris, mais il n'a pas de famille, pas de patrimoine. Avec le temps, des tempéraments adoucirent le droit primitif.

Les pécules et biens adventices du fils émancipé.

1° - On reconnut d'abord un patrimoine à l'émancipé. On lui laissa ses pécules profectice, castrens, etc,.. Pour les biens adventices, comme compensation de la perte de la jouissance pour le père, on lui accorda une prime, fixée par Constantin au tiers en pleine propriété, et, par Justinien, à la moitié de l'usufruit.

Droit de succession de l'émancipé.

2° - Quant à la reconnaissance d'une famille, c'est le préteur qui améliora sur ce point la condition de l'émancipé. Il appela l'émancipé à la succession du paterfamilias en concours avec les enfants restés en la puissance du paterfamilias. C'est la bonorum possessio unde liberi, dont nous avons déjà parlé à propos de l'adoption. Il appelle aussi l'émancipé à la succession de tous les parents par le sang, bonorum possessio unde cognati.

La patria potestas, du droit romain au Code civil français.

La puissance paternelle dans les pays de droit écrit.

La patria potestas du droit romain, telle que nous venons de l'étudier, survécut sous le nom de puissance paternelle, avec les mêmes caractères et les mêmes effets, en France, dans les pays de droit écrit. Mais la pratique est venue tempérer la rigueur du droit

Source : BIU Cujas

romain. L'usage s'établit dans les pays de droit écrit d'émanciper les enfants au moment de leur mariage.

Au contraire, dans les pays de droit coutumier, règne la maxime que nous a transmise Loysel, Institutes coutumières,55: Droit de puissance, paternelle n'a lieu; ce qui ne veut pas dire qu'en pays coutumier les parents n'ont aucune autorité sur leurs enfants, ce qui veut dire simplement que, dans les pays coutumiers, la puissance paternelle n'a pas les mêmes effets rigoureux que dans les pays de droit écrit. On y repoussa les solutions du droit romain.

Caractères de la puissance paternelle coutumière.

1° - La puissance paternelle,,dans les pays de droit coutumier, peut être exercée par la mère à défaut du père. Nous sommes loin de la famille patriarcale.

2° - La puissance paternelle ne dure que tant que l'enfant est incapable, et elle prend fin à l'époque de sa majorité, à laquelle il faut joindre l'émancipation et le mariage.

Elle ne s'exerce que sur la personne.

3° - La puissance paternelle, à partir d'une certaine époque, ne s'étendit plus que sur la personne de l'enfant. C'est le droit de correction, c'est-à-dire le droit, qui existe encore aujourd'hui, de faire incarcérer l'enfant. La puissance paternelle, par contre, ne s'étend pas sur le patrimoine de l'enfant. Non seulement le patrimoine de l'enfant lui reste propre, mais le père, qui l'administre, n'en a pas la jouissance légale. (1)

---

(1) Le rejet des principes romains dans les pays coutumiers ne fut pas admis sans protestation. Un mémoire en faveur de la puissance paternelle romaine fut écrit en 1589 par Pierre Ayrault, né à Angers en 1536, élève de Cujas, qui, après avoir été professeur de droit à Angers et avocat des plus distingués au Parlement de Paris, était revenu en 1568 à Angers comme lieutenant criminel. Son livre "De patrio jure" lui fut suggéré par la conduite de son fils qui, malgré son opposition formelle, était entré dans l'ordre des Jésuites. L'ouvrage écrit en latin (Edition Paris 1594: P. Aerodii, quaestoris Andegavi, De patrio jure. Ad filium pseudojesuitam. Bibl. Nat. Ld ^{39} IO) fut traduit en français sous le titre: De la puissance paternelle, contre ceux qui sous couleur de religion volent les enfants à leurs pères et mères. Par Pierre Ayrault, Lieutenant criminel au siège présidial d'Angers, 2° édition, Tours 1603. Bibl. nat. Ld ^{39} 9.

Source : BIU Cujas

Tel est le droit. Mais en fait, même dans les pays coutumiers, on voit certaines rigueurs. Il y avait en effet un moyen simple pour les parents de faire incarcérer leurs enfants même après leur majorité, Mirabeau en sut quelque chose. C'était la lettre de cachet.

Le droit intermédiaire.

Passons au droit intermédiaire. Nous allons assister à l'affaiblissement de la puissance paternelle, à la généralisation du système des pays coutumiers. On peut dire que ces réformes avaient été préparées par l'opinion publique, par un livre d'un retentissement considérable, l'Emile de Rousseau. Au livre V, Rousseau écrit: "Nous rechercherons la mesure de l'autorité paternelle, comment elle est fondée dans la nature, et si elle a d'autres raisons que l'utilité de l'enfant, sa faiblesse et l'amour naturel que le père a pour lui ? Si donc, la faiblesse de l'enfant venant à cesser, et sa raison à mûrir, il ne devient pas seul juge naturel de ce qui convient à sa conservation, par conséquent, son propre maître et indépendant de tout autre homme, même de son père ?". Le législateur décrète le 28 Août 1792: "Les majeurs ne sont plus soumis à la puissance paternelle. Elle ne s'étendra que sur la personne des mineurs". La législation révolutionnaire est allée encore plus loin. Le droit de faire incarcérer l'enfant par mesure de correction paternelle ne peut plus s'exercer qu'avec l'approbation d'un tribunal de famille, dont la décision doit être homologuée par le président du tribunal de district.

Le système du Code Civil.

Le Code civil français se trouve entre ces deux tendances. Il est une réaction contre l'oeuvre révolutionnaire. La puissance paternelle apparaît sensiblement la même que dans le droit coutumier, pour sa durée et le droit de correction. Mais on alla jusqu'à remonter au droit romain, au système de la patria potestas, auquel le Code civil a emprunté l'institution de la jouissance légale du père sur les biens de ses enfants (Art. 384 du Code Civil).

Sur la puissance paternelle dans l'ancien droit français, consulter en dernier lieu: Henri Regnault, professeur à la Faculté de Droit de Dijon, Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau, 1929, p. 112 et suivantes.

Il est intéressant de noter qu'en Italie la puissance paternelle se maintint longtemps, dans certains Etats, avec le caractère qu'elle avait dans le

Source : BIU Cujas

droit romain. Il en fut ainsi en Toscane et dans les Etats du Pape. C'est seulement en 1814 qu'une loi décida en Toscane que les fils seraient, de plein droit, émancipés à trente ans, et les filles à quarante.

En France, l'économiste Le Play dans son livre: L'organisation de la famille selon le vrai modèle, signalé par toutes les races et dans tous les temps, 1875, demanda la restauration de la puissance paternelle romaine, estimant que l'organisation sociale doit reposer sur une très forte concentration de la famille aux mains du père de famille, sanctionnée par la liberté complète de tester.

Source : BIU Cujas

TITRE II.

LES INCAPACITES DE FAIT.

LA TUTELLE ET LA CURATELLE.

Les incapacités de fait.

Nous les étudierons en fonction avec le droit moderne. Parmi les personnes sui juris, il en est qui, par suite de leur âge, de leur sexe, de leur démence, de leur prodigalité, sont incapables en fait d'exercer les droits qu'elles possèdent en droit. On donnait à Rome à ces personnes soit un tuteur, soit un curateur, chargé de défendre leurs intérêts. La tutelle et la curatelle ont subi une évolution en quelque sorte parallèle à celle de la patria potestas, qu'elles sont en un certain point destinées à remplacer. En effet, à l'origine, la tutelle et la curatelle sont chacune une potestas, une puissance, constituant des droits établis dans l'intérêt seul du tuteur et du curateur (1)

Evolution de la tutelle et de la curatelle.

Mais de bonne heure, la tutelle et la curatelle devinrent à Rome des charges, qui sont imposées au tuteur et au curateur dans l'intérêt de l'incapable lui-même, dans un but de protection de l'incapable. Elles se sont donc transformées de potestas, puissance, en munus publicum, charge publique, exercée par le tuteur ou le curateur sous le contrôle de l'autorité publique. Cette idée de puissance, jointe à l'idée de protection, se rencontre dans la définition de la tutelle rapportée par Justinien, Institutes 1.13.I. et qu'il nous dit avoir empruntée aux jurisconsultes de l'époque républicaine, Servius Sulpicius: Tutela est, ut Servius definit, vis ac potestas in capite libero ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, jure civili data ac permissa, la tutelle est, comme Servius l'a définie, une autorité et une puissance sur une personne sui juris, pour la protéger quand, à cause de son âge, elle ne peut se défendre elle-même, puis-

Définition de la tutelle par Servius Sulpicius.

---

(1) Cette idée primitive de puissance a été très bien dégagée par Gérardin, ancien prof. à la Faculté de droit de Paris, dans son article: La tutelle et la curatelle dans l'ancien droit romain. Nouvelle Revue hist. de droit, 1889, pages 1 et suiv.

Source : BIU Cujas

sance donnée et confiée par le droit civil.

Cette définition devait aussi viser la tutelle perpétuelle des femmes.

Vraisemblablement, dans la définition ci-dessus, Servius Sulpicius, après avoir dit: propter aetatem, devait ajouter: vel propter sexum. A l'époque de Justinien, la tutelle perpétuelle des femmes n'existe plus. Justinien a amputé de ce membre de phrase la définition de Servius Sulpicius.

Les incapables de fait.

Nous rencontrons à Rome cinq sortes d'incapables de fait, à savoir:

1° - Les impubères,
2° - Les mineurs de 25 ans.
3° - Les fous.
4° - Les prodigues.
5° - Les femmes pubères.

Nous allons étudier ces incapables de fait dans le même ordre.

De ces cinq incapacités, les quatre premières seules sont intéressantes pour le droit moderne. Nous serons donc très brefs en ce qui concerne la dernière, celle des femmes pubères, l'incapacité des femmes mariées qui existe encore aujourd'hui ayant été étudiée précédemment à propos du mariage.

Chapître I

LES IMPUBÈRES.

Mode de protection des impubères.

La législation romaine a connu trois systèmes de protection en faveur des impubères, systèmes qui, à une certaine époque, ont coexisté, ont fonctionné concurremment. Ce sont:

1° - La tutelle,
2° - La curatelle,
3° - La restitutio in intégrum ob aetatem.

La tutelle formera de beaucoup les plus grands développements, quoique le troisième procédé soit très important pour le droit moderne.

I - La tutelle.

Nous suivrons le plan suivant:
Section I - Délation de la tutelle.
Section II - Fonctions du tuteur,
Section III - Pouvoirs du tuteur,
Section IV - Responsabilité du tuteur,
Section V - Extinction de la tutelle.

Source : BIU Cujas

Section I - Délation de la tutelle.

Cas d'ouverture de la tutelle.

La tutelle s'ouvre à Rome dans les trois hypothèses suivantes, qu'il faut avoir bien soin de distinguer les unes des autres:

1° - L'impubère devient sui juris par la mort ou la maxima ou la media capitis deminutio du paterfamilias, c'est-à-dire la perte de la liberté ou de la cité.

2° - L'esclave impubère vient à être affranchi par son maître.

3° - L'impubère est émancipé par le paterfamilias.

Reprenons ces trois hypothèses. Nous allons voir à qui la tutelle est déférée.

L'impubère devient sui juris.

1° Hypothèse: l'impubère devient sui juris, par la mort ou la capitis deminutio du paterfamilias.

Trois sortes de tutelle.

Dans cette première hypothèse, la tutelle a commencé par être attribuée aux parents civils par la loi. C'est la tutelle légitime des agnats et des gentiles. Puis la tutelle testamentaire rejeta de bonne heure la tutelle légitime au deuxième rang. Enfin à une époque plus récente, on organisa à Rome une troisième tutelle, déférée par le magistrat, appelée la tutelle dative.

Reprenons ces trois espèces de tutelles fonctionnant dans la première hypothèse.

A - La tutelle testamentaire.

La tutelle testamentaire.

Etant donné son importance, commençons par la tutelle testamentaire, bien que ce ne soit pas la plus ancienne. C'est celle qu'on rencontre au premier rang. C'est la tutelle qui est déférée dans son testament par le paterfamilias. La désignation du tuteur testamentaire était subordonnée à certaines conditions.

Ses conditions.

1° condition. Etant un acte de puissance, elle ne peut émaner que d'une personne ayant cette puissance.

2° condition. Etant une disposition testamentaire, elle est soumise à certaines conditions de forme. En réalité, la désignation du tuteur testamentaire est soumise aux mêmes formalités que l'autre disposition à cause de mort appelée le legs. Il faut un testament valable et la désignation du tuteur en termes

Source : BIU Cujas

sacramentels. Gaius, I. 149. Voici deux formules qu'il donne: Lucium Titium liberis meis tutorem do, je donne Lucius Titius comme tuteur à mes enfants. Autre formule: meis liberis Lucius Titius tutor esto, que Lucius Titius soit tuteur de mes enfants.

Puis la désignation du tuteur devait, suivant les Sabiniens, être faite après la désignation de l'héritier, selon les Proculiens, avant la désignation de l'héritier. C'est l'opinion des Proculiens qui prévalut. La désignation du tuteur doit donc précéder la désignation de l'héritier.

Sanction.

Si une de ces conditions n'était pas observée, la désignation du tuteur était nulle primitivement.

Confirmation par le magistrat.

Mais quand l'idée de protection remplaça l'idée de puissance, on fut amené à considérer la désignation du tuteur comme valable, même si une de ces conditions n'avait pas été observée, pourvu qu'elle fût approuvée par le magistrat.

B - La tutelle légitime.

Corrélation entre la succession et la tutelle.

A défaut du tuteur testamentaire, la tutelle est déférée d'après la loi des XII Tables, d'où le nom de tutelle légitime, aux héritiers du paterfamilias. Il existe en effet une corrélation marquée entre le droit de succession et le droit de tutelle. C'est ce qu'indique le principe; là où est le profit de la succession, là doit se trouver aussi la charge de la tutelle, ubi est emolumentum successionis, ibi et onus tutelae esse debet. Or, d'après les XII Tables, si le paterfamilias meurt ab intestat, c'est l'agnat le plus proche qui recueille sa succession. Il devait en être de même pour la tutelle. C'est l'agnat le plus proche qui recueille la tutelle.

La tutelle des agnats.

Cependant, si l'agnat le plus proche était une femme, le tuteur était pris dans le degré suivant, car la tutelle était à Rome un munus virile comme en France jusqu'à la loi du 20 Mars 1917. Dans le cas où la femme n'était pas la seule dans le degré qui devait recueillir la succession, c'est aux mâles concourant avec elle à la succession que la tutelle était déférée.

La tutelle ne va qu'aux mâles.

A défaut d'agnat, la tutelle était déférée aux gentiles. La tutelle des gentiles disparut de bonne heure à Rome avec le jus gentilicium. Quant à la tutelle des agnats, elle fut remplacée par la tutelle des cognats, quand Justinien substitua la parenté par le sang à la parenté civile.

La tutelle des gentiles.

Source : BIU Cujas

C - La tutelle déférée par le magistrat, ou tutelle dative.

Apparition de la tutelle dative.

La tutelle déférée par le magistrat fut admise assez tard. Elle fut créée par la loi Atilia, antérieure à 568 de Rome, et, dans les provinces, par la loi Julia et la loi Titia. C'est pour l'impubère qui n'avait pas de tuteur soit légitime, soit testamentaire, qu'elle fut créée en principe. Mais les prudents firent admettre qu'il y avait lieu aussi à tutelle déférée par le magistrat, toutes les fois qu'il y avait espérance à l'ouverture d'une tutelle testamentaire. Par exemple, le paterfamilias a désigné un tuteur pour son fils dans son testament à terme ou sous condition. Il y avait aussi un autre cas, utile à connaître, c'est quand l'impubère avait un procès avec son tuteur et, d'une façon plus générale , quand il s'agissait d'un acte dans lequel le tuteur était intéressé. Dans ce cas de tutelle spéciale, le tuteur était appelé tutor praetorius (Gaius,I.184).

Quels magistrats étaient compétents pour nommer un tuteur ?

Magistrats ayant le jus dandi tutoris.

Le droit de nommer un tuteur, jus dandi tutoris, était considéré comme ne rentrant dans les attributions d'aucun magistrat romain. Il fut confié par la loi Atilia au préteur urbain assisté de la majorité des tribuns. Sous Claude, ce droit passa aux consuls; sous Marc Aurèle, à un préteur spécial, le praetor tutelaris; sous Justinien, au préfet de la Ville, pour les enfants de grandes familles.

Dans les provinces, ce fut d'abord le gouverneur de province qui eut le jus dandi tutoris. Plus tard, on conféra ce droit aux magistrats municipaux.

Le jus nominandi tutoris.

Il ne faut pas confondre le jus dandi tutoris avec le jus nominandi tutoris. Le jus nominandi tutoris est le droit de présenter un tuteur à la désignation du magistrat. Fragments du Sinaï, numéro 20. Ce droit appartenait à tous, et même ce droit était pour certaines personnes une obligation. La mère, plus tard les héritiers présomptifs, devaient présenter un tuteur au magistrat, sous peine d'être déchus de leurs droits de succession.

L'esclave affranchi a pour tuteur le patron,

2° Hypothèse: L'esclave impubère est affranchi par son maître. L'affranchi impubère ne peut pas être soumis à la tutelle testamentaire, ni à la tutelle légitime des agnats et des gentiles. La tu-

Source : BIU Cujas

puis ses descendants.

telle sera déférée au patron de l'affranchi, et, après la mort du patron, aux descendants de celui-ci. Cette tutelle était appelée légitime, car elle dérivait de la loi des XII Tables. Les XII Tables appelaient à la succession de l'affranchi son patron et les descendants de celui-ci et, par suite de la règle: où est le profit de la succession, là doit être la charge de la tutelle, la tutelle devait être déférée au patron et à ses descendants.

3° Hypothèse: l'impubère est émancipé par le paterfamilias.

L'émancipé a pour tuteur son patron.

Dans ce cas, il ne peut y avoir ni tuteur testamentaire, ni tutelle légitime des agnats et des gentiles. La tutelle de l'émancipé était déférée à la personne qui avait fait le dernier affranchissement, et qui, à ce titre, était devenue le patron de l'émancipé. Mais il faut avoir soin de distinguer suivant que cette personne était un tiers ou le paterfamilias.

La tutelle fiduciaire.

Si c'est un tiers qu'on appelle alors manumissor extraneus, l'affranchisseur étranger, la tutelle n'est plus légitime comme celle du patron, car elle ne dérive pas de la loi des XII Tables. On l'appelle tutelle fiduciaire, à cause du pacte de fiducie qui accompagnait la troisième mancipation.

La tutelle légitime du père.

Si c'est le père, parens manumissor, la tutelle était qualifiée de légitime, par déférence pour le père qui s'était réservé le dernier affranchissement.

A l'époque de Justinien, la tutelle fiduciaire du manumissor extraneus n'existe plus, puisque c'est le père qui est toujours censé émanciper son fils.

Section II - Fonctions du tuteur.

C'est une matière importante, très juridique, une question classique d'examen.

Le tuteur administre le patrimoine de l'impubère, et l'impubère qui est en tutelle s'appelle le pupille. On dit encore aujourd'hui les pupilles de la nation.

Quand le tuteur voudra procéder à un acte juridique concernant le pupille, comment devra-t-il procéder ? Telle est la question, d'une importance considérable. Pour la résoudre, il est absolument indispensable d'être fixé d'abord sur la capacité juridique exacte du pupille, car ces procédés dépendront de la

Source : BIU Cujas

capacité du pupille. D'où une division naturelle de nos développements.

§ I - Capacité juridique du pupille.
§ 2 - Modes de gestion du tuteur.

§ I - Capacité juridique du pupille.

Dans nos législations modernes, le mineur en tutelle est incapable, et le tuteur agit pour lui dans tous les actes de la vie civile. A Rome, ce système ne pouvait pas être appliqué, parce que, dans une législation aussi formaliste que la législation romaine, il y avait un nombre considérable d'actes juridiques qui ne pouvaient être accomplis que par la personne intéressée elle-même. Aussi les Romains furent-ils forcés de reconnaître au pupille une certaine capacité juridique. Mais ils durent tenir compte, pour déterminer cette capacité juridique, du développement intellectuel du pupille et, à ce point de vue, ils furent amenés dès l'époque classique à distinguer suivant que le pupille est infans, ou infantiae proximus, ou pubertati proximus. Toutefois un auteur italien, Tumedei, dans une monographie intitulée: la distinction postclassique concernant l'état d'infantiae proximus et l'état de pubertati proximus, 1922, suivi par Albertario, Archivio giuridico 1923, p. 352 et s., a soutenu que cette distinction, pour ce qui est de ses deux derniers termes, ne serait pas de l'époque classique, mais serait apparue postérieurement à l'époque classique. Mr. Fliniaux n'hésite pas à maintenir le système traditionnel, car il lui paraît difficile d'admettre l'impureté du texte de Gaius cité plus loin (3, 109).

Les trois états successifs de l'impuberté.

Voyons la capacité juridique du pupille à chacun de ces trois états.

I - L'état inférieur: le pupille infans.

Le mot infans vient de in fari, ne pas parler. Le pupille infans est donc celui qui ne parle pas, donc, juridiquement parlant, celui qui ne peut pas prononcer les paroles solennelles des actes juridiques. La durée de l'infantia primitivement n'était pas déterminée. Plus tard, on admit qu'elle finirait à sept ans.

L'infans n'a aucune capacité.

Quelle est la capacité juridique du pupille infans ? Elle est nulle. L'infans n'a pas l'intelligence.

II - L'état intermédiaire: l'infantiae

Source : BIU Cujas

proximus, le plus proche de l'infantia.

ni l'infantiae proximus.

L'infantiae proximus était aussi incapable que l'infans. Sans doute, il parle; mais, comme nous l'apprend Gaius, 3,109, comme intelligence, il ne diffère pas du furiosus.

III - L'état supérieur: Le pubertati proximus, le plus proche de la puberté.

Le pubertati proximus va avoir une certaine capacité. Voici la formule très importante qui règle et limite sa capacité juridique; Il peut seul rendre sa condition meilleure, mais il ne peut pas seul rendre sa condition pire.

La pubertati proximus et, plus tard, l'infantiae proximus peut seul rendre sa condition meilleure, mais non pire.

Gaius (3,109) nous apprend que, suivant une benignior juris interpretatio, on assimila la capacité de l'infantiae proximus à celle du pubertati proximus. Donc, à partir de cette époque, l'infantiae proximus peut seul rendre sa condition meilleure, mais ne peut seul rendre sa condition pire. Cependant, il subsiste une différence entre les deux états. L'infantiae proximus ne s'oblige pas par ses délits.

Pour le passage de l'infantiae proximitas à la pubertati proximitas, il n'y a pas d'âge fixé. Il est laissé à l'appréciation du juge.

Qu'entend-on, juridiquement parlant, par la formule: rendre sa condition meilleure; rendre sa condition pire ?

Actes rendant la condition meilleure.

Rendre sa condition meilleure, c'est:

1° - acquérir un droit réel quelconque, par exemple un droit de propriété, une servitude.

2° - Acquérir un droit de créance.

3° - Cesser d'être débiteur.

A l'inverse, rendre sa condition pire, c'est:

Actes rendant la condition pire.

1° - Aliéner un droit réel quelconque.

2° - S'obliger.

3° - Cesser d'être créancier.

Prenons des exemples concrets d'actes juridiques pour faire la discrimination.

La mancipation.

1° exemple: la mancipation, mode d'acquérir du droit de propriété. L'acte sera valable, si le pupille joue le rôle d'acquéreur dans l'acte, il sera nul, si le pupille joue le rôle d'aliénateur.

La stipulation.

2° Exemple - Le pupille intervient dans une stipulation. La validité de ce contrat dépendra du rôle joué par le pupille. S'il joue dans la stipulation le rôle de stipulant, de créancier, l'acte est

Source : BIU Cujas

valable, s'il joue le rôle de promettant, de débiteur, l'acte est nul.

3° exemple - L'acceptilatio, ou remise de dette, acte servant à éteindre un droit de créance. Si la remise de dette est consentie au pupille comme débiteur, l'acte est valable; si c'est le pupille qui fait la remise de dette comme créancier, l'acte est nul.

Cela est très simple. Malheureusement, beaucoup d'actes de la vie courante ne peuvent pas se décomposer ainsi. Il y a des actes complexes, qui à la fois rendent la condition d'une personne meilleure et pire. Il est donc impossible pour eux de dire: l'acte est nul, ou l'acte est valable . Prenons des exemples de ces actes complexes.

Les actes complexes.

I° catégorie: les contrats synallagmatiques, c'est-à-dire les contrats qui font naître en même temps des obligations réciproques à la charge des deux parties. Exemple: Le contrat synallagmatique le plus pratique, la vente. Le pupille acheteur devient propriétaire de la chose vendue, mais il doit payer le prix. Le pupille vendeur acquiert le prix, mais il doit livrer la chose.

Les contrats synallagmatiques.

2° catégorie: Certains actes unilatéraux:

a) Le prêt de consommation. Le pupille emprunte une somme d'argent. Il obtient de l'argent, mais il se soumet à l'obligation de rendre l'argent, et, fréquemment aussi, à l'obligation de payer des intérêts. Il rend donc sa condition meilleure et pire à la fois.

Le prêt de consommation.

b) Le paiement d'une dette. Le pupille reçoit le paiement d'une dette. Il s'enrichit, mais il perd son droit de créance.

Le paiement d'une dette.

Que décider, quand le pupille avait fait un de ces actes complexes ? Fallait-il le considérer comme nul ou comme valable ?

Les Romains en principe n'admirent ni la validité, ni la nullité. Ils décomposaient en effet l'acte en ses éléments, le déclarant valable, en tant qu'il rendait meilleure la condition du pupille, le déclarant nul, en tant qu'il rendait sa condition pire. Reprenons les exemples d'actes complexes, pour montrer les résultats auxquels on arrivait avec ce système.

Les Romains décomposent les actes complexes.

1° - Contrats synallagmatiques, par exemple une vente. Supposons d'abord que le pupille joue dans la vente le rôle de vendeur. Il devient créancier du prix, mais il n'est pas tenu de livrer la chose vendue. Il peut intenter une action à l'acheteur en paie-

Contrats synallagmatiques.

Source : BIU Cujas

ment du prix, et l'acheteur ne peut pas intenter une action au pupille en livraison de la chose vendue.

Si le pupille joue le rôle d'acheteur, il devient créancier de la chose vendue, mais il n'est pas tenu de payer le prix.

2° - Actes unilatéraux.

Prêt de consommation.

Le prêt de consommation. Le pupille devient propriétaire des deniers, mais il n'est pas obligé de les restituer.

Paiement.

Le paiement. Le pupille acquiert les deniers qu'on lui donne en paiement, mais il ne perd pas la créance qu'on voulait éteindre en le payant.

Modifications apportées au principe.

Telle est encore la théorie consacrée par Justinien. Institutes, 1.2I, pr. Il n'est pas besoin d'insister pour faire apparaître l'iniquité des résultats auxquels on arrivait par cette dialectique juridique impeccable. Aussi une solution si manifestement contraire à l'équité reçut-elle des modifications. Elles ne sont pas de même nature, suivant qu'il s'agit de contrats synallagmatiques ou d'actes unilatéraux.

Contrats synallagmatiques. Le pupille a le choix entre le maintien ou l'annulation du contrat.

I° - Avant Justinien on décida que dans les contrats synallagmatiques, le pupille aurait le choix entre le maintien ou l'annulation du contrat. Reprenons pour la vente les deux hypothèses.

Il doit exécuter comme son cocontractant.

a - Le pupille joue dans la vente le rôle de vendeur. Si le pupille opte pour la nullité, l'acheteur ne peut le forcer à exécuter le contrat, mais de son côté, il ne peut forcer l'acheteur à le payer. Si le pupille opte pour le maintien du contrat, il peut poursuivre l'exécution, mais son cocontractant peut n'exécuter son obligation que si le pupille offre lui-même d'exécuter la sienne.

b - Le pupille joue le rôle d'acheteur. S'il opte pour la nullité, le vendeur ne peut pas le forcer à exécuter le contrat, à payer le prix; mais le pupille ne peut pas forcer le vendeur à lui livrer la chose vendue. Si le pupille opte pour le maintien du contrat, il ne peut poursuivre l'exécution mais l'autre partie peut n'exécuter que si le pupille exécute lui-même son obligation.

Cependant, d'après ce système, le pupille reste avantagé par rapport au droit commun, car il lui est permis de se dégager du contrat.

Actes unilatéraux.

2° - Dans les actes unilatéraux, les principes du droit civil furent mitigés par la règle

Source : BIU Cujas

d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui.

Le pupille est tenu dans les limites de son enrichissement.

Il en est certainement ainsi pour le paiement. Supposons que le pupille a reçu un paiement. Il acquiert les deniers, mais, d'après le droit civil, il ne perd pas la créance. On décida que le paiement fait par le débiteur au pupille aurait pour effet d'étendre le droit de créance du pupille dans les limites de l'enrichissement de celui-ci, de telle sorte que si le pupille venait à poursuivre le débiteur, ce dernier pourrait lui opposer une exception de dol (Gaius 2, 84; Digeste 46, 3, 15).

La solution, certaine pour le paiement, est discutée pour le prêt fait au pupille.

Pour ce qui est des actes unilatéraux autres que le paiement, par ex. en cas de prêt fait au pupille, la question est aujourd'hui discutée. L'opinion communément admise suivant laquelle le pupille pourrait être poursuivi par une action dans les limites de son enrichissement (condictio sine causa), en vertu d'un rescrit d'Antonin le Pieux, a été critiquée par Albertario qui, dans un article paru dans les Rendiconti dell'Istituto Lombardo, 46 (1913) p. 845 et suiv., a soutenu que le texte au Digeste qui pose le principe général (26,8 frag. 5 pr.) serait interpolé ainsi que tous les autres textes qui donnent la même solution. Mais, avec Ascoli, Mélanges Bonfante, II, p. 684, il nous paraît difficile d'admettre de telles interpolations, car il faudrait aussi reconnaître que la mention faite de ces textes du rescrit d'Antonin le Pieux est l'oeuvre des compilateurs, chose bien invraisemblable.

Les tiers qui contractent avec le pupille sont donc mieux protégés. Cependant ils ne le sont pas entièrement. Ces améliorations n'étaient pas encore satisfaisantes. Aussi, le plus souvent, les tiers ne voulaient traiter avec le pupille qu'avec l'assistance du tuteur.

L'adition d'hérédité est nulle pour le tout si le tuteur n'est pas intervenu.

Dans l'exposé de la capacité juridique du pupille nous avons laissé pour la fin une situation exceptionnelle. Il s'agit d'un acte complexe, mais qui n'est pas traité par les Romains comme les autres. Cet acte, c'est l'adition d'hérédité, l'acceptation d'une succession. Ici encore, il s'agit d'un acte complexe, parce que le pupille héritier acquiert l'actif de la succession et rend ainsi sa condition meilleure, mais est tenu du passif, et rend ainsi sa condition pire. Les Romains ont toujours décidé pour cet acte, à

Source : BIU Cujas

la différence des autres actes complexes, que l'adition d'hérédité par le pupille sans l'intervention du tuteur serait nulle pour le tout. Ils ne décomposent donc pas l'acte en ses deux éléments.

Reste à expliquer cette exception. D'après M. Fliniaux, on peut en donner deux raisons. D'abord, pour les Romains, l'adition d'hérédité n'était pas de son essence même susceptible d'être décomposée dans ses effets. C'est ce qu'on appelle le caractère indivisible de l'adition d'hérédité.

Indivisibilité de l'adition d'hérédité.

D'autre part, l'adition d'hérédité est l'oeuvre de l'héritier seul.

Connaissant toute la théorie romaine de la capacité du pupille, exposons les modes de gestion du tuteur. La question de la capacité du pupille est en quelque sorte une question préjudicielle à la question des modes de gestion du tuteur.

§ 2 - Modes de gestion du tuteur.

C'est une matière très importante pour le droit moderne. Nous allons voir la mise en jeu de grands principes juridiques, nous allons voir apparaître à nouveau l'idée de représentation. Le tuteur aura souvent à intervenir dans la conclusion d'actes juridiques intéressant le pupille. Comment va-t-il procéder ? La législation romaine a connu deux procédés différents.

Les deux procédés de gestion du tuteur.

1° - Le procédé de la praestatio ou interpositio auctoritatis, suivant lequel le tuteur intervient dans l'acte en donnant au pupille son auctoritas, terme éminemment juridique.

2° - Procédé s'opposant en droit au premier : la negotiorum gestio, suivant lequel le tuteur va faire l'acte lui-même pour le compte du pupille.

Reprenons ces deux procédés, en insistant sur les détails de leurs caractères.

I° procédé : la praestatio ou interpositio auctoritatis.

Que faut-il entendre exactement par ce terme : auctoritas tutoris ? L'auctoritas tutoris n'est pas une approbation préalable de l'acte que le pupille va faire, ni une ratification postérieure de l'acte. C'est un complément de capacité apporté au pupille par le tuteur, pour que le pupille puisse traiter directement avec le tiers. En effet, auctoritas (Cf.

Notion de l'auctoritas; c'est un complément de capacité.

Source : BIU Cujas

L' auctoritas doit être pure et simple.

l'auctoritas patrum) vient de augere, augmenter, compléter. Par conséquent, l'auctoritas du tuteur doit être donnée par le tuteur présent au pupille présent, au moment de l'acte. Institutes de Justinien, I, 2I, 2, Pour la même raison, l'auctoritas tutoris doit être donnée sans condition, purement et simplement. Il est probable qu'à l'origine l'auctoritas devait être donnée par le tuteur dans des termes solennels, et supposait la présence du tiers, qui interrogeait le tuteur: auctorne fis ? Donnes-tu ton auctoritas, es-tu auctor ? Et le tuteur répondait: auxtor fio, je suis auctor, je donne mon auctoritas.

La negotiorum gestio.

2° Procédé: la negotiorum gestio.

Par ce procédé, le tuteur fait l'acte lui-même pour le compte du pupille. Il intervient comme le ferait une personne qui gère l'affaire d'autrui (negotiorum gestio, qui est un quasi contrat qui sera étudié en 2° année).

Etait-il indifférent pour le tuteur d'employer l'un ou l'autre procédé ? Non, cela n'était pas indifférent. Ici interviennent les principes du droit.

L'auctoritas n'engage pas le tuteur.

1° - Quand le tuteur fait accomplir l'acte par le pupille, en lui fournissant son auctoritas, c'est sur la tête du pupille que se produiront les conséquences de l'acte. Le tuteur pourra bien être responsable vis à vis du pupille pour avoir donné mal à propos son auctoritas. Mais en droit, il ne s'engage pas envers le tiers. D'où le brocard: qui auctor est se non obligat, celui qui donne son auctoritas ne s'oblige pas lui-même.

Par la negotiorum gestio l'acte produit ses effets sur la tête du tuteur.

2° - Au contraire, si c'est par la negotiorum gestio que procède le tuteur, s'il fait l'acte lui-même pour le compte du pupille, c'est le tuteur qui va devenir propriétaire, ou créancier, ou débiteur. C'est sur sa tête que vont se poser les conséquences de l'acte. Cela veut dire, pour employer un langage juridique plus moderne que nous avons déjà rencontré, que les Romains, en matière de tutelle, ne connaissaient pas le principe de la représentation parfaite, à la différence du Code civil français, d'après lequel le tuteur représente le mineur dans les actes de la vie civile (article 450). Aujourd'hui, quand le tuteur passe un acte pour le compte du pupille, les conséquences de l'acte prennent naissance immédiatement sur la tête du pupille, sans jamais passer, même un instant de raison, sur la tête du tuteur. Les Romains

Source : BIU Cujas

au contraire n'ont connu que la représentation imparfaite.

Par conséquent, voici les résultats pratiques de la negotiorum gestio: à la fin de la tutelle, il fallait que le tuteur transférât sur la tête du pupille les droits découlant de l'acte qu'il avait passé seul pour le compte du pupille. D'autre part, si le tuteur avait payé une dette du pupille sur sa fortune personnelle, il fallait que le pupille l'indemnisât à la fin de la tutelle. Tel est le principe du droit romain primitif. Il exclut la représentation parfaite. Mais un tempérament a été apporté, en vue de pallier le principe de la non-représentation parfaite. Dès le IIe siècle de l'ère chrétienne, ou seulement à l'époque de Justinien d'après certains auteurs (Solazzi) pour lesquels les textes du Digeste sont interpolés, on a admis que, à la fin de la tutelle, toutes les actions qui avaient pris naissance dans les actes faits par le tuteur pour le compte du pupille passeraient sur la tête du pupille, à titre d'actions utiles. Comme en matière de représentation judiciaire, c'est donc par un artifice de procédure, qu'on est arrivé à pallier en matière de tutelle les inconvénients de la non-représentation parfaite.

On fait passer les actions, comme actions utiles, sur la tête du pupille.

Une question se pose: le tuteur peut-il indistinctement employer l'un ou l'autre procédé ? Non. Il n'a pas toujours le choix entre les deux procédés.

L'emploi du procédé de la praestatio auctoritatis n'est pas pssible, quand le pupille est absent, ni quand il est encore infans. En effet, la présence du pupille est nécessaire à l'acte, et il faut qu'il puisse parler. Il est impossible d'employer le procédé de l'auctoritas, car la capacité de l'infans est nulle. Or on ne peut pas compléter une chose qui n'existe pas.

L'auctoritas est impossible si le pupille est absent ou infans.

D'autre part, le deuxième procédé, la negotiorum gestio, ne pouvait pas être employé pour les actes qui ne pouvaient être faits que par la personne intéressée elle-même. Ces actes sont: l'adition d'hérédité, la legis actio, la mancipatio et l'in jure cessio, ces deux derniers étant des modes d'acquérir la propriété du droit civil. Donc quand le pupille était absent ou infans, et qu'on voulait accomplir un de ces actes, il était impossible d'employer ni l'un ni l'autre procédé. Pour le pupille absent, on peut toutefois

La negotiorum gestio est impossible pour les actes personnels.

Source : BIU Cujas

le faire revenir, à moins qu'il ne soit captif à l'étranger. Pour le pupille infans, il n'y a rien à faire. Or, il peut arriver que l'acte juridique ne soit plus possible, quand le pupille sera sorti de l'infantia. La législation romaine a trouvé des correctifs, c'est ce que nous allons voir en passant en revue les actes qui exigent l'intervention de la personne intéressée.

L'adition d'une hérédité autre que celle du paterfamilias.

1° - L'adition d'hérédité. S'il s'agit de l'hérédité de son père, l'enfant avait la qualité d'heres suus, d'héritier sien. Il n'avait donc pas besoin de faire adition d'hérédité. Dans ce cas la question ne se posait pas. Mais dans le cas où le pupille reçoit une succession d'une autre personne, voici le biais qu'on a employé. Le tuteur donnait l'ordre à un esclave du pupille de faire l'adition pour le compte du pupille. Digeste, 29.2.50.

La représentation est admise pour les successions prétoriennes.

Plus tard, la difficulté fut entièrement levée, quand le préteur eut admis le système des bonorum possessiones, c'est-à-dire des successions du droit prétorien. Quand le pupille pouvait invoquer une succession de droit prétorien, on admettait que le tuteur pouvait demander pour son pupille la bonorum possessio.

Enfin les empereurs du Bas-Empire finirent par appliquer à la succession du droit civil les règles dégagées pour la succession du droit prétorien. A la fin du droit romain, la difficulté était donc complètement écartée pour l'adition d'hérédité.

On peut lege agere pro tutela.

2° - La legis actio. Ici s'applique le principe: Nemo alieno nomine lege agere potest. Donc le principe de la représentation judiciaire est exclu. Il est impossible à l'infans de lege agere. Mais Justinien nous apprend dans ses Institutes que, exceptionnellement, il y avait déjà, du temps des legis actiones, des hypothèses où on pouvait, par dérogation au principe général, lege agere pour autrui. On pouvait notamment lege agere pro tutela. Le tuteur pouvait agir en justice pour le compte du pupille.

Sous la procédure formulaire, la représentation judiciaire est reconnue. Il n'y a plus de difficulté

3° - La mancipation et l'in jure cessio. C'est une question difficile parce que mettant en jeu à la fois les principes du droit des personnes et du droit des choses. Ce sont deux modes d'acquisition du

Source : BIU Cujas

droit de propriété quiritaire, et ces deux procédés exigent l'un et l'autre l'oeuvre exclusive de la personne intéressée. Que faire, si le pupille est infans ? Il faut avec soin distinguer deux hypothèses. Ces actes interviennent pour aliéner un bien; ils interviennent pour faire acquérir un bien.

L'aliénation par mancipation ou in jure cessio.

I° Hypothèse: aliénation d'un bien. Gérardin (Nouv. Rev. hist. 1889 p. I et ss.) a conjecturé que, à l'origine, le tuteur avait le pouvoir d'aliéner lui-même. Il tire argument d'un passage de Gaius, 2,64, relatif au curateur du fou. C'est l'idée de potestas qui doit logiquement conduire à reconnaître au tuteur le pouvoir d'aliéner.

Mais à l'époque classique, où l'idée de puissance est remplacée par l'idée de protection, ce pouvoir d'aliéner n'appartient plus au tuteur. Mais alors le tuteur (la question est à cheval sur le droit des personnes et sur le droit des choses) peut recourir à une autre forme d'aliénation que la mancipation et l'in jure cessio. Cette autre forme d'aliénation, c'est la tradition que le tuteur fera par la negotiorum gestio. Le tuteur peut alors de cette façon faire devenir le tiers propriétaire.

Le tuteur peut faire la tradition.

2° hypothèse: Acquisition d'un bien. L'emploi de la mancipation et de l'in jure cessio est impossible, mais encore ici, on emploie la tradition. Nous voyons même, dans ce cas de tradition, les Romains reconnaître exceptionnellement le principe moderne de la représentation parfaite. C'est que la tradition, mode d'acquisition de la propriété, implique expressément un transfert de possession. Or, les Romains ont permis d'acquérir la possession par l'intermédiaire d'autrui. Nous renvoyons à la théorie de la possession: l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'autrui.

La tradition peut faire acquérir la propriété alieno nomine.

Problème de l'ancienneté respective de l'auctoritas et de la negotiorum gestio.

Dernière question: De ces deux procédés, la negotiorum gestio et la praestatio auctoritatis, quel est le plus ancien ?

La negotiorum gestio est plus ancienne.

Il est certain que c'est le système de la praestatio auctoritatis qui est le plus original. De là à dire qu'il est le plus ancien, il n'y a qu'un pas. Les auteurs l'ont franchi. Est-ce exact ? Mr. Fliniaux croit que non, et il se rallie entièrement à l'opinion de Gérardin, Nouvelle Revue historique, 1889, page I et suivantes. Dans cet article, Gérardin a soutenu que c'était la negotiorum gestio qui devait être la plus ancienne. Voici la raison principale qu'il donne.

Source : BIU Cujas

Il serait difficile autrement de concevoir comment la tutelle a pu être primitivement une potestas, car si la praestatio auctoritatis était la plus ancienne, le tuteur aurait été sous la dépendance du pupille.

Section III - Pouvoirs du tuteur.

A l'origine le tuteur est loco domini.

Au début, les pouvoirs du tuteur étaient fort étendus, étant donné l'idée de puissance qui était à l'origine même de l'institution de la tutelle. Le tuteur est considéré comme un propriétaire par rapport aux biens du pupille, loco domini. Mais à mesure que l'idée de protection se fait sentir, les pouvoirs du tuteur reçoivent des atténuations des restrictions.

Restrictions à ses pouvoirs.

Les donations lui sont interdites.

I° - L'ancien droit civil défendit au tuteur les donations sur les biens du pupille. Il permit cependant les affranchissements par le procédé de la praestatio auctoritatis. Mais l'esclave affranchi ne pouvait conserver son pécule, car cela aurait été proprement une donation. Quant aux actes à titre onéreux, il admettait leur validité, mais à condition que le tuteur les ait passés bona fide, dans l'intérêt du pupille.

L'oratio Severi de 195 lui défend d'aliéner certains immeubles,

2° - Un sénatusconsulte rendu sur la proposition de Septime Sévère, appelé l'oratio Severi (le sénatusconsulte se confondait avec la proposition même de l'empereur) de 195 défendit au tuteur l'aliénation des immeubles bâtis à la campagne ou dans la banlieue de Rome. Ce sont les praedia rustica vel suburbana. La sanction de cette prohibition était la nullité absolue de l'aliénation.

Cependant les aliénations étaient permises exceptionnellement dans certains cas.

Sauf certaines exceptions.

a) - Quand elle avait été autorisée par le testament de la personne qui avait donné l'immeuble au pupille.

b) - Quand l'aliénation était forcée, par exemple sur la poursuite d'un créancier hypothécaire, et en cas de licitation d'un immeuble, c'est-à-dire de vente forcée d'un immeuble qui appartient à plusieurs copropriétaires, lorsque l'immeuble ne peut être partagé sans dépréciation.

c) - Quand l'aliénation était nécessaire pour payer les dettes du pupille, et cela avec l'autorisation du magistrat.

Constantin étendit ces restrictions aux immeubles urbains, praedia urbana, et aussi aux meubles

Source : BIU Cujas

précieux.

Section IV - Responsabilité du tuteur.

Mesures prises contre le tuteur.

Primitivement, le tuteur n'était soumis à aucune obligation, pas même à celle de restituer les biens du pupille, à la fin de la tutelle. C'est l'idée de potestas. Mais d'assez bonne heure, on prit des mesures contre le tuteur. Deux de ces mesures remontent à la loi des XII Tables, la troisième est plus récente.

Le crimen suspecti tutoris.

Ière mesure. Le crimen suspecti tutoris.

Cette mesure remonte à la loi des XII Tables, ainsi que nous l'apprend le Digeste, 26,10, 1,2. Comme son nom l'indique, c'est une poursuite publique intentée contre le tuteur, qui mésusait de ses pouvoirs, et tendant à sa destitution. Le magistrat compétent pour prononcer la destitution était le préteur.

Sa portée

Il semble bien qu'on ait récemment soutenu le contraire (René Laprat), qu'une telle poursuite ne pouvait avoir lieu contre le tuteur légitime, qu'à l'origine elle était seulement dirigée contre le tuteur testamentaire, puis fut étendue, à partir de la loi Atilia, au tuteur datif. Sur le crimen suspecti tutoris, lire la thèse récente des plus importantes de Mr. René Laprat. Le crimen suspecti tutoris, Nancy 1926, et le compte-rendu de cet ouvrage par Kaden, Revue de la Fondation Savigny, 1928, page 699. Pas plus que Kaden, Mr. Fliniaux n'accepte la thèse de l'auteur en ce qui concerne l'exercice possible de la poursuite contre le tuteur légitime.

2ème mesure: l'actio rationibus distrahendis.

L'actio rationibus distrahendis.

Cette mesure remonte également aux XII Tables. C'était une action délictuelle, donnée contre le tuteur qui avait commis des détournements au sujet des biens du pupille. Il n'était pas possible dans cette hypothèse d'intenter l'action de vol. L'actio rationibus distrahendis, qui était un succédané de l'action de vol, tendait à condamner le tuteur au double de la somme détournée. Etant une action pénale, elle n'était pas donnée contre les héritiers du tuteur.

Elle paraît s'exercer au cours de la tutelle.

Pour la quasi-unanimité des auteurs, cette action était donnée au pupille contre le tuteur à la fin de la tutelle. Mais pour les auteurs italiens récents (ce sont surtout des auteurs italiens qui ont étudié récemment les incapacités de fait en droit romain): M. Solazzi, dans deux articles très importants:

Source : BIU Cujas

Sur l'actio rationibus distrahendis, Rendiconti de l'Institut Lombard; 1917, page 178, et " Entre l'actio rationibus distrahendis et l'actio tutelae ", même revue, 1920, page 130, suivi par M. Arangio Ruiz, Cours des Institutions de droit romain, 1923 tome II, page 254, l'actio rationibus distrahendis aurait pu aussi être intentée contre le tuteur au cours de la tutelle, et ce serait même, pour ces auteurs, sa principale utilité. Notre action aurait joué d'après eux, en ce qui concerne le tuteur légitime, auquel elle se serait seulement appliquée, un rôle analogue à celui du crimen suspecti tutoris vis-à-vis des autres auteurs.

Sens du mot distrahere.

En dehors des arguments de M. Solazzi, repris par M. Arangio Ruiz insistons sur un argument de M. Arangio Ruiz. Il fait remarquer que cette façon de concevoir l'actio rationibus distrahendis permet très bien d'expliquer le nom même de notre action, qui jusqu'à présent est resté des plus mystérieux. Les auteurs déclarent qu'il s'agit d'un règlement de comptes; mais rendre des comptes se dit rationes reddere, et non distrahere, qui veut dire enlever. Voici l'interprétation que donne M. Arangio Ruiz à l'actio rationibus distrahendis: c'est l'action par laquelle on enlève au tuteur les comptes de l'administration de la tutelle. On peut donc agir au cours de la tutelle.

3° mesure: L'actio tutelae.

A la fin de la République, les deux mesures précédentes, qui remontaient aux XII Tables, ont paru insuffisantes. Principalement l'actio rationibus distrahendis, étant une action pénale, ne passait pas aux héritiers. Aussi a-t-on créé une autre action en responsabilité du tuteur: l'actio tutelae directa, en reddition de comptes, reddere rationes, de la part du tuteur. C'est l'action qui oblige le tuteur à restituer au pupille ses biens, et à réparer les fautes et les négligences dont il s'est rendu coupable dans l'administration des biens du pupille pendant la tutelle.

L'actio tutalae directa.

Le tuteur est tenu de sa culpa levis in concreto.

On tenait le tuteur comme responsable, quand il avait commis dans la gestion de la tutelle des fautes qu'il n'avait pas l'habitude de commettre dans la gestion de ses propres affaires. C'est l'idée qu'on exprime en disant que le tuteur est tenu de sa culpa in concreto, de sa faute appréciée d'une manière concrète, et non d'après le type idéal du bon père de famille, culpa levis in abstracto.

C'est une

L'actio tutelae directa était une action de

Source : BIU Cujas

action de bonne foi.

bonne foi. Elle a dû exister dès le début de la procédure formulaire. Elle est comprise parmi les actions de bonne foi dans l'énumération que donne de ces actions le jurisconsulte Quintus Mucius Scaevola à la fin de la République, liste rapportée par Cicéron De officiis, 3, I7; 70.

L'actio tutelae contraria.

Dans la création de cette action, on n'avait eu en vue que de protéger le pupille. On créa ensuite, comme pendant de cette action, une action au profit du tuteur contre le pupille, pour le remboursement des avances qu'il a pu faire en faveur du pupille. Cette action est importante à cause du système de la non représentation. Elle s'appelle actio tutelae contraria.

L'actio tutelae contraria n'a pas reçu de modifications au cours de la législation romaine. Il n'en est pas de même pour l'actio tutelae directa, celle qui sanctionne la responsabilité du tuteur. Quelles sont ces modifications?

Modifications apportées à l'actio tutelae directa.

D'abord une modification que certain inconvénient qui se fit sentir obligea à prendre. Quand le pupille intentait l'actio tutelae directa, il devait prouver la consistance du patrimoine qu'il réclamait. Cette preuve était difficile. C'est à cette idée que se rattache l'innovation suivante: l'obligation imposée au tuteur, au moment de son entrée en charge, de faire un inventaire des biens du pupille devant un tabularius.

L'obligation de faire inventaire.

Autre obligation se rapportant à un autre inconvénient. L'actio tutelae directa était une action personnelle. En conséquence, le pupille pouvait se heurter à l'insolvabilité du tuteur. On chercha donc à garantir cette action appartenant au pupille et à lui donner des sûretés. On voit intervenir le même procédé que pour garantir l'actio rei uxoria. On admit que le pupille aurait un privilegium inter personales actiones, qui lui permettrait de se faire payer avant les créanciers chirographaires, mais pas avant les créanciers hypothécaires.

Garanties données au pupille.

Le privilegium.

Constantin, suivant la même évolution que pour les garanties de l'actio rei uxoriae, remplaça ce privilegium inter personales actiones par une hypothèque tacite sur les biens du tuteur, prenant rang du jour du commencement de la tutelle. C'est l'origine de l'hypothèque légale du mineur sur les biens du tuteur art. 2. I2I du Code civil.

l'hypothèque légale.

Il y a eu aussi d'autres garanties dérivant soit de la satisdatio rem pupilli salvam fore,

Source : BIU Cujas

soit de l'action dite subsidiaire.

La satisdatio rem pupilli salvam fore.

La satisdatio rem pupilli salvam fore.

C'est une promesse faite par le tuteur de garder intacte la fortune du pupille, la promesse que le patrimoine du pupille sera sauf. Cette promesse était garantie par des cautions, fide jusseurs, d'où son nom de satisdatio, et elle était faite par le moyen d'une stipulation faite au pupille lui-même par le tuteur, quand le pupille était sorti de l'infantia. Si le pupille était infans, la stipulation était faite, soit à un esclave du pupille, soit à un esclave public, servus publicus, l'un et l'autre étant considérés comme représentant le pupille. En effet, la stipulation exigeant une demande et une réponse, l'infans ne peut pas faire la demande, et recevoir la réponse.

Cas du pupille infans.

Tuteurs dispensés de la satisdatio.

Le tuteur testamentaire était dispensé de la satisdatio, ainsi que les tuteurs nommés par le magistrat après enquête.

Cette satisdatio permettait au pupille, à la fin de la tutelle, de réclamer au tuteur et à ses héritiers le montant même de l'actio tutelae directa.

De quelle époque date la satisdatio rem pupilli salvam fore?

Justinien rattache son introduction au changement de mode de nomination des tuteurs. Elle date donc probablement de Claude. Ce sont les magistrats municipaux qui devaient veiller à ce que la satisdatio fût fournie.

Date d'apparition.

Quelques mots sur l'action subsidiaire.

L'actio subsidiaria remonte à un sénatus-consulte du temps de Trajan. Elle était donnée au pupille contre les magistrats municipaux qui n'avaient pas exigé la satisdatio rem pupilli salvam fore ou avaient accepté des fidejusseurs insolvables.

L'action subsidiaire.

Tel est l'ensemble des mesures destinées à assurer la responsabilité du tuteur. Mais pour que la responsabilité du tuteur soit mise en jeu, il faut que le tuteur ait géré la tutelle. Si le tuteur n'avait pas géré la tutelle, ne s'était pas immiscé dans la gestion de la tutelle, il échappait originairement à toute responsabilité en vertu du principe de l'ancien droit, d'après lequel on n'était responsable que pour ses actes positifs, les actes de commission par opposition aux actes d'omission. Nous retrouverons cette distinction en seconde année dans la théo-

Irresponsabilité primitive des tuteurs ne gérant pas la tutelle.

Source : BIU Cujas

rie des obligations.

Mais cette irresponsabilité du tuteur n'ayant pas géré la tutelle ne dura pas pendant tout le cours de la législation romaine. On arriva à rendre le tuteur responsable, même quand il n'avait pas géré la tutelle.

Pendant une certaine période de la législation romaine, exactement jusqu'à la réforme de Claude sur les tuteurs nommés par le magistrat, le tuteur était seulement responsable quand il avait géré la tutelle. Pour que l'actio tutelae directa puisse être intentée, il faut que le tuteur se soit réellement immiscé dans la gestion de la tutelle, sans cela, il n'encourt aucune responsabilité.

Cette situation changea à une époque concomitante à la réforme de Claude. Cette réforme eut pour résultat de rendre les consuls compétents pour la désignation des tuteurs déférés par le magistrat. Les consuls s'occupèrent alors de forcer tous les tuteurs sans distinction, aussi bien les tuteurs légitimes et testamentaires que les tuteurs désignés par le magistrat, à sortir de leur inaction, qui les empêchait d'être considérés comme responsables, de les forcer à faire des actes de gestion, après lesquels ils seraient tenus, d'après le droit commun, de l'actio tutelae directa.

Les consuls forcent les tuteurs à gérer.

Pour atteindre ce résultat, les consuls paraissent avoir recouru d'abord aux modes ordinaires de contrainte réprimant la désobéissance de leurs ordres, amendes, prises de gages, Digeste, 26.7.I. pr. Mais avant de passer à ces mesures de contrainte, les consuls prirent l'habitude de prendre une décision théorique, consistant à déclarer que, désormais, le tuteur resterait inactif à ses risques et périls, periculo suo cessare.

Ils déclarent que le tuteur suo periculo cessat.

Plus tard le préteur urbain intervint pour sanctionner la déclaration des consuls. Il promit dans son édit qu'il donnerait une action tutelae utile contre les tuteurs de quibuc consules decreverunt periculo suo cessare, au sujet desquels les consuls auront décidé que dorénavant ils resteraient inactifs à leurs risques et périls.

Le préteur urbain donne une action tutelae utile

Quelle a été la conséquence de ce nouveau régime?

Jusque là, les tuteurs qui croyaient avoir de justes raisons de décliner latutelle, qui pouvaient par conséquent invoquer de justes causes d'ex-

Source : BIU Cujas

cuses, n'avaient pas besoin d'invoquer leur dispense. Pour échapper à toute responsabilité, ils n'avaient qu'à ne pas gérer. Mais du jour où on leur imposa indirectement l'obligation de gérer, ils eurent intérêt à faire valoir leurs causes d'excuses. Ils avaient un procédé très simple, quand ils avaient été nommés par un magistrat. C'était, comme toutes les personnes auxquelles le magistrat imposait une munus publicum, de faire appel devant le magistrat qui était le supérieur de celui qui leur avait impose ce munus. Or le magistrat au-dessus du consul, c'est l'empereur. Ce moyen semble bien en effet avoir fonctionné pour les tuteurs désignés par le magistrat . Mais il était impraticable pour les autres tuteurs, testamentaires et légitimes. On imagina alors un autre système, qui s'étendit ensuite même aux tuteurs désignés par le magistrat. On fit appel devant le prince de la décision par laquelle les consuls avaient déclaré que désormais le tuteur resterait inactif à ses risques et périls, et cet appel était fondé sur l'existence d'une cause d'excuse.

Les excuses doivent être invoquées.

L'appel devant le prince.

Tel est le système qui se constitua par contre coup de l'obligation de gérer. Ce système fut remanié sous Marc Aurèle, et cette réforme semble, ici encore, concomitante à la réforme relative aux magistrats chargés de nommer les tuteurs, à lacréation du praetor tutelaris. Voici le dernier système, beaucoup plus pratique que le précédent. Le tuteur est considéré comme cessant de gérer à ses risques et périls, lorsque dans un certain délai, fixé à 50 jours, il n'aura pas invoqué d'excuse. Digeste, 26.7.I.I. Fragments du Vatican § I55 et I56. Passé ce délai de 50 jours, si le tuteur gère, il est tenu de l'actio tutelae directa; s'il est inactif, il est tenu de l'actio tutelae directa donnée à titre utile.

Depuis Marc Aurèle, le tuteur doit invoquer les excuses dans les 50 jours.

Section V - Extinction de la tutelle.

La tutelle peut s'éteindre, soit du côt du pupille, ex parte pupilli, soit du côté du tuteur, ex parte tutoris.

I° - Du côté du pupille, quand le pupil devient pubère, quand il meurt, ou qu'il subit une capitis deminutio.

Causes d'extinction de la tutelle.

Source : BIU Cujas

2° - Du côté du tuteur. Il en sera ainsi, mais d'une façon relative, c'est-à-dire qu'il y aura seulement lieu à remplacement du tuteur ancien par un tuteur nouveau, et à reddition de comptes: quand le tuteur meurt, qu'il subit une capitis deminutio media ou maxima, qu'il est destitué à la suite de crimen suspecti tutoris, enfin pour cause d'admission d'une excuse permanente.

II - La curatelle.

Cas de nomination d'un curateur à un impubère.

La tutelle n'était pas la seule mesure de protection à l'égard des impubères à Rome. Dans des cas particuliers, un curateur pouvait être donné à un impubère. Dans les sources de l'époque de Justinien, principalement, Institutes I.23.5, le nom de curator pupilli, curator impuberis, est donné assez fréquemment à un remplaçant du tuteur, nommé par le magistrat dans le cas d'incapacité juridique du tuteur légitime; d'absence, de rélégation, ou de maladie du titulaire de la tutelle, qu'il s'agisse de tuteur légitime, testamentaire ou datif. Mais en réalité, comme l'a soutenu Mr. Solazzi, Curator impuberis, Rome 1917, il semble bien que, lorsque l'absence avait lieu rei publicae causa, et que la rélégation ou lamaladie se prolongeait, le droit classique prescrivait la nomination d'un tuteur, et non d'un curateur: tutor praetorius, destiné à donner l'auctoritas. Seulement en cas d'empêchement passager du tuteur, par exemple l'admission d'une excuse temporaire, D.26.5.16, était admise à l'époque classique la nomination d'un curateur adjoint, curator adjunctus, lequel administrait pour le compte du tuteur lui-même, en laissant intacte la responsabilité de celui-ci vis-à-vis du pupille.

III - la restitutio in integrum ob aetatem.

A la fin de la législation romaine, fut étendue au pupille la protection de l'in integrum restitutio ob aetatem, en raison de l'âge, que le préteur avait d'abord imaginée, nous le verrons, en faveur du mineur de 25 ans. Dorénavant, le pupille qui se prétend lésé par un acte accompli, soit par lui-même avec ou sans l'assistance de son tuteur, soit par le tuteur lui-même, peut obtenir du préteur qu'un tel acte constitutif d'une liaison soit considéré comme non

Source : BIU Cujas

avenu. Le préteur remettait les choses en l'état où elles étaient avant l'acte constitutif de lésion. Il s'agit là d'une réforme des plus importantes pour le droit français moderne. C'est l'origine directe de la rescision des actes du mineur pour cause de lésion.

Chapître II.

LES MINEURS DE 25 ANS.

Nécessité d'une protection des mineurs de 25 ans.

Primitivement, dans la législation romaine, dès que le citoyen était pubère, il était considéré comme pleinement capable. Ce système se révèla peu satisfaisant. On n'a pas nécessairement l'aptitude de faire des actes juridiques, quand on a l'aptitude de porter les armes. Aussi fut-on obligé de prendre des mesures de protection en faveur des mineurs de 25 ans.

Dans ces mesures il y a trois phases à distinguer.

I° phase; La loi Plaetoria.
2° phase: Le droit prétorien.
3° phase: Le droit impérial.

I° phase; la loi Plaetoria.

Date de la loi Plaetoria.

Cette loi est certainement antérieure au début du système de la procédure formulaire. Plaute, mort en 570 de Rome, y fait allusion dans son Pseudulus, le menteur (Acte I, sc. 3, vers 69: " je suis mort: la loi des mineurs de 25 ans m'a perdu. Tous craignent de contracter avec moi."

Cette loi édicta des mesures de protection en faveur du mineur circumscriptus, c'est-à-dire trompé par un tiers.

La sanction.

Mais quelle était exactement la sanction de la loi Plaetoria?

Le problème est discuté entre les interprètes du droit romain. Un point est certain, c'est que cette loi était ce qu'on appelle une lex minus quam perfecta, c'est-à-dire une loi qui ne déclarait pas nul l'acte juridique fait contrairement à ses dispositions. Mias ce point étant universellement admis, commencent les divergences. Il y a deux grandes théories.

C'est une lex minus quam perfecta.

D'après une première théorie soutenue

Source : BIU Cujas

par la majorité des romanistes, notamment par Girard, la loi Plaetoria aurait été sanctionnée par deux actions. L'une, action pénale publique, tendant à faire punir d'une amende le tiers qui aurait circonvenu le mineur, et entraînant certaines déchéances accessoires, comme l'exclusion du Sénat municipal. L'autre, action de droit privé, permettant au mineur circonvenu d'obtenir la restitution du simple ou d'un multiple de la prestation faite en exécution de l'acte juridique dans le quel il a été trompé.

L'action pénale publique et l'action de droit privé.

En faveur de cette théorie, on invoque plusieurs arguments de textes:

Textes invoqués en faveur de cette théorie.

I° - Un passage du De natura deorum de Cicéron 3,30,74, dans lequel Cicéron appelle l'action de la loi Plaetoria un judicium publicum rei privatae, une action publique relative à une affaire privée.

2° - Un passage de la loi Julia municipalis, lignes III et II2, textes de Girard, page 87, passage où cette loi donne laliste de ceux qui sont exclus du Sénat municipal. Ce passage semble bien distinguer les deux actions.

Théorie de Girard.

I° - Quisve lege Plaetoria.

2° - Ob eamve rem quod adversus eam legem fecit fecerit condemnatus est erit, celui qui a été ou sera condamné en vertu de la loi Plaetoria ou parce qu'il a fait ou aura fait quelque chose de contraire à cette loi. La dernière alternative se référait à l'action de droit privé.

2° - L'affirmation du fragment, De formula Fabiana, 4, appelé Fragment de Vienne , Textes de Girard, page 458, suivant laquelle l'action de la loi Plaetoria est noxale, ce qui ne peut s'entendre que d'une action pénale de droit privé, car jamais les actions pénales publiques ne revêtent le caractère noxal.

Une seconde théorie a été récemment remise en honneur par Mr. Duquesne, Doyen de la Faculté de Droit de Strasbourg, Mélanges Cornil, I926, tome I, page 2I7. C'est celle que Mr. Fliniaux adopte. D'après cette théorie, la loi Plaetoria n'aurait été sanctionnée que par une seule action, qui était une action pénale de droit privé, tendant à une amende, et pouvant être donnée noxaliter. Le nom de publicum, que lui donne Cicéron, s'expliquerait par son caractère d'action populaire, c'est-à-dire d'action ouverte à toutes personnes, y compris le mineur circumscriptus.

Théorie de M. Duquesne suivie par Mr. Fliniaux.

L'action pénale de droit privée populaire.

Source : BIU Cujas

Mr. Duquesne a réfuté la thèse précédente sur le terrain des textes.

Réfutation des textes invoqués par la 1ère théorie.

1° - Cicéron, De natura deorum. Le judicium publicum rei privatae lege Plaetoria figure dans la partie du texte relative aux actions de droit privé, et non dans lapartie qui concerne les judicia publica.

2° - La loi Julia municipalis. Il est possible d'expliquer l'alternative ouverte par les lignes III et II2 autrement que ne le fait Girard. La loi Julia municipalis a dû tenir compte, et du cas où la loi Plaetoria était applicable par elle-même dans les cités de citoyens romains, et du cas où l'application de cette loi ne résulterait que d'un acte postérieur ayant valeur législative.

3° - Quant au fragment De formula Fabiana, il est en harmonie parfaite avec l'existence d'une seule action, celle-ci étant une action pénale de droit privé.

Pour en terminer avec la loi Plaetoria disons que, d'après un texte de la vie de Marc Aurèle, Vita Marci, IO, attribuée à Julius Capitolinus par l'Histoire Auguste, il aurait été donné au mineur par le préteur , en vertu ou à cause de cette loi, ex lege Plaetoria, un curateur destiné à rassurer les tiers voulant contracter avec lui. A supposer que l"indication fournie par la Vita Marci soit exacte, ce curateur, d'après M. Fliniaux, contrairement à l'opinion de Mrs. Giffard et Collinet dans leur Précis élémentaire, ne peut s'entendre que d'un curateur spécial et temporaire donné au mineur pour passer un acte déterminé.

2° phase - Le droit prétorien.

Trois mesures de protection ont été établies en vue de complèter le système de la loi Plaetoria.

I° Mesure: L'exceptio legis Plaetoriae.

L'exception de la loi Plaetoria.

Le préteur accorda dans son édit une exception, l'exceptio legis Plaetoriae, au mineur circumscriptus, pour lui permettre de repousser l'action, par laquelle le tiers le poursuivrait en exécution de l'acte dans lequel il a été circonvenu. Digeste 44.I.7.I.

2° Mesure de protection: la restitutio in integrum ob aetatem.

Source : BIU Cujas

Protection du mineur non circonvenu.

La loi Plaetoria ne protégeait le mineur que quand il avait été circumscriptus. Le préteur, craignant que le mineur ne fît, en dehors de toute circumscriptio, des actes préjudiciables pour lui, vint à son secours, en lui accordant le bénéfice de la restitutio in integrum, par lequel le préteur va rescinder l'acte, c'est-à-dire remettre les choses dans l'état où elles seraient si l'acte n'avait pas été fait. Ce bénéfice n'est certainement pas antérieur au système de la procédure formulaire.

Conditions de la restitutio in integrum.

Pour obtenir ce bénéfice, il fallait que le mineur le demandât au préteur, qui ne l'accordera jamais hors des conditions prévues par son édit.

1° - Condition. Il fallait d'abord que le mineur ait fait un acte qui lui soit préjudiciable, qu'il ait subi une lésion. Minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam laesus. Le mineur est restitué non en tant que mineur, mais en tant que lésé .

La lésion.

a)- Par lésion, il faut entendre un préjudice imputable à la faiblesse de l'âge du mineur (par exemple, il a acheté un immeuble trop cher, ou il a vendu un immeuble trop bon marché) et non imputable à un cas fortuit, par exemple sa maison a été incendiée.

Conditions de lésion.

Cf. Code Civil, article 1306: Le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorsqu'elle ne résulte que d'un évènement casuel et imprévu.

b) Le mineur sera considéré comme lésé même quand il aura manqué de s'enrichir, parce qu'il aura renoncé à un droit qui ne faisait pas encore partie de son patrimoine, mais qu'il ne dépendait que de lui de faire entrer dans son patrimoine, par exemple une succession.

c) La lésion devait être assez importante. C'est ce que les interprètes du droit romain entendent en disant: De minimis non curat praetor, le préteur ne s'occupe pas des affaires peu importantes.

L'in integrum restitutio est un moyen subsidiaire.

2° Condition. Il fallait que l'acte passé par le mineur fût valable aux yeux de la loi civile. Sans cela, le mineur n'aurait qu'à invoquer la nullité de l'acte suivant le droit civil. L'in integrum restitutio est un moyen de droit subsidiaire.

Elle doit être demandée dans l'année uti-

3° condition. Enfin la restitutio in integrum devait être demandée dans un délai très bref, pendant une année utile après la majorité. On ne tenait pas compte des jours où le magistrat n'avait pas siégé.

"Les Cours de Droit"
3, Place de la Sorbonne, 3
Répétitions Ecrites et Orales
Q

Source : BIU Cujas

le à partir de la majorité.

Justinien substitua à l'année utile un délai de quatre années consécutives continues.

3° mesure de protection: La curatelle.

Cette théorie de la restitutio in integrum ne modifiait pas la capacité du mineur de 25 ans. Celui-ci restait théoriquement capable aux yeux de la loi civile. Mais la perspective de cette restitutio in integrum ne rassurait pas les tiers, constituait pour eux une nouvelle cause de défiance, qui venait s'ajouter à celle dérivant de la loi Plaetoria. Aussi l'usage se maintint, si l'on ajoute foi à la Vita Marci, ou s'établit pour le mineur, de demander au préteur un curateur spécial pour chacun des actes qu'il avait à passer avec un tiers. Mais cette garantie était pour le tiers une garantie de fait. Elle ne pouvait pas être imposée au mineur, et elle n'était pas exclusive de la restitutio in integrum.

L'usage du curateur spécial.

3° phase: Le droit impérial.

I° Modification. La curatelle, de facultative, est devenue forcée; de spéciale, elle est devenue générale.

La curatelle devient forcée et générale.

S'il faut en croire des textes du Digeste et du Code, cette transformation de la curatelle serait déjà entièrement réalisée à l'époque classique. Mais des travaux récents italiens, principalement de Mr. Albertario et de Mr. Solazzi (ajouter à la bibliographie donnée par Girard 8° édition, page 251: Solazzi, Curatores pleni dans les Rendiconti de l'Institut de Venise, Volume LXXV, 1916, page 1602. Un bon exposé des résultats des derniers travaux italiens est donné par Bonfante, Institutions du droit romain, 8° édition, pages 223 et suivantes) ont démontré que presque tous ces textes sont interpolés. A la vérité, la réforme est postérieure à l'époque classique. Elle a été réalisée de Dioclétien à Justinien.

Ces réformes datent du Bas-Empire.

Leurs phases

En voici les différentes phases.

1° - Dans certaines hypothèses, la curatelle spéciale est forcée. Il en est ainsi, quand il s'agit d'actes que les tiers sont contraints de faire avec le mineur: action à intenter contre le mineur, paiement à faire au mineur, compte de tutelle à rendre au mineur.

Cas de curatelle spéciale forcée.

2° - Puis s'établit l'usage d'une curatelle générale. Un curateur fut alors placé d'une manière permanente à côté du mineur, pour administrer le patrimoine de ce dernier. Le curateur jouait alors un rôle analogue à celui du tuteur. Il fait seul les actes,

La curatelle générale.

Source : BIU Cujas

ou il fait procéder le mineur aux actes avec son concours, consensus curatoris.

Cas de reddition du compte de tutelle.

Origine de cette curatelle générale. Le trait d'union entre la curatelle spéciale et la curatelle générale est le cas de reddition du compte de tutelle. Le curateur spécial nommé pour cette reddition de compte fut appelé à employer les deniers et à prendre en mains l'administration générale de la fortune du mineur.

Une fois admis le principe d'une curatelle générale assimilée à la tutelle, les curateurs permanents furent soumis aux mêmes responsabilités que les tuteurs et virent leurs pouvoirs restreints de la même façon.

Le mineur de 25 ans devient incapable.

2° modification, conséquence de la première: le mineur de capable, va devenir incapable.

Rapprochement du consensus curatoris de l'auctoritas tutoris.

Aux yeux de la loi civile, le mineur restait toujours pleinement capable. Quand il faisait un acte avec le consensus curatoris, ce consensus n'était pas un complément de capacité. Il n'était pas autre chose qu'une précaution pour éviter une lésion. Quant aux formes, le consensus curatoris n'a d'ailleurs rien de commun avec l'auctoritas tutoris. Il peut être donné, soit avant l'acte, soit après, par lettre ou par messager. La réforme eut pour objet de rapprocher le consensus curatoris de l'auctoritas tutoris, d'assimiler quant à la capacité le mineur en curatelle à l'impubère en tutelle.

A ce point de vue, on distingua deux sortes de mineurs:

Capacité des mineurs sans curateur.

1° - Les mineurs sans curateur. Ils continuent à être capables, sauf possibilité de la restitutio in integrum, en cas de lésion.

Les mineurs ayant un curateur général sont assimilés aux impubères sortis de l'infantia.

2° - Les mineurs pourvus d'un curateur général, de beaucoup les plus nombreux au Bas-Empire. Ils sont assimilés aux impubères sortis de l'infantia. Ils peuvent faire seuls les actes rendant leur condition meilleure; ils ne peuvent faire les actes rendant leur condition pire qu'avec le consensus curatoris L'acte rendant la condition pire, s'il est passé sans le consensus curatoris, est nul jure civili, et non pas seulement rescindable pour cause de lésion.

Remarquons néanmoins que la restitutio in integrum continua à s'appliquer aux actes faits avec le consensus du curateur.

Telles sont les différentes mesures de protection que la législation romaine a connues en

Source : BIU Cujas

faveur des mineurs de 25 ans. Il faut reconnaître que toutes ces mesures de protection ne suffisaient pas à rehausser le crédit du mineur vis-à-vis des tiers. Aussi les empereurs romains imaginèrent-ils le bénéfice de la venia aetatis, la faculté de faire cesser la minorité avant les 25 ans. Ce bénéfice était accordé par un rescrit du prince, à partir de 20 ans pour l'homme, et à partir de 18 ans pour la femme. En effet, après la disparition de la tutelle perpétuelle des femmes, la curatelle des mineurs de 25 ans fut appliquée aux femmes.

Le bénéfice de la venia aetatis.

Le bénéfice de la venia aetatis, qui a été règlementé par une constitution de Constantin, Code Théodosien, 2.I7.I., faisait cesser la curatelle générale du mineur de 25 ans. Il rendait impossible l'application de la restitutio in integrum pour les actes futurs, et il faisait courir à l'égard des actes passés antérieurement le délai dans lequel la restitutio in integrum devait être demandée.

Le droit français.

Tendance à la fin du droit Romain à assimiler l'impubère et le mineur de 25 ans.

A la fin du droit romain, la condition de l'impubère et celle du mineur de 25 ans se trouvaient rapprochées l'une de l'autre. D'une part la condition du mineur de 25 ans avait fini par être soumise aux mêmes règles que celle de l'impubère, à la distinction des actes rendant la condition meilleure et des actes rendant la condition pire. D'autre part, le bénéfice de la restitutio in integrum en cas de lésion, imaginé pour le mineur de 25 ans, avait été étendu, dès l'époque classique, à l'impubère (1)

---

(1) En Egypte, les papyrus montrent que n'était pas admise la distinction de la tutelle des impubères et de la curatelle des mineurs de 25 ans. Tout individu n'ayant pas encore atteint un certain âge, 18 ans à l'époque romaine, 20 ou 25 ans à l'époque byzantine, recevait un administrateur général et permanent. C'est cette conception hellénistique qui a préparé la combinaison de la tutelle et de la curatelle dans la compilation de Justinien, où la curatelle n'apparaît que comme le prolongement de la tutelle et où le législateur s'efforce d'unifier les règles des deux institutions (Cons. Arangio Ruiz, Istituzioni, 2° édition, p. 464).

Source : BIU Cujas

Assimilation de la tutelle et de la curatelle dans les pays de droit écrit.

Dans les pays de droit écrit, on constate la fusion de la tutelle des impubères et de la curatelle des mineurs de 25 ans. Les Olim (sur ce recueil d'arrêts du Parlement de Paris, voir le Cours d'histoire du droit) emploient dans les arrêts concernant des affaires de pays de droit écrit l'expression tutor vel curator, ce qui prouve l'assimilation de la tutelle et de la curatelle.

D'autre part, la venia aetatis est pratiquée de telle sorte que la tutelle -curatelle cesse très souvent à 20 ans.

Extension aux pays de coutumes.

La tutelle-curatelle romaine s'étendit aux pays de coutumes, qui, pendant longtemps, avaient connu une institution d'origine germanique (ancien mundium germanique, bail et garde du droit féodal). On vit alors apparaître le brocart: tuteur et curateur n'est qu'un ,Loisel, Institutes coutumières, maxime 180.

Le droit intermédiaire.

Le droit révolutionnaire fixa la majorité à 21 ans révolus (loi du 20 Septembre 1792), et le qualificatif de tuteur l'emporta sur celui de curateur.

La représentation du mineur.

Quant aux fonctions du tuteur, dans notre ancien droit s'est développé le principe de la représentation parfaite du mineur par le tuteur.

La tutelle dans le Code Civil.

D'après l'article 450 du Code Civil, le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils. Le tuteur doit donc faire en principe tous les actes intéressant le mineur, à l'exception de certains actes strictement attachés à la personne: mariage, reconnaissance d'enfant naturel, engagement militaire, contrat de mariage, testament. Toutefois, pour les actes les plus importants, le tuteur doit être autorisé par le conseil de famille, et même parfois sera en plus exigée l'homologation du tribunal. Il y a donc deux sortes d'actes:

Distinction des actes.

1° - Les actes que le tuteur peut faire seul, sans formalité. Ce sont les actes d'administration, par exemple le bail.

2° - Les actes que le tuteur ne peut faire qu'avec certaines formalités, par exemple la constitution d'une hypothèque.

Sanctions des règles du Code: la nullité relative.

Supposons que le mineur ait fait seul un acte qu'il ne pouvait faire seul, mais que le tuteur représentant le mineur aurait pu faire seul, sans formalités. Dans ce cas, une action en rescision pour cause de lésion est donnée au mineur. C'est l'ancienne in integrum restitutio du droit romain. L'acte est

Source : BIU Cujas

nul de nullité relative. Articles 1305 et suivants du Code Civil. Cette action est à distinguer de l'action en nullité, également relative, donnée au mineur lorsqu'il a fait seul un acte exigeant l'intervention du tuteur avec formalités. L'acte est nul en la forme, article 1311 du Code Civil. Il n'est pas besoin de prouver la lésion.

Chapître III

LES FOUS.

La curatelle du fou.

Les mesures prises à Rome à l'égard des fous remontent à une époque reculée. Les XII Tables renferment une disposition relative à la curatelle du fou. Nous commencerons à présenter le tableau de la curatelle du fou d'après les XII Tables, puis nous verrons les modifications intervenues dans la législation romaine postérieurement aux XII Tables.

Section I - Les XII Tables.

La potestas sur le furiosus d'après les XII Tables.

La disposition de la loi des XII Tables relative à la curatelle du fo , Table V, loi 7, est ainsi conçue: Si furiosus escit, ast ei custos nec escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto, s'il existe un furiosus, et qu'il n'a pas de gardien, que la puissance sur lui et sur son patrimoine appartienne aux agnats et aux gentiles. Ainsi donc, l'idée fondamentale qu'il faut mettre en lumière pour la curatelle des fous, c'est l'idée de potestas, exprimée par la loi même des XII Tables.

1° question: Quelles sont exactement les personnes soumises à la curatelle ?

Que faut-il entendre par furiosus.

La loi des XII Tables parle simplement du furiosus. Quels fous faut-il entendre par là ? On rencontre parmi les auteurs de nombreuses divergences. De nombreux systèmes ont été édifiés, dont certains veulent appliquer les distinctions de la psychiatrie moderne. Ainsi, pour certains auteurs, notamment Audibert, il faut entendre par là l'aliéné atteint de folie ordinaire, par opposition à l'individu atteint de monomanie. Mais cette opinion est restée isolée. Pour la plupart des auteurs, les furiosi sont les aliénés ayant des intervalles lucides, par opposition

Source : BIU Cujas

aux aliénés atteints de folie continue.

Il s'agit d'un fou quelconque.

D'après Mr. Fliniaux, à l'époque des XII Tables, tous les fous étaient compris dans les furiosi, car dans les civilisations primitives et même aujourd'hui encore dans les pays arriérés, les fous sont considérés comme de véritables possédés. Sur cette conception du furiosus, lire l'ouvrage de Mr. Jobbé-Duval, Les morts malfaisants, 1924, p. 115 et suiv.

La curatelle du fou est légitime.

2° question: A quelles personnes est déférée la curatelle ? Etant une potestas, elle ne pouvait être admise que dans l'intérêt du curateur. Elle est donc déférée, la loi des XII Tables nous l'apprend, aux héritiers présomptifs du fou, agnats et gentiles. C'est donc une curatelle légitime.

Quelles sont les fonctions du curateur ?

Le curateur agit par negotiorum gestio.

Le curateur du fou avait d'abord la garde de sa personne. Pour les biens, il se distingue du tuteur, en ce qu'il n'a à sa disposition qu'un seul procédé, la negotiorum gestio. Il n'y a pas ici praestatio auctoritatis, car de deux choses l'une: ou l'aliéné est fou, alors il n'a aucune personnalité, aucune capacité juridique, et on ne peut pas lui donner un complément de capacité; ou bien il est dans un intervalle lucide, il est alors pleinement capable.

Actes personnels.

Que décider pour les actes ayant un caractère strictement personnel ? Il semble bien que, sous les XII Tables, le curateur pouvait aliéner par les modes civils, la mancipation, l'in jure cessio, les biens du fou. Gaius, 2,64. Cela est parfaitement en harmonie avec l'idée primitive de puissance, comme nous l'avons vu déjà pour le tuteur.

Défaut de responsabilité.

A l'époque des XII Tables, le tuteur n'a aucune responsabilité. C'est la conséquence de l'idée de potestas.

Section II - Modifications apportées à la curatelle du fou depuis les XII Tables.

La curatelle testamentaire et dative.

1° - A côté de la curatelle légitime, on admit une curatelle déférée par le magistrat, et même une curatelle testamentaire. Le magistrat intervient alors dans le domaine jusqu'alors réservé à la famille. Il écarte les agnats incapables d'exercer la tutelle. Il confirme le curateur désigné par le testament du paterfamilias. Enfin il choisit le curateur

Source : BIU Cujas

quand il le faut. A l'époque de Justinien, la curatelle légitime a complètement disparu.

Restrictions aux pouvoirs du curateur.

2° - Les pouvoirs du curateur sont restreints dans la même mesure que ceux du tuteur. On applique au curateur du fou l'oratio Severi de 195, étudiée à propos des impubères.

Responsabilité du curateur du fou.

3° - Enfin fut organisée une responsabilité du curateur du fou, sur le modèle de la responsabilité en matière de tutelle. Mais on ne créa pas ici d'action distincte symétrique à l'actio tutelae. On se contenta d'employer l'actio negotiorum gestorum, qui sanctionne d'une manière générale toute gestion d'affaires. Paul, Digeste, 27,3,4,3.

Chapître IV

LES PRODIGUES.

Les mesures prises à l'égard des prodigues remontent également à la loi des XII Tables. Commençons par étudier ces mesures dans les XII Tables, puis nous exposerons les modifications survenues depuis les XII Tables.

§ I - Les prodigues dans la loi des XII Tables.

L'interdiction du prodigue par les consuls.

Celui qui dissipait les bona paterna avitaque littéralement les biens venant du père et des aïeuls, c'est-à-dire, selon l'opinion dominante, les biens hérités ab intestat (1) était frappé d'interdiction par une décision des consuls. Paul, Sentences, 3,4,7, nous a rapporté la formule d'interdiction: Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico. En raison de ce que tu dilapides par ta prodigalité les biens de ton père et de tes aïeul et que tu conduis tes enfants à la misère, pour cette raison je t'interdis cette chose et le commercium, c'est-à-dire la possibilité de faire des actes juridique relatifs au patrimoine.

---

(1) Pour Solazzi, Mélanges Bonfante, I, p. 61, l'expression bona paterna avitaque viserait tous les biens hérités, aussi bien par testament que ab intestat.

Source : BIU Cujas

La conséquence de l'interdiction était la mise en prodigue en curatelle. Il s'agit encore ici d'une curatelle légitime des agnats et des gentiles, et il était nécessaire qu'intervînt un décret contraire au décret ayant prononcé l'interdiction, pour prononcer la mainlevée de l'interdiction.

La curatelle légitime du prodigue.

On a récemment soutenu (de Visscher et Collinet, Mélanges Cornil 1926) que les deux institutions, la curatelle et l'interdiction, en ce qui concerne le prodigue, devraient être nettement distinguées l'une de l'autre. L'interdiction aurait seule fonctionné pour le prodigue héritier testamentaire, et elle aurait été introduite par la coutume, tandis que la curatelle légitime aurait été créée par la loi des XII Tables , et se serait appliquée au prodigue héritier ab intestat. Mr. Fliniaux estime qu'il n'est pas possible d'admettre ce système, en présence du texte catégorique d'Ulpien, Règles, I2, 2, suivant lequel , d'après les XII Tables, le prodigue cui bonis interdictum est, est placé sous la curatelle de ses agnats.

Distinction prétendue de la curatelle et de l'interdiction.

Réfutation.

Ainsi il y a dans les XII Tables une curatelle du prodigue, comme une curatelle du fou. Notons les différences qui séparent ces deux curatelles.

Comparaison de la curatelle , du prodigue et de celle du fou.

I° différence. L'incapacité du fou est intermittente. Au contraire, celle du prodigue est permanente.

2° différence. L'incapacité du fou est fondée sur le défaut total de la raison, elle est totale. Au contraire l'incapacité du prodigue est limitée et les limites à la capacité du prodigue sont indiquées par la formule d'interdiction: ea re commercioque interdico. Le prodigue est donc incapable de recourir aux modes d'aliéner et de s'obliger, et aussi de tester, du droit de l'époque.

Incapacité du prodigue.

Pour les fonctions du curateur et sa responsabilité, il n'y a pas de différences entre la curatelle du prodigue et celle du fou.

§ 2 - Modifications apportées depuis Les XII Tables.

I° - La Curatelle fut étendue à tous les prodigues.

Modifications postérieures aux XII Tables.

2° - On assimila le prodigue au pupille sorti de l'infantia. Le prodigue interdit est donc

Source : BIU Cujas

capable de rendre seul sa condition meilleure; il ne peut pas seul rendre sa condition pire. On aurait pu croire que le curateur ait pu alors employer le système du consensus curatoris, que nous avons étudié pour le mineur de 25 ans. Il n'en est rien. On utilisa simplement, comme pour le fou, le système de la negotiorum gestio.

Pour l'attribution de la curatelle, les pouvoirs et la responsabilité du curateur, l'évolution a été la même que celle que nous avons enregistrée pour le fou. Un renvoi suffira.

Droit français.

Deux mots sur le droit français.

Le système de l'interdiction passa du prodigue au fou. Article 489 du Code Civil. Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides. Il est bien difficile de déterminer le sens de ces expressions en faisant état des données de la psychiatrie. L'interdit est mis en tutelle, et non en curatelle, et son incapacité est absolue.

L'aliéné interdit est en tutelle.

Incapacité du prodigue.

Quant au prodigue, on lui donne un conseil judiciaire, qui l'assiste dans les actes dépassant sa capacité, article 513. Il lui est défendu de plaider, de transiger, d'emprunter, de recevoir un capital mobilier et d'en donner décharge, d'aliéner ses biens et de les grever d'hypothèques.

Chapître V

LES FEMMES PUBERES.

La femme est en tutelle perpétuelle. Cette tutelle a d'abord été organisée dans l'intérêt de la famille. Elle repose primitivement sur la faiblesse physique de la

La jeune femme sui juris qui sort de la tutelle des impubères à l'âge de 12 ans, ne devient pas pleinement capable; elle va rester en tutelle, et, en principe, cette tutelle durera aussi longtemps que la vie de la femme. La tutelle des femmes existe non seulement en droit romain, mais dans la plupart des droits primitifs, et notamment en droit grec.

A l'origine du droit romain, cette tutelle a été conçue comme une potestas, une puissance organisée dans l'intérêt de la famille, des agnats et des gentiles. Elle repose, disent les textes sur la débilité physique de la femme.

Mais à la fin de la République et au début

Source : BIU Cujas

de l'Empire, ce fondement à perdu toute valeur. Dès lors on parle de la légèreté d'esprit de la femme, Gaius I, I90, mais cette explication ne satisfait déjà plus les esprits. Aussi, dès l'époque classique l'institution de la tutelle des femmes est en complète décadence. Elle n'existe plus au IV° siècle après J.C.

Puis on l'a justifiée par sa légèreté d'esprit.

La tutelle des femmes, conçue comme une puissance, ne s'est pas transformée, comme la tutelle des impubères en institution de protection.

PLAN:

I - Délation de la tutelle.

II - Fonctions du tuteur.

I° - Délation de la tutelle.

La tutelle des femmes est légitime ou testamentaire.

a) - Tutelle légitime; Elle est déférée aux agnats et aux gentiles. Elle disparut au début de l'Empire (loi Claudia).

b) -Tutelle testamentaire. Le paterfamilias qui peut donner un tuteur à ses enfants impubères dans un testament, peut aussi en donner un à sa fille ou à sa femme in manu. Le mari peut aussi conférer à sa femme le droit de choisir entre plusieurs tuteurs (tutor optivus).

II - Fonctions du tuteur.

Comme pour l'impubère, nous étudierons successivement la capacité juridique de la femme pubère et les modes de gestion du tuteur.

§ I - Capacité juridique de la femme pubère.

La femme n'est pas pleinement incapable. Il y a des actes qu'elle peut faire seule bien qu'ils rendent sa condition pire.

La femme n'est pas pleinement incapable, au moins dans la notion de la fin de la République et du début de l'Empire. Sa capacité existe pour certains actes, mais non pas pour d'autres. Mais on ne lui a pas appliqué le principe de la distinction qui a été établi pour les impubères sortis de l'infantia. Il y a, en effet, des actes qui rendent la condition de la femme pire et qu'elle peut faire. Ex: une femme peut aliéner des res nec mancipi. Elle peut aussi prêter des deniers, recevoir un paiement; elle peut plaider quand l'action qu'elle intente est un judicium imperio continens.

Actes que la femme ne peut faire seule

Quelle est donc l'incapacité de la femme? Il n'est pas possible de la traduire en une formule générale: Ulpien, dans ses regulae (II; 27) se contente de nous donner une énumération. La femme est incapa-

Source : BIU Cujas

ble de faire seule les actes suivents:

I°- Lege agere ou intenter un judicium legitimum.

I° - La femme ne peut pas lege agere, ce qu'il faut entendre ici de la juridiction gracieuse (in jure cessio, affranchissement), ni intenter un judicium legitimum.

2° - aliéner une res mancipi.

2° - La femme ne peut aliéner les res mancipi.

3° - Devenir débitrice par un contrat ou faire acceptilatio.

3° - La femme ne peut pas s'obliger, devenir débitrice dans un contrat et, étant créancière, elle ne peut pas faire une remise de dette par le mode de l'acceptilatio.

4° - Se marier.

4° - En ce qui concerne le droit de la famille, la femme sui juris est incapable de se marier sans l'autorisation de son tuteur.

5° - Tester.

5° - Jusqu'à Hadrien elle ne peut tester même avec l'autorisation de son tuteur. D'où l'expédient déjà rencontré de la coemptio fiduciaire.

§ 2 - Modes de gestion du tuteur.

Le tuteur de la femme pubère ne procède jamais par negotiorum gestio. Il donne son auctoritas à la femme pour les actes qu'elle est incapable de faire seule.

LES PERSONNES MORALES.

Nous donnerons des développements substantiels sur cette matière. C'est que le problème de la personnalité morale ou juridique occupe une place importante dans le droit moderne. A côté des personnes physiques, il existe un nombre (qui s'accroit chaque jour), de personnes, dont l'existence, quoique seulement admise par une abstraction, se manifeste néanmoins de la façon la plus vivante. D'une part, il y a des associations de personnes de toute espèce, allant depuis la plus grande association qui existe, la Société des Nations, jusqu'aux sociétés de commerce les plus infimes, en passant par les syndicats. D'autre part, il y a des masses de biens affectées à des buts déterminés, qu'on appelle des fondations.

Les associations et les fondations.

Le problème de la personnalité morale dépasse aujourd'hui de beaucoup le droit privé. Il domine même le droit public. C'est le problème qui est à la base de la conception même de l'Etat.

On ne peut méconnaître l'importance du

Source : BIU Cujas

Importance du droit romain en cette matière.

droit romain en cette matière, surtout au point de vue documentaire. Car, comme le proclamait Saleilles, dans son cours sur lapersonnalité juridique, professé à la Faculté de Paris en I907 - I908, et publié par lui en partie sous le titre: De la personnalité juridique, Histoire et théorie, I° édition, I909; 2° édition, parue après sa mort, I922: " Ce sont les théories des romanistes qui ont servi de base aux principales constructions juridiques admises en matière de personnalité civile." 2° édition, page 45; et on sait combien ces constructions juridiques modernes sont nombreuses. Citons seulement les principales: " Théorie de la fiction, théorie de la réalité, théorie de la propriété collective. Aussi Saleilles a-t-il consacré plusieurs leçons de son cours à l'exposé du droit romain, et nous lui empruntons quelques indications.

Distinction des universitates personarum et des universitates rerum.

Le droit romain, comme le droit moderne, a connu deux grandes catégories de personnes morales, auxquelles les interprètes ont donné les noms d'universitates personarum et d'universitates rerum. Les universitates personarum, ce sont les groupements, les associations de personnes. Les universitates rerum, ce sont des masses de biens affectés à des buts déterminés, ce que nous appelons aujourd'hui les fondations, matière délicate en droit français, qui est en retard sur la plupart des législations en cette matière.

C'est le plan que nous suivrons pour l'exposé de l'institution des personnes morales en droit romain.

SECTION I - Les universitates personarum.

Nous étudierons:

§ I - La classification des universitates personarum.

§ 2 - Leur régime.

§ I - Classification des universitates personarum.

Classification des universitates personarum.

En haut de l'échelle, car il y a une hiérarchie importante, on rencontre l'Etat, res publica, populus. Puis les associations territoriales moindres, comme les civitates, les municipia, les coloniæ ... Puis les associations de particuliers, intéressantes pour le droit privé, en vue de satisfaire des intérêts

Source : BIU Cujas

très variés; societates, collegia, corpora, sodalitia.

Passons en revue les différentes catégories d'intérêts qui déterminent la création de ces associations:

I° - intérêt religieux; collèges de prêtres de l'époque païenne.

2° - Intérêt administratif; decuriae d'appariteurs des magistrats.

3° - Intérêt économique: collèges funéraires, collèges d'artisans.

4° - Intérêt financier, sociétés de publicains, fermiers des impôts.

Les sociétés ordinaires entre particuliers n'avaient pas la personnalité.

Observation des plus importantes, nous ne mentionnons pas les sociétés ordinaires entre particuliers. Elles n'avaient pas la personnalité morale.

§ 2 - Régime des universitates personarum.

Ce régime doit être étudié à deux points de vue différents:

I° point de vue du droit public: c'est la question du droit à l'existence, la question de la liberté d'association.

2° point de vue du droit privé: c'est la question de la capacité juridique des associations.

Evolution du droit romain en matière d'association.

Si on embrasse dans son ensemble le droit romain, on arrive à une double constatation. D'une part, nous assistons à l'évolution régressive des associations, en ce qui concerne leur droit à l'existence. D'autre part, nous assistons à l'évolution progressive des associationsen ce qui touche leur capacité juridique.

La liberté d'association dans le droit primitif.

I - Prenons d'abord le domaine du droit public, le droit à l'existence, la liberté d'association. On peut sous ce rapport, diviser en trois périodes l'histoire des universitates personarum à Rome.

Ièr: Période. Elle va du début de la République aux troubles de la fin de la République, à la conjuration de Catilina. C'est le système de la liberté d'association. Il n'y a pas d'autorisation préalable. Toute association peut se former librement. Il suffit que ses statuts ne contiennent rien de contraire à l'ordre public. Loi des XII Tables , table VIII, loi 27.

2ème période -Jusqu'à l'avènement de l'Empire.Lors de la conjuration de Catilina , Cicéron,

Source : BIU Cujas

Suppression des associations par Cicéron et César.

consul, obtint du Sénat, en 64 avant J-C.. un sénatusconsulte qui supprima toutes les petites associations, entre autres les collèges funéraires, qui s'étaient montrés perturbateurs et séditieux et étaient devenus un véritable danger pour la sécurité même de l'Etat. De même César (Suétone, Vie de César, 42) supprima à nouveau les collèges et les associations qui,, après leur suppression en 64, avaient été rétablis par le tribun Clodius, qui voulut faire de la démagogie.

3° période - Depuis l'avènement de l'Empire, Auguste résolut de constituer un statut légal des associations. C'est l'objet de la fameuse loi Julia de collegiis. Cette loi établit le régime de l'autorisation préalable. Mais cette autorisation pouvait être ou générale ou spéciale.

La loi Julia de collegiis.

L'autorisation générale.

D'abord générale. Il s'agit alors de la reconnaissance de catégorie d'associations privilégiées, autorisées par la loi ou par un sénatusconsulte par avance à condition de se constituer suivant un certain type. Par exemple: les collèges funéraires. Vois l'inscription de Lanuvium, Texte de Girard, page 888.

L'autorisation spéciale.

Autorisation spéciale. En dehors des associations privilégiées, une association,pour se former, devait obtenir une autorisation spéciale , et c'est le Sénat qui était chargé de donner les autorisations spéciales. Le Sénat jouait donc à Rome un rôle analogue à celui du Conseil d'Etat chez nous.

II - Point de vue du droit privé. Capacité juridique des associations.

Capacité des associations.

Nous rencontrons deux périodes, qu'il faut distinguer avec soin.

Le régime de la propriété collective.

I° période. : Avant la loi Julia de collegiis d'Auguste(cela est intéressant pour le droit moderne),c'est le régime de la propriété commune ou collective. Les biens constituant cette propriété commune, ce sont les cotisations individuelles, destinées à former une caisse commune, arca communis. Dans un tel régime, les membres de l'association ont le droit, quand ils se retirent de l'association, d'emporter leur part qui n'est fixée, différence avec la copropriété ordinaire, qu'au jour de la liquidation, d'après le nombre des membres de l'association à cette date.

2° période - Depuis la loi Julia. L'idée de personnalité morale apparaît. Toute association

Source : BIU Cujas

L'apparition de l'idée de personnalité. L'universitas

licite a une personnalité distincte de celle des personnes physiques qui la composent. Nous rencontrons donc l'idée d'universitas au sens technique du mot. Il faut entendre par universitas une entité juridique s'opposant à la somme des intérêts particuliers qui la composent, s'opposant à ses membres, appelés singuli, pris individuellement.

Conséquence pratique.

L'association aura un patrimoine distinct des patrimoines des membres qui la composent avec:

L'association a un patrimoine distinct de celui de ses membres.

a) Un droit de propriété distinct, comme nous l'apprend le texte très important du Digeste I.8.6.I. Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra et balnea, la propriété appartient à l'universitas, à l'association, et non aux singuli, aux isolés, aux membres qui composent individuellement l'association, par exemple dans les cités, les théâtres et les bains publics.

Elle a des dettes et des créances distinctes

b) Des créances et des dettes distinctes. Le texte du Digeste, 3.4.7. fait à ce point de vue la même opposition. Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent, si quelque chose est dû à l'universitas, cela n'est pas dû aux membres composant individuellement l'association, et ce que doit l'universitas, ce ne sont pas les membres la composant qui le doivent.

Représentants de l'association : Les actores et les syndici.

La mission d'administrer le patrimoine des associations et de les représenter en justice était confiée à certaines personnes appelées dans les sources actores ou syndici (I).

2° Catégorie de personnes morales: les universitates rerum, les fondations.

Pendant la période républicaine et celle du Haut Empire, on ne rencontre pas en droit romain, de véritables fondations au sens juridique du mot; c'est-à-dire de patrimoines affectés directement à un but déterminé, et comme tels doués de la personnalité juridique. On ne rencontre que des fondations indirectes, c'est-à-dire des libéralités faites à des associations de personnes, municipalités, collèges, sous la forme de donations, et surtout de legs, avec charge, sub modo. Nous rentrons dans la première catégorie.

(I) L'institution des syndici paraît bien être postclassique. En ce sens voir Mitteis, Privatrecht, I p. 388, n°41 Albertario, Bull. dell' Ist. di. dir. rom., 27 (1915) pages 67 et suivantes.

Source : BIU Cujas

Sur les fondations au Haut-Empire et les inscriptions s'y rapportant, on trouvera des renseignements inédits dans le cours de Droit Romain approfondi (Doctorat) professé en 1929-1930 à la Faculté de Droit de Paris par M. Gabriel le Bras.

Pour voir apparaître en droit romain les véritables fondations, il faut aller jusqu'à Constantin, avec la reconnaissance officielle de l'Eglise chrétienne. Jusque-là, les églises s'étaient pliées au moule des collèges funéraires. C'est de cette façon qu'elles avaient pu vivre d'une vie végétative. A partir de Constantin, l'Eglise fut beaucoup plus considérée comme une institution ou, pour employer un terme plus moderne, comme un établissement religieux que comme une communauté de fidèles, c'est-à-dire une association de personnes. Cette idée nouvelle d'institution, d'établissement, qui surgit dans l'Empire romain à propos de l'Eglise, s'étendit à d'autres organismes religieux qui, d'abord confondus avec l'Eglise, finirent par s'en détacher pour devenir des établissements distincts ayant leur patrimoine propre et indépendant, auxquels fut reconnue la personnalité juridique. Ce sont ce qu'on appelle les piae causae, les oeuvres pies.

Les fondations apparaissent sous Constantin.

La notion de l'établissement.

Dans les textes du Bas-Empire, l'expression pia causa, servit d'abord à désigner exclusivement le motif qui avait inspiré une donation, le motif pieux d'après Stanislas Cugia, dans les études juridiques en l'honneur de Charles Fadda, 1906, tome V, page 289, cette expression n'aurait même jamais eu d'autre sens dans la législation romaine. Mr. Fliniaux pense au contraire avec Saleilles (les piae causae dans le Droit de Justinien, Mélanges Gérardin 1907, pages 513 et suivantes) qu'à côté de cette acceptation, l'expression pia causa a aussi désigné l'oeuvre même que la donation avait servi à fonder. Saleilles a eu le mérite en valeur du texte important du Code de Justinien, 1,3. De episcopis et clericis (Titre renfermant un ensemble de constitutions exploitées par le Droit Canonique) constitution 45 (46 dans certaines éditions) en grec. Au § 1 b, nous lisons l'expression suivante en grec qui veut dire oeuvres pies par opposition à l'expression qui veut dire motifs pieux, qu'on encontre dans le § I Le droit byzantin, a donc bien connu l'expression "oeuvre pie" comme établissement religieux, fondation au sens moderne.

Les piae causae.

Ce sont des fondations.

Dans cette constitution, on trouve une énumération de ces oeuvres pies: asiles, orphelinats, hopitaux, crèches, hospices.

Exemples donnés.

Ce sont ces oeuvres pies, ces piae causae,

Source : BIU Cujas

que la notion de fondation allait définitivement se dégager de la conception purement corporative, c'est-à-dire de la conception d'association de personnes, pour se constituer sur le moule de l'établissement proprement dit, ce que les Allemands, qui ont étudié à fond la théorie moderne de la fondation, appellent Anstalt. C'est là une des formes que revêt aujourd'hui la fondation prise dans son sens général.

La fondation au sens étroit du mot.

A côté de la fondation-établissement, Anstalt, les Romains ont aussi connu la fondation au sens étroit du mot, que les Allemands appellent Stiftung, c'est-à-dire l'affectation pure et simple de patrimoine, en d'autres termes une constitution de patrimoine en vue de l'emploi des revenus d'un capital. Par exemple, biens affectés au rachat des captifs, à la distribution d'aumônes aux pauvres. Code de Justinien, même titre, constitution 45 (46) § 1 b et constitution 28.

Le droit romain a donc connu l'institution juridique de la fondation privée, pouvant être créée directement (1) que connaît depuis longtemps déjà le droit allemand, et qu'ignore encore aujourd'hui le droit français, lequel ne connaît que la fondation indirecte, avec autorisation administrative spéciale pour chaque fondation, sous la forme de reconnaissance d'utilité publique.

(Sur les fondations au Bas-Empire consulter en dernier lieu l'article de Duff dans les Cambridge Legal Essays 1926.)

---

(1) B.G.B. § 83 et 84. Cons. Radulesco. La fondation dans le droit allemand, thèse Paris 1924. Cf. Code Civil suisse, art. 81; Code Civil des Etats-Unis du Brésil du 1er Janvier 1916, mis en vigueur le 1er Janvier 1917, art. 24 à 30 (Traduction dans la Collection des Codes étrangers par l'office de législ. étrangère, 1927).

Source : BIU Cujas

LIVRE II.

LES OBJETS DES DROITS.

LES BIENS (CHOSES) ET LE PATRIMOINE.

THEORIE DES DROITS REELS ET DE LEUR ACQUISITION A TITRE PARTICULIER.

Les divisions romaines des choses.

Quels sont les objets des droits ? Ce sont les choses, répondaient les jurisconsultes romains qui nous offrent un certain nombre de divisions des choses. Du point de vue du droit moderne, il semble opportun de classer ces divisions des choses connues des jurisconsultes romains en deux grandes catégories:

1° catégorie: Divisions romaines des choses qui sont passées dans le droit moderne.

2° catégorie: Divisions des choses restées propres au droit romain.

Divisions passées en droit moderne.

Rentrent dans la première catégorie:

1° - La division des choses en res in patrimonio ou in commercio, d'une part, et d'autre part, des res extra patrimonium ou extra commercium.

2° - division des choses en meubles et immeubles.

3° - la division des choses en res in genere et en res in specie.

4° - La division des choses en res quae usu consumuntur et en res quae usu non consumuntur, choses consomptibles par le premier usage, et choses non consomptibles par le premier usage.

Divisions propres au droit romain.

Appartiennent à la deuxième catégorie:

1° - La division des choses en res mancipi et res nec mancipi.

2° - La division des choses en res corporales et res incorporales. Avec cette dernière division, nous nous élèverons jusqu'à la distinction moderne des droits réels et des droits de créance, et jusqu'à la notion moderne du patrimoine.

1° catégorie - Divisions passées dans le droit moderne.

Source : BIU Cujas

1° division. Res in patrimonio (ou in commercio) et res extra patrimonium (ou extra commercium).

Les res extra patrimonium sont l'exception.

Gaius 2.I. Institutes de Justinien 2.I. pr. Parmi les choses que nous révèle le monde extérieur, il y en a qui sont susceptibles d'appropriation privée, et d'autres qui ne le sont pas. En principe, toutes les choses sont in patrimonio, ou in commercio, sont susceptibles d'appropriation privée. Il y a exception pour certaines choses qui, par leur nature ne le sont pas. Donc, notre étude se réduit à voir quelles sont les exceptions, les res extra patrimonium.

Les Romains, qui ont étudié avec soin cette catégorie de choses, ont proposé la division que voici entre les choses extra patrimonium:

1° - Les res nullius humani juris et 2° - les res nullius divini juris. Conformons-nous à cette division, qui permet de passer en revue toutes les choses que les Romains considéraient comme étant extra patrimonium ou extra commercium.

Les res nullius humani juris.

1° - Res nullius humani juris, choses qui ne sont à personne en vertu du droit humain.

Ici encore, les Romains procèdent par distinction, ce qui montre leur esprit de méthode et de clarté. Ils distinguent trois sortes de res nullius humani juris:

Les res communes.

1° - Les res communes. Ce sont les choses qui sont à l'usage de tous, comme l'air, l'eau, la mer, le rivage de la mer délimité par le plus haut flot d'hiver. Ces choses ne sont pas susceptibles d'appropriation privée. Cependant on a le droit de s'en servir, et, si quelqu'un fait obstacle à leur usage, on pourra se plaindre. Mais comme ces choses n'ont pas le caractère de propriétéprivée, ce sera par l'action d'injures. On considère qu'il y a atteinte à la personnalité.

Les res publicae.

2° - Les res publicae, les choses qui appartiennent à l'Etat, mais sont affectées à l'usage public de tous les citoyens. C'est ce qu'on appelle aujourd'hui le domaine public: voies prétoriennes et consulaires, ports, fleuves, mais seulement les flumina perennia, ceux qui ne tarissent jamais. Ici encore, la sanction est l'action d'injures.

Les res universitatis.

3° - Les res universitatis. Ce sont celles qui appartiennent aux personnes morales, par exemple aux cités: théâtres, stades, bains publics, etc,..La sanction est encore ici l'action d'injures.

II - Les res nullius divini juris.

Les res nullius divini juris.

Ce sont les choses qui ont été affectées à la divinité. Les Romains les opposent aux res nullius humani juris et, sous cette opposition, se cache vrai-

Source : BIU Cujas

semblablement une distinction qui devait avoir au début une grande importance.

On distingue trois variétés de res nullius divini juris.

Les res sacrae.

1° - Les res sacrae, consacrées aux dieux supérieurs, diis superis, tels sont les temples et le matériel du culte. Elles revêtent ce caractère sacré à la suite d'une consecratio ou dedicatio, émanant du pouvoir civil.

Les res religiosae.

2° - Les res religiosae. Ce sont celles qui sont consacrées aux dieux mânes, ancêtres déifiés. Telles sont les sépultures. A Rome, un terrain acquiert la qualité de res religiosa, est soustrait à toute appropriation privée, devient incessible, intransmissible, quand le cadavre ou les cendres d'une personne y sont déposés.

Les res sanctae.

3° - Les res sanctae. Ce sont les choses qu'on avait assimilées aux res divini juris par une cérémonie religieuse. Justinien signale comme res sanctae les murs et les portes des villes. Institutes de Justinien 2.I.IO.

La division des choses dans le commerce et hors du commerce est passée dans le droit moderne. Le Code Civil y fait plusieurs fois allusion, principalement dans les articles 1128, 1598 et 2226.

2° Division: Division des choses en meubles et immeubles.

Intérêts romains de la division en meubles et immeubles.

Les meubles sont des choses qui se déplacent. Les immeubles sont le sol et les maisons. Cette division n'est pas signalée par les jurisconsultes romains d'une façon principale. Elle touche pourtant à un grand nombre de théories du droit romain: l'usucapion ou prescription acquisitive, le vol, les interdits possessoires. Il semble même que son importance se soit accrue au cours de la législation romaine, avec les transformations économiques de la société romaine. En effet, on trouva que les immeubles avaient plus de valeur que les meubles et le législateur fut amené à tenir compte de cette notion économique. La loi, Julia d'Auguste interdit au mari d'aliéner le fonds dotal. L'Oratio Severi défend au tuteur d'aliéner les immeubles appartenant au pupille. Mais il faut reconnaître que la distinction des immeubles et des meubles en droit romain n'a pas eu un champ d'application aussi vaste qu'en droit moderne.

3° Division: les res in genere et les res in specie.

Cette distinction est fondée sur l'intention des parties. Une chose est dite in genere, chose de genre, quand elle est envisagée au point de vue du gen-

Source : BIU Cujas

Les res in genere.

re, genus, auquel elle appartient. Par exemple: un cheval, un esclave, du vin, du blé. Ce sont là des choses qui peuvent se remplacer les unes par les autres. Ce sont ce qu'on appelle des choses fongibles entre elles.

Les res in specie.

Une chose est dite in specie, quand elle est envisagée au point de vue de son individualité, species. Par exemple: du blé d'Afrique, tel cheval déterminé, tel esclave déterminé.

C'est dans les obligations que nous rencontrons l'intérêt principal de cette division.

Les choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent.

On confond souvent les choses de genre avec les choses quae pondere numero mensurave constant, les choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent. Par exemple: le blé, la monnaie . Il faut maintenir la distinction. En effet, c'est l'intention des parties qui fera considérer une chose comme étant de genre, tandis que c'est la nature de la chose ou les usages commerciaux qui déterminent les choses qui se pèsent, se comptent ou se mesurent. Mais il faut reconnaître que ce sont souvent les mêmes choses qui figureront respectivement dans ces deux catégories de choses.

4° Division: res quae usu consumuntur et res quae usu non consumentur.

Intérêt de la distinction des choses consomptibles et non consomptibles.

Il y a des choses qui ne sont pas susceptibles d'un usage répété, par exemple : la monnaie, l'huile, le vin, le blé. Ce sont les choses que nous appelons aujourd'hui les choses consomptibles par le premier usage. L'intérêt de cette distinction apparaît principalement en matière d'usufruit. L'usufruit peut porter seulement sur les choses non consomptibles. Quand il porte sur des choses consomptibles, il s'appelle quasi usufruit. Cf. Code Civil français, article 587, qui, à propos de l'usufruit, donne comme exemples de choses dont on ne peut pas faire usage sans les consommer, l'argent, les grains, les liqueurs.

2° catégorie. Divisions des choses propres au droit romain.

1° - Division des choses en res mancipi et res nec mancipi.

Cette division a une très grande importance en droit romain. Des théories romaines, comme la propriété prétorienne, ne peuvent se comprendre que si on connaît cette distinction.

Fondement juridique de la distinction des res mancipi et des res nec mancipi:

Cette distinction est exclusivement romaine. Elle est fondée juridiquement sur le rapport des choses avec la mancipation, c'est-à-dire un mode spécial de transfert de la propriété. En effet, les res mancipi sont les choses qui s'acquièrent par la mancipation, et les res nec mancipi sont les choses qui ne s'acquiè-

Source : BIU Cujas

Leurs rapports avec la mancipation.

rent pas par la mancipation, dit Gaius, 2.22.

Quelles sont les choses qui sont res mancipi, et celles qui sont res nec mancipi ?

Les jurisconsultes romains se bornent à énumérer les res mancipi, car elles forment l'exception. Gaius 2,14 et 15. Ulpien, Règles 19.I. Sont considérés par les jurisconsultes romains comme res mancipi:

Quelles sont les res mancipi?

1° - Les fonds italiques.
2° - Les servitudes prédiales rurales.
3° - Les esclaves.
4° - Les bêtes de somme et de trait, animalia quae collo dorsove domantur, les animaux qui sont domptés par le cou ou par le dos velut boves, muli, equi, asini, par exemple les boeufs, les mulets, les chevaux, les ânes, Gaius 2.I4.

Quelle est l'origine de cette distinction ?

Mr. Fliniaux repousse le système suivant lequel les res mancipi auraient été à l'origine les choses faisant partie de la propriété collective de la gens, par opposition à la propriété individuelle du paterfamilias. Ce système a été défendu en Italie par Bonfante:

Rejet du système de Bonfante.

a) Res mancipi etnec mancipi, 2 volumes, 1888-1889,

b) article intitulé: Formes primitives et évolution de la propriété romaine. Res mancipi et res nec mancipi, publié à nouveau avec des transformations dans les Ecrits juridiques de Bonfante, tome II, 1918. (Cf. Bonfante, corso di dir. rom. II, I, p. 170 et suiv. p. 224). Contre ce système, renvoyons à l'article de Marchi. Les res mancipi et la propriété de la gens, Archivio Giuridico, 4° série, II, 1921, pages 80 et suivantes.

Fondement économique de la distinction: Les res mancipi sont les choses les plus utiles à l'agriculture.

La doctrine qui paraît la meilleure est celle qui voit dans les res mancipi l'élément essentiel de la fortune du Romain primitif.

Pour les premiers Romains adonnés à l'agriculture, les choses, qui ont le plus de valeur sont les choses relatives à l'agriculture. Si on examine l'énumération des res mancipi, on verra qu'elle comprend les choses utiles à l'agriculture.

La familia et la pecunia.

Peut-être la distinction des res mancipi et des res nec mancipi a-t-elle été précédée d'une distinction plus archaïque, qui est attestée par les sources. C'est celle de la distinction de la familia et de la pecunia. La familia aurait compris les choses indispensables à la vie de la famille: esclaves, animaux de labour. La pecunia serait le superflu, anciennement le menu bétail, puis la monnaie (pecunia vient de pecus,

Source : BIU Cujas

troupeau). En ce sens Cuq, Manuel, 2° éd. p. 236, n. 3).

Mais, selon Mr. Fliniaux et suivant les conclusions de Jörs, Histoire et système du droit privé romain, Berlin, 1927, page 44, note 3, il est impossible, comme certains auteurs l'ont soutenu, notamment Mitteis, Droit privé romain, tome I, page 81, que, dans les XII Tables, familia soit synonyme de res mancipi, et pecunia, synonyme de res nec mancipi (1)

Suppression de la division par Justinien.

La distinction des res mancipi et des res nec mancipi dut paraître gênante dans la pratique, quand elle cessa d'être en harmonie avec les besoins économiques de la société romaine. Aussi les Romains n'augmentèrent-ils jamais le nombre des res mancipi, en raison des inconvénients qui résultaient de leur aliénation par un mode spécial. Justinien supprima même complètement la division des res mancipi et des res nec mancipi. Code 3I.7.

2° Division des choses en res corporales et res incorporales.

Les res corporales.

Les Romains paraissent avoir emprunté cette division à la philosophie stoïcienne. Les res corporales sont celles qui tombent sous les sens. Gaius 2.I3 cite les fonds de terre, les esclaves, les vêtements, l'or, l'argent. Les res incorporales sont celles qui échappent à la perception de nos sens. Ce sont d'après Gaius 2.I4, l'hérédité, l'usufruit et les obligations ou droits de créance. En un mot, les res incorporales seraient tous les droits que nous pouvons avoir sur les choses, à l'exception du droit de propriété que les Romains ont rangé parmi les res corporales. En effet, pour les Romains, le droit de propriété se confond avec la chose matérielle sur laquelle il porte.

Les res incorporales.

Le droit de propriété, confondu avec son objet, est une res corporalis.

Cette distinction purement romaine des choses corporelles et des choses incorporelles est critiquée du point de vue rationnel. En effet, si on va au fond des choses, le droit de propriété, semblable en cela à tous les autres droits, jura, ne tombe pas sous nos sens. Si les Romains l'ont considéré comme res corporalis, c'est à cause du caractère absolu du droit de propriété, qui amène encore aujourd'hui les esprits à confondre dans le langage courant le droit de propriété avec la chose sur laquelle il porte.

---

(1) Dans les XII Tables, les mots "familia" et "pecunia" servent à désigner indistinctement le patrimoine d'une personne; pecunia, Table V, loi 3, loi 7a; familia, Table V, loi 4, loi 5, loi 10 - Voir plus loin: Distinction des res corporales et des res incorporales.

Source : BIU Cujas

On dit: j'ai telle chose, pour dire je suis propriétaire de telle chose. D'autre part, ce n'est pas la propriété seulement qui peut avoir un objet corporel. Ce sont bien d'autres droits, par ex. l'usufruit.

Conséquences fâcheuses de cette distinction.

Quoi qu'il en soit, cette distinction des res corporales et des res incorporales, qui s'est constamment maintenue à Rome, a eu des conséquences fâcheuses, en ce qui concerne le développement même du droit.

Obstacles au développement des théories de la possession et de la propriété.

1° - Elle a empêché à Rome le développement de la théorie de la possession, car, pour les Romains, peuvent seules en principe être possédées les res corporales. Et elle a empêché aussi, postérieurement au droit romain, le développement de la théorie de la propriété. On a eu beaucoup de mal à arriver à la notion de propriété portant sur les biens incorporels, par exemple, la propriété littéraire, artistique, industrielle, commerciale.

Les Romains n'ont pas classé les droits.

2° - Tous les droits, pour les Romains, rentrant dans la division des res corporales et des res incorporales, ils ne cherchèrent pas à classer les droits en général. Ils ne distinguaient pas comme aujourd'hui les droits pécuniaires et les droits de famille. En particulier, ils ne cherchèrent pas à classer les droits pécuniaires, c'est-à-dire les droits pouvant faire l'objet d'une évaluation en argent. On ne rencontre pas chez les jurisconsultes Romains la distinction théorique des droits réels et des droits de créance. Cette distinction a été dégagée seulement par

Ils ont ignoré la distinction des droits réels et des droits de créance.

les interprètes du droit romain au Moyen-Age, qui opposèrent nettement l'un à l'autre ce qu'ils appelèrent le jus in re et ce qu'ils appelèrent le jus in persona. Depuis lors, cette distinction est adoptée par tous les civilistes qui en font la base même de l'étude des droits susceptibles d'une évaluation pécuniaire.

Notion du droit réel et du droit de créance.

Par droit réel, on désigne aujourd'hui un rapport juridique entre une personne et une chose, portant directement sur la chose, et en conséquence procurant à son titulaire un avantage exclusif à tirer de la chose.

Tout autre est le droit de créance, appelé aussi droit personnel. Ce droit implique seulement un rapport juridique entre deux personnes déterminées, appelées créancier et débiteur, tendant à faire obtenir au créancier de la part du débiteur une prestation déterminée.

Quel est l'intérêt de la distinction du droit réel et du droit de créance ?

Avantage du droit réel.

Par rapport au droit de créance, le droit réel présente les deux attributs suivants, qui constituent en même temps deux avantages:

"Les Cours de Droit"
3, Place de la Sorbonne
RÉPÉTITIONS ÉCRITES ET ORALES
Q
Source : BIU Cujas

1° - Le droit de suite,
2° - le droit de préférence,

1° - Le droit de suite.

Le droit de suite.

La créance étant une relation entre deux personnes déterminées, le créancier ne peut pour son exécution s'adresser qu'au débiteur. Pour employer une terminologie romaine, créancier du fonds Cornélien, de l'esclave Stichus, qui m'a été promis par une personne déterminée, je ne puis réclamer ce fonds, cet esclave, qu'à cette personne, quand bien même elle n'en serait pas propriétaire.

Au contraire, le droit réel porte sur la chose, il la suit partout où elle passe. Le titulaire peut l'invoquer à l'encontre de quiconque retient la chose sur laquelle il porte. Par exemple, ayant obtenu du propriétaire un usufruit sur cette chose, j'ai le droit d'invoquer ce droit réel, non seulement contre lui, mais contre tous ceux au profit desquels la chose sera aliénée dans la suite.

2° - Le droit de préférence.

Le droit de préférence.

Quand un individu m'a promis le fonds Cornélien, l'esclave Stichus, cela ne l'empêche pas de faire la même promesse à une autre personne. Quand arrivera l'échéance, qu'il faudra désintéresser le créancier, le débiteur pourra être hors d'état de payer, être insolvable. Alors la perte sera également subie par tous. Le créancier le premier en date n'a pas le droit d'exclure le créancier plus récent.

Au contraire, le droit réel confère à son titulaire le droit de se faire remettre la chose avant toute autre personne, et si la chose a été vendue, de se faire payer sur le prix de la chose avant tous les créanciers, par préférence à tous les créanciers. Ainsi le bénéficiaire d'un droit réel n'a pas à redouter les conséquences de l'insolvabilité du détenteur de la chose.

Mais il faut remarquer avec soin que l'intérêt que présente le droit de préférence est limité aux droits réels accessoires à une créance, par exemple, le droit d'hypothèque. Dans les ouvrages, on raisonne même sur le droit de propriété, mais l'hypothèse est impossible à construire.

Est-ce à dire que les Romains, qui n'ont pas consacré la division des droits en droits réels et droits de créance, n'ont pas eu au moins conscience de cette distinction ?

Cette distinction apparaît dans la procédure romaine.

Ils ont été amenés à l'apercevoir dans le domaine de la procédure; mais ils n'ont pas songé à la faire sortir de ce domaine et à en faire une division fondamentale des droits du point de vue interne

Source : BIU Cujas

quant au fond.

Voici les manifestations de la distinction du droit réel et du droit de créance dans le domaine de la procédure:

1° - Sous les actions de la loi, la distinction du sacramentum in rem et du sacramentum in personam.

2° - Dans la procédure formulaire, la division des actions en actions in rem et actions in personam, avec une différence de rédaction dans l'intentio. Le nom du défendeur ne figure pas dans l'intentio de la formule des actions in rem.

Bibliographie. Sur la distinction du droit réel et du droit de créance, et sur la nature spécifique du droit réel, consulter la thèse magistrale de Louis Rigaud, le Droit réel, Toulouse, 1912.

Les Romains n'ont pas dégagé complètement la notion du patrimoine.

3° - La non reconnaissance de la division des droits en droits réels et en droits de créance a empêché les Romains de dégager une notion complète du patrimoine au sens moderne.

Que faut-il entendre par patrimoine au sens moderne ? C'est une universalité juridique, composée de l'ensemble des droits et des obligations, susceptibles d'une évaluation pécuniaire, qui se rapportent à une personne. Le patrimoine comprend donc tous les droits qui appartiennent à une personne: Droits réels, droits de créance, et toutes les obligations ou dettes dont elle est tenue vis-à-vis d'autres personnes. Les droits forment l'actif; les dettes forment le passif.

L'unité du patrimoine survit à la transformation de ses éléments.

Les droits qui composent le patrimoine peuvent s'éteindre et être remplacés par d'autres. Les dettes peuvent également s'éteindre et faire place à de nouvelles dettes. Il peut même arriver que la somme des dettes dépasse le montant des biens, que le passif soit supérieur à l'actif. Toutes ces transformations ne modifient pas l'unité et l'existence de ce qu'on appelle en droit moderne le patrimoine. Comme Mr. Maurice Picard a eu le mérite de le mettre en lumière, idée qu'on ne trouve nulle part (Traité pratique de droit civil de Planiol et Ripert tome III. Les biens, n° 15); "Ce qui caractérise la notion du patrimoine, c'est la cohésion qu'elle établit entre tous les éléments dont le patrimoine est formé. Cette cohésion répond à un triple intérêt. Elle explique le droit de gage général qui appartient aux créanciers. Ceux-ci peuvent se faire payer sur tous les biens présents et à venir de leur débiteur, car les dettes grèvent le patrimoine, article 2092 du code civil. Elle explique qu'au décès de son titulaire, le patrimoine

L'idée de cohésion.

Intérêts auxquels elle répond.

Source : BIU Cujas

soit transmis aux héritiers, dans l'état où il se trouve avec son actif et son passif. Elle sert enfin de fondement à la subrogation réelle, dans les cas où un patrimoine forme l'objet d'une demande en restitution".

Quelle conception les Romains se sont-ils faite du patrimoine ?

Terminologie romaine du patrimoine.

Ce qui suffirait à prouver le vague dans lequel ils sont restés, c'est l'imprécision de la terminologie. Nombreux sont les mots dont se sont servi les Romains pour désigner l'institution du patrimoine. Voici les principaux (1) : patrimonium, qui originairement voulait dire, d'après l'étymologie, la fortune héritée du père. Le mot patrimonium avec ce sens restreint se retrouve encore dans certains textes de l'époque classique. Digeste, 10.2.38; 12.6.6I. Autre expression du patrimoine: familia ou pecunia dans les XII Tables. Puis familia pecuniaque (Cicéron, De legibus, III, 3,7; Gaius II, 104) . Puis bona; facultates; res (in rem versum); et enfin, à l'époque post-classique substantia (interpolé dans Dig. 36.I.I7 suivant Albertario cité par Bonfante, corso di dir. rom. VI. 1930, p. 101, n.1. Cf. la const. de Justinien de 532 au Code 6,38,5).

Extension de la composition du patrimoine.

En ce qui concerne la composition du patrimoine, nous assistons à Rome à une évolution des plus intéressantes: D'abord, le patrimoine ne comprit que l'actif, et dans cet actif n'étaient prises primitivement en considération que les res corporales. Plus tard, on y adjoignit les créances, nomina. Enfin on tint compte du passif, des dettes, aes alienum. L'idée nouvelle de la prise en considération du passif s'introduisit à la fin du premier siècle Javolenus l'exprime ainsi, Digeste, 49.I4.II: id enim cujuscumque bonorum esse intelligitur quod aeri alieno superest, en effet, cela est regardé comme faisant partie du patrimoine de chacun, qui est un excédent sur le passif. D'où l'adage: Non sunt bona nisi deducto aere alieno (2).

Manifestations romaines de l'idée de patrimoine.

En tout cas, on chercherait vainement chez les jurisconsultes romains une théorie d'ensemble du patrimoine, comme d'ailleurs dans le Code civil français. On rencontre seulement à Rome certaines manifestations concrètes de l'idée de patrimoine. Passons-les en revue.

---

(1) On les trouvera dans deux fragments d'Ulpien au Dig. 36.I.I5 et 17 à propos du fideicommis d'hérédité.

(2) Code de Justinien 6.6I.8.4.: cum etiam apud veteres haec esse substantia intellegitur, quae post detractum aes alienum supererit.

Source : BIU Cujas

1° - C'est d'abord dans l'institution de la venditio bonorum. Ici bona veut dire le patrimoine. C'est la vente en bloc du patrimoine, avec son actif et son passif. C'est dans cette procédure de la venditio bonorum qu'il faut chercher l'origine directe de l'article 2092 du Code Civil, du droit de gage général des créanciers. Un débiteur sait qu'il répond sur tout son patrimoine de sa dette. Le créancier a le droit de faire vendre l'ensemble du patrimoine.

La venditio bonorum.

2° - Puis, autre manifestation concrète de l'idée de patrimoine: C'est l'institution du pécule. Le pécule, dit Ulpien, Digeste, 15.I.5.3. est un petit patrimoine, patrimonium pusillum. C'est, nous l'avons vu, une masse de biens contenant des biens corporels, des créances et des dettes distinctes. Les obligations du pécule se confondent si peu avec celles du maître de l'esclave ou du paterfamilias, qu'il peut y avoir des dettes entre le pécule et le reste du patrimoine du maître ou du paterfamilias.

Le pécule.

3° manifestation de l'idée de patrimoine: c'est l'institution de l'hérédité.

L'hérédité.

La célèbre définition que Ciceron nous donne de l'hereditas dans ses Topiques VI, 29 nous dit en effet: Hereditas est pecunia quae morte alicujus ad quempiam pervenit jure. L'hérédité est un patrimoine qui, à la mort de quelqu'un est parvenu à une autre personne, conformément au droit. Il en résulte les 2 conséquences suivantes:

a) S'il n'y a pas d'héritier sien ou d'héritier nécessaire, l'hérédité n'est pas acquise de plein droit au successible. Ce dernier l'accepte (adition d'hérédité) et la prend quand il veut. Jusqu'à ce moment, l'hérédité est dite jacente, jacet hereditas. Comme l'hérédité constitue un véritable patrimoine, elle parviendra à l'héritier avec toutes les charges qui ont pu affecter sa composition entre la mort du de cujus et l'acceptation de l'héritier. Elle est en effet susceptible d'augmentation et de diminution. Le patrimoine que recevra l'héritier acceptant pourra être sensiblement différent, au point de vue actif et au point de vue passif, du patrimoine laissé par le défunt. C'est ainsi que de nouvelles dettes ont pu naître, qui en feront partie.

b) Lorsqu'on demandera la restitution d'une hérédité détenue injustement par une personne au moyen de la petitio hereditatis, il faudra, si le demandeur triomphe, que le défendeur restitue le patrimoine dans l'état où il l'a reçu lui-même, avec l'actif et le passif. Et il y aura subrogation réelle. En effet, supposons que, le jour où la pétition d'hérédité est intentée contre le détenteur, on ne trouve pas dans l'hérédité

Notion de la subrogation réelle.

Source : BIU Cujas

des choses qui s'y trouvaient au décès, mais des choses qui les remplacent juridiquement. Par exemple, l'héritier apparent a vendu une chose de l'hérédité. Le prix est substitué à la chose, subrogé à la chose. Si avec ce prix, il a acquis une chose, celle-ci est considérée également comme remplaçant la chose initiale. Et ainsi de suite, Paul, Digeste 4,2,18. C'est la notion fondamentale de la subrogation réelle.

Patrimoine des personnes morales.

4° - Enfin nous rencontrons la manifestation de l'idée de patrimoine dans l'institution romaine des personnes morales, celles-ci ayant, nous l'avons vu, un patrimoine distinct du patrimoine des membres qui les composent.

Bien que ne renfermant que des données fragmentaires, en ce qui concerne la notion du patrimoine, le droit romain n'en offre pas moins un grand intérêt pour la construction de la théorie moderne du patrimoine.

Fondement de l'idée de patrimoine.

Le fondement de ce qu'on appelle la cohésion existant entre les éléments dont le patrimoine est formé varie aujourd'hui suivant les auteurs. La théorie classique le trouve dans la notion de la personnalité. C'est la théorie d'Aubry et Rau: le patrimoine est l'émanation de la personnalité.

L'idée de personnalité.

Mais aujourd'hui cette doctrine est battue en brèche. Dans la tendance actuelle, ce qui crée la cohésion entre les différents éléments du patrimoine, c'est l'affectation de ses éléments à une destination particulière commune.

L'idée d'affectation.

Or, cette théorie a un point d'appui en droit romain dans l'institution du pécule. On y trouve la preuve que les Romains n'ont pas admis le principe de l'indivisibilité du patrimoine, principe considéré comme sacro-saint par les défenseurs de la thèse du patrimoine émanant de la personnalité, le patrimoine étant de son principe indivisible, comme la personnalité même à laquelle on le rattache.

Bibliographie.

Bibliographie sur le patrimoine. Pour le droit romain pur, Ivo Pfaff, Contribution à la théorie du patrimoine en droit romain, Mélanges en l'honneur du professeur Hanausek, 1925, pages 89 et suivantes (en allemand). Pour le droit moderne, avec une introduction historique, Henri Gazin, Essai critique sur la notion du patrimoine, thèse, Dijon, 1910.

Composition du patrimoine.

Quels sont les différents droits dont se compose le patrimoine ? Prenons pour base la distinction non romaine des droits réels et des droits de créance. Nous n'étudierons cette année que les droits réels. La matière des obligations ou droits de créance est réservée à la seconde année.

Les droits réels.

Il y a deux grandes catégories de droits réels:

1° - La propriété.

2° - Les jura in re aliena, les droits constitués sur la chose d'autrui.

Source : BIU Cujas

TITRE I.

LA PROPRIETE.

Nous ferons précéder l'étude détaillée de la propriété en droit romain d'une large introduction générale, comprenant:

1° - La définition et l'histoire du droit de propriété à Rome.

2° - La possession.

Introduction générale

I. Définition et histoire du droit de propriété à Rome.

Notion de la propriété.

La propriété est le droit réel par excellence, le plus étendu et le plus absolu de tous les droits réels. Comme le disent les Institutes de Justinien 2.4.4. le droit de propriété est plena in re potestas, une puissance complète sur une chose. Les jurisconsultes romains ne nous ont pas défini la propriété. Nos anciens auteurs ont procédé par voie d'analyse. Ils ont tenté d'en dégager les éléments constitutifs, et ils en ont dégagé trois:

Ses trois éléments.

1° - le jus utendi, c'est-à-dire le droit de se servir de la chose.

2° - Le jus fruendi, c'est-à-dire le droit de percevoir les fruits que produit la chose.

3° - Le jus abutendi, c'est-à-dire le droit de disposer de la chose de la façon la plus absolue, droit allant jusqu'au droit de la détruire.

En d'autres termes, le droit de propriété présente le double caractère suivant:

C'est un droit absolu.

1° - Il est absolu, c'est-à-dire que le propriétaire peut faire de la chose ce que bon lui semble, sauf les limitations apportées par la loi dans l'intérêt général. Il peut négliger la chose, la laisser périr, la détériorer.

et exclusif.

2° - Il est exclusif. Le propriétaire a seul le droit de retirer de la chose les avantages qu'on en peut retirer. Cependant, il y a des limites.

1° - Il peut constituer sur la chose des droits réels, par exemple des servitudes. 2° - Quand

Source : BIU Cujas

deux personnes sont dans l'indivision par rapport à la même chose, à la suite d'une succession ou d'un achat en commun par exemple, comme chaque propriétaire a un droit égal portant sur chacune des molécules de la chose, chacun d'eux ne peut disposer de la chose sans l'autorisation de l'autre.

La propriété individuelle.

La propriété, telle que nous venons de l'envisager, constitue la forme la plus moderne de la propriété. Elle constitue ce qu'on appelle la propriété individuelle. Mais l'histoire du droit et la sociologie nous apprennent que la propriété individuelle n'est pas la seule forme de la propriété qu'ait connue l'humanité. On rencontre, sinon pour les meubles, au moins pour les immeubles deux autres formes de propriété, à savoir, la propriété collective et la propriété familiale (1).

La propriété collective.

1° La propriété collective.

C'est à la collectivité, clan, tribu, etc,.. et non à l'individu que la propriété appartient. C'est ainsi que les prés, les forêts, sont communs. Quant aux terres arables, elles appartiennent à la communauté et elles sont partagées périodiquement entre les membres du clan, de la tribu, etc,....

La propriété collective, dans l'histoire du droit, se rencontre, au dire de Tacite, chez les Germains. Elle a existé aussi en Russie avec le mir russe.

La propriété familiale.

2° - La propriété familiale.

Dans cette forme, la propriété appartient à la famille, sans qu'un de ses membres puisse prétendre à un droit exclusif sur le patrimoine familial. Cette forme se retrouve chez certaines populations agricoles, par exemple dans la Zadruga serbe. On la trouve aussi chez les Germains, avec l'institution de l'Haus, et aussi, dans les communautés taisibles au Moyen-Age. Voir le cours d'histoire du droit.

Laissons de côté les données de l'histoire du droit comparé et de la sociologie. Les Romains ont-ils connu à l'origine ces deux formes de propriété ?

Vestige de la propriété familiale en droit romain.

D'abord, pour la propriété familiale, nous en rencontrons des vestiges certains. C'est le langage même des Romains. La propriété individuelle s'appelle dominium, qui vient de domus, la maison, le lieu où est la famille. Mais c'est surtout dans le droit successoral qu'on trouve des vestiges de la copropriété familiale principalement dans l'institution des heredes sui. Le fils de famille a un droit de copropriété sur le pa-

---

(1) Cons. l'ouvrage classique de Laveleya. La propriété et ses formes primitives, 4° édition, 1891 (préférable aux éditions antérieures à cause de nombreuses additions provenant de la trad. allemande).

Source : BIU Cujas

trimoine familial, car il ne fait, au décès du paterfamilias, qu'exercer un droit de propriété qui, éclipsé par la potestas du paterfamilias pendant la vie de ce dernier, reprend sa force au décès du paterfamilias.

La propriété collective a-t-elle existé à Rome ?

Quant à la propriété collective, il faut reconnaître qu'elle a certainement disparu de bonne heure en droit romain. En effet, à l'époque dite historique, elle n'existe pas. On ne rencontre que la propriété individuelle. Cependant d'excellents auteurs, dont Mommsen, ont pensé qu'elle a dû certainement exister. Voici les arguments sur lesquels cette théorie est étayée.

Arguments en faveur de son existence.

1° - On rencontre des vestiges de cette propriété collective dans le langage même des Romains. Les termes familia et pecunia qui servent à désigner la fortune des anciens Romains ne visent que des biens meubles.

2° - On invoque les formes de la mancipation et de la revendication, qui ne s'appliquent parfaitement qu'à l'aliénation et à la réclamation des meubles.

L'heredium.

3° - Enfin et surtout, Mommsen invoque la tradition d'après laquelle chaque chef de famille aurait reçu à Rome, comme biens propres, comme propriété individuelle, deux arpents de terre, bina jugera, dont l'ensemble constituait ce qu'on appelle l'heredium. Or, dit-on , en dehors de cet heredium, il devait certainement y avoir des terres arables, qu'on distribuait annuellement entre les chefs de famille , car on ne peut pas nourrir une famille avec deux arpents de terre. Donc à côté de l'heredium, propriété individuelle, il devait y avoir des terres arables communes, vraisemblablement propriété collective de la gens, groupement politique et économique.

A quelle époque la propriété collective fut-elle supplantée à Rome par la propriété individuelle ?

La création des tribus rustiques.

C'est vraisemblablement lors de la création des tribus rustiques, qui ne comprennent que des terres susceptibles de propriété individuelle. La tradition la place en 257. En tout cas, la transformation serait accomplie à l'époque de la loi des XII Tables, qui nous donne les premiers documents. En effet, elle applique l'usucapion, mode d'acquérir la propriété par la possession prolongée, non seulement à l'heredium, mais au fundus au fonds de terre. Quoi qu'il en soit, il est certain qu'à l'époque historique, on ne rencontre à Rome que la propriété individuelle. Quelle a été l'évolution de cette propriété individuelle à Rome ?

Les XII Tables ne connaissent que la propriété individuelle.

Primitivement, les Romains ne connurent qu'une espèce de propriété individuelle, la propriété civile ou quiritaire, dominium ex jure Quiritium. La propriété quiritaire était soumise à des règles fort étroites. En effet, pour l'acquérir, il faut:

Le dominium ex jure Quiritium.

1° - Etre citoyen romain.

Source : BIU Cujas

Ses conditions.

2° - Que la chose soit susceptible d'être l'objet de propriété civile.

3° - Employer un procédé d'acquisition du droit civil.

Avec chacune de ces conditions, que nous allons reprendre, nous allons voir surgir une nouvelle espèce particulière de propriété individuelle.

1° Condition: il faut être citoyen romain.

Il faut être citoyen romain.

L'étranger, qui, primitivement, n'a pas de personnalité, ne peut pas avoir de droit de propriété. Mais de bonne heure, les Romains furent amenés à conclure des traités par lesquels ils concédaient à des non Romains le commercium, c'est ce qu'ils firent pour les Latins.

La propriété pérégrine.

Quant aux Pérégrins proprement dits; ils n'avaient pas le dominium ex jure Quiritium; donc pas l'action en revendication, qui le sanctionne. Ils avaient une propriété spéciale, la propriété pérégrine, que les Romains appelaient dominium tout court, et que les interprètes appellent dominium ex jure gentium, de même qu'il y avait un matrimonium ex jure gentium.

Cette propriété pérégrine disparut, quand le droit de cité fut étendu à tous les habitants de l'empire.

2° condition: Il faut une chose susceptible de propriété civile.

Il faut une chose susceptible de propriété civile.

Il y avait une sorte de fonds qui n'était pas susceptible de dominium ex jure Quiritium. C'étaient les fonds provinciaux. D'où la distinction fondamentale des fonds italiques et des fonds provinciaux.

Distinction des fonds italiques et des fonds provinciaux.

Pour expliquer cette distinction, il faut remonter assez haut. Primitivement, après que la propriété collective se fut transformée en propriété individuelle, il n'y eut que les terres d'Italie qui furent l'objet de propriété individuelle. Plus tard, quand le territoire de Rome s'agrandit hors d'Italie, les territoires conquis ne devenaient pas la propriété des particuliers. C'était l'Etat Romain qui en devenait propriétaire. Pour qu'ils fussent susceptibles de dominium ex jure Quiritium, il aurait fallu que l'Etat les assimilât à l'ager romanus. Mais les Romains n'admirent jamais cette assimilation pour les fonds provinciaux. Pourtant les fonds provinciaux sont entre les mains des particuliers. Mais Gaius 2,7. nous dit que les particuliers n'ont que la possession, l'usufruit de ces fonds provinciaux. On dit que les possesseurs de ces fonds sont proprietarii, et on appelle leur faux droit de propriété, proprietas.

L'Etat a le dominium des fonds provinciaux.

Les possesseurs ont la "proprietas".

On peut se demander pourquoi l'Etat romain conserva toujours pour lui le dominium ex jure quiritium sur les fonds provinciaux. Le droit de propriété de l'Etat romain joua en quelque sorte, le rôle joué dans le droit

Source : BIU Cujas

féodal français par le domaine direct ou éminent, par opposition au domaine utile, et les légistes au Moyen-Age auraient pu construire leur théorie du domaine direct ou éminent, sur les textes relatifs à la propriété provinciale. Ils ne l'ont pas fait. Ils l'ont appuyée sur d'autres textes du droit romain, sur les textes relatifs à l'institution de l'emphytéose, sorte de bail à long terme (Voir plus loin: les jura in re aliena autres que les servitudes).

La réserve de la part de l'Etat du dominium ex jure Quiritium sur les fonds provinciaux présentait deux utilités: elle servait à justifier l'impôt levé par l'Etat sur ces fonds, stipendium, tributum. 2° elle servait à justifier les confiscations faites dans les provinces par l'Etat.

Concession du jus italicum.

La condition des fonds provinciaux se modifia. La tendance du droit romain était d'effacer toute différence entre les fonds italiques et les fonds provinciaux. Elle se manifesta surtout par la concession à certaines cités du jus italicum, qui assimilait les fonds d'une cité aux fonds italiques, et les exemptait de l'impôt foncier. Puis, sous Maximien, l'impôt foncier fut étendu aux fonds italiques. Cette extension supprima une partie de l'intérêt de la distinction. A partir de Dioclétien, les textes emploient indifféremment les mots proprietas, et dominium, pour désigner le droit de propriété des fonds provinciaux. Justinien proclama l'assimilation, dans une constitution Code 7,31,1, constitution évoquée aux Institutes 2.1.40 (1)

Extension de l'impôt foncier aux fonds italiques.

Il faut un mode d'acquisition du droit civil pour les res mancipi.

3° condition - Il faut employer un mode d'acquisition du droit civil.

D'après le droit civil, la propriété des res mancipi ne pouvait être transférée que par une mancipation ou une in jure cessio. Si, au lieu d'en faire mancipation ou in jure cessio, on en fait une simple tradition, la propriété n'a pas pu être transférée. Elle ne le sera que par l'usucapion, possession de la chose pendant le délai d'un an pour les meubles, de deux ans pour les immeubles.

L'acquéreur par tradition ne devient propriétaire civil que par l'usucapion.

Mais tant que l'usucapion n'avait pas fonctionné, quelle était la situation de l'acquéreur, qui, d'après le droit civil, n'avait rien acquis ? Il était nécessaire de le protéger, de consolider sa situation. C'est ce que fit le préteur. Considérant que la situation de celui qui avait reçu une res mancipi par tradition au lieu de l'avoir reçue par mancipation ou par in

---

(1) Vocantur autem stipendaria et tributaria praedia, quae in provinciis sunt, inter quae nec non Italica praedia ex nostra constitutione nulla differentia est.

Source : BIU Cujas

Il a une exception pour repousser la revendication.

jure cessio, était digne d'intérêt, le préteur vint à son secours. Il donna à l'acquéreur une exception pour repousser la revendication, que l'aliénateur pourrait intenter avant que l'acquéreur soit devenu propriétaire du droit civil par l'usucapion.

Il a une action contre les tiers.

D'autre part, le préteur lui donna, non plus sur le terrain de la défensive, mais sur le terrain de l'offensive, une action appelée action Publicienne, quand il avait perdu la chose acquise, pour lui permettre de la revendiquer contre les tiers.

La propriété bonitaire ou prétorienne.

Pour caractériser la situation faite par le préteur à la personne qui n'était pas propriétaire d'après le droit civil, on dit qu'elle avait la chose in bonis, dans son patrimoine. De là le nom de propriété bonitaire ou prétorienne donné à son droit de propriété, par opposition au droit de propriété civile.

La propriété prétorienne ne doit être confondue ni avec la propriété pérégrine, ni avec la propriété sur les fonds provinciaux. En effet, la propriété prétorienne est essentiellement destinés à se transformer en dominium ex jure Quiritium par usucapion, mode d'acquisition du droit civil. Par conséquent, il n'y a que les citoyens romains qui peuvent l'avoir, et elle ne peut porter que sur des choses romaines.

Elle n'est ouverte qu'aux citoyens romains sur des choses romaines.

Le dédoublement de la propriété. Le propriétaire prétorien a presque tous les avantages.

La création de la propriété prétorienne entraîna une conséquence curieuse. Il put se faire désormais que deux personnes fussent propriétaires en même temps d'une même chose, l'une en étant propriétaire ex jure Quiritium, l'autre, selon le droit prétorien. C'était le propriétaire prétorien qui avait tous les avantages qu'on pouvait retirer de la chose, à savoir le jus utendi, le jus fruendi et le jus abutendi, avec cependant certaines restrictions. Le propriétaire prétorien ne pouvait léguer la chose per vindicationem, ni faire de son esclave un affranchi citoyen romain, ni constituer sur la chose des servitudes valables d'après le droit civil. Mais à part ces différences, il faut reconnaître que c'est le propriétaire prétorien qui a tous les avantages de la propriété (1) On dit alors du propriétaire ex jure Quiritium qui n'a pas les avantages de la chose, qu'il a un nudum jus Quiritium, un droit quiritaire nu (Aujourd'hui on parle encore du nu propriétaire par opposition à l'usufruitier).

Le propriétaire civil a un droit nu.

Justinien comprit qu'il n'y avait pas avantage

---

(1) On comprend donc que les feudistes songèrent à s'appuyer sur cette situation pour construire leur théorie du domaine divisé (domaine direct ou éminent, domaine utile). Mais ils y renoncèrent avec raison, parce que le propriétaire quiritaire lui-même pouvait aussi intenter la Publicienne. Voir Declareuil; Hist. gén. du droit français, p. 273.

Source : BIU Cujas

Réforme de Justinien.

à maintenir ce droit quiritaire nu. Il le supprima, Code 7.25, Const. unique, et, par voie de conséquence, dans une autre constitution, il supprima la fameuse distinction des res mancipi et des res nec mancipi (Code 7,31, const. un. 5) .

Tel est le tableau largement brossé de l'histoire de la propriété à Rome. Nous avons fait surgir des faits quatre espèces particulières de propriété individuelle:

1° - La propriété quiritaire ou civile.
2° - La propriété prétorienne.
3° - La propriété provinciale.
4° - La propriété pérégrine.

Origines de la propriété moderne.

De ces quatre sortes de propriété, nous ne retiendrons, pour en faire l'objet d'une étude détaillée, que les deux premières: la propriété quiritaire ou civile, et la propriété prétorienne. Nous montrerons que nous vivons aujourd'hui sous la fusion, opérée à la fin du droit romain, de ces deux espèces de propriété. On ne peut comprendre le droit de propriété actuel que si on connaît ces deux sortes de propriété.

Mais avant de pénétrer dans l'étude détaillée de ces deux espèces de propriété, il convient d'exposer d'abord la théorie de la possession, qui est intimement liée au droit de propriété lui-même. Nous le ferons principalement en fonction du droit moderne, et spécialement pour faire connaître le droit civil français.

II. LA POSSESSION.

Bibliographie générale.

Georges Cornil, Traité de la possession dans le droit romain, Paris, 1905.

A Rome, la possession, dans sa notion originelle, ne peut exister que sur les choses corporelles (possessio corporis, possessio rei)- En droit moderne, la possession existe également pour toute espèce de droit, aussi bien dans le domaine des droits réels que dans celui des droits des personnes et celui des obligations. Aujourd'hui, on peut posséder un état, une créance, etc,.. Cf. Code Civil français, art. 2228.

Les Romains n'ont fait qu'entrevoir cette possession des droits (possessio juris, quasi possessio). L'étude de leurs tentatives est toutefois très importante pour l'histoire de la formation de la théorie de la possession dans le droit moderne.

Nos développements seront donc consacrés successivement à la possession des choses et à la possession des droits. En appendice, nous dirons quelques mots

Source : BIU Cujas

de la possession de bonne foi.

A. LA POSSESSION DES CHOSES.

Définition de la possession des choses au sens large.

Dans son sens le plus large, la possession des choses peut être ainsi définie: Le rapport extérieur immédiat entre une personne et une chose. La possession ainsi entendue, c'est simplement le contenu même du droit de propriété, c'est le moyen indispensable à tout propriétaire pour atteindre son but, à savoir l'utilisation économique de sa propriété. Matériellement, en effet, le propriétaire se trouve dans l'impossibilité d'user de son droit de propriété, s'il ne possède pas. C'est ce qui porte à confondre dans le langage courant propriété et possession. On dit indifféremment: "Je possède cette maison"; "je suis propriétaire de cette maison".

La possession au point de vue juridique.

Si la possession n'avait d'autre importance que d'être le contenu du droit de propriété, elle ne devrait pas faire l'objet d'une étude spéciale: elle se confondrait en effet avec l'étude du droit de propriété. Mais la possession ne se confond pas nécessairement avec la propriété (1). Elle peut être envisagée, abstraction faite de toute idée de propriété, et, envisagée sous cet aspect particulier, la possession devient une institution juridique pleinement autonome, à contour nettement délimité. En effet tout rapport extérieur immédiat entre une personne et une chose, ne constitue pas toujours une possession au sens juridique du mot. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que ce rapport extérieur réalise certaines conditions. Alors seulement, il engendrera certaines conséquences juridiques, dont les deux plus importantes, aussi bien en droit romain qu'en droit moderne, sont:

Ses conséquences.

L'acquisition de la propriété par l'usucapion.

1° - de conduire à l'acquisition de la propriété par l'usucapion, dans le cas où la possession se continue pendant un certain délai. C'est ce que les interprètes anciens appelaient la possession ad usucapionem, tendant à l'usucapion.

La protection par les interdits possessoires.

2° - D'être protégée judiciairement, sanctionnée

---

(1) C'est ce qu'affirme avec la plus grande netteté Ulpien au Dig. 43,17,I,2: separata esse debet possessio a proprietate: fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit: fieri potest, ut et possessor idem et dominus sit. La possession doit être séparée de la propriété: il peut en effet arriver qu'une personne soit possesseur et ne soit pas propriétaire, et à l'inverse qu'une personne soit propriétaire et ne soit pas possesseur. Il peut aussi arriver

Source : BIU Cujas

La protection par les interdits possessoires.

par des moyens de droit particuliers appelés, à Rome, interdits possessoires et, aujourd'hui, actions possessoires (possession ad interdicta des anciens interprètes).

En ce qui concerne le droit romain, les interdits possessoires étaient de deux sortes:

1° - Les interdits donnés pour faire conserver la possession, interdits retinendae possessionis.

2° - Les interdits donnés pour faire recouvrer la possession, interdits recuperandae possessionis.

Ainsi donc, le possesseur, au sens juridique du mot, est protégé par cela seul qu'il possède, sans qu'on s'occupe s'il est propriétaire ou non de la chose.

Distinction des possesseurs et des détenteurs.

Du point de vue de la protection des interdits, le possesseur s'oppose au détenteur, qui n'a pas droit à la protection des interdits. D'où la nécessité immédiate de donner un tableau des possesseurs en droit romain, et des simples détenteurs.

Etaient à Rome, à l'époque classique, considérés comme possesseurs, c'est-à-dire avaient droit à la protection des interdits:

Sont possesseurs à Rome:

Le propriétaire.

1° - Le propriétaire lui-même. C'est le cas normal. Presque toujours propriété et possession vont de pair. Mais la disjonction se produit en certains cas.

Le possesseur de bonne foi.

2° - Celui qui se comporte en maître sur une chose en s'en croyant propriétaire, alors qu'il ne l'est pas. C'est ce qu'on appelle le possesseur de bonne foi.

Le possesseur de mauvaise foi.

3° - Est considéré comme un possesseur celui qui se comporte en maître sur une chose, en sachant pertinemment qu'il n'en est pas propriétaire: le possesseur de mauvaise foi: le voleur, l'usurpateur.

Autres personnes.

4° - Certaines personnes qui entendent conserver la chose en n'ayant pas la prétention de s'en arroger la propriété, à savoir, le créancier gagiste, qui a reçu de son débiteur une chose en garantie de sa créance, le séquestre, sorte particulière de dépositaire, le précariste, sorte d'emprunteur à usage, le locataire à long terme, souvent appelé emphytéote.

Simples détenteurs.

Au contraire, étaient considérés par les Romains, à l'époque classique, comme de simples détenteurs, n'ayant pas droit à la protection des interdits:

1° - Le dépositaire,

2° - Le commodataire, celui qui a reçu une chose à titre de prêt à usage, par exemple un cheval pour s'en servir.

3° - Le locataire ordinaire, par exemple le fer-

---

(1) suite: qu'une personne soit en même temps possesseur et propriétaire - Cf. Ulpien Dig. 41,2,12,1: Nihil commune habet proprietas cum possessione.

Source : BIU Cujas

mier.

4° - L'usufruitier, ou d'une manière générale, tout titulaire d'une servitude personnelle.

Dans ces cas, les interdits appartiennent: au déposant, au commodant (celui qui a prêté la chose), au bailleur, au nu propriétaire.

La protection possessoire est donc donnée à des voleurs, des usurpateurs. Le droit paraît se faire leur complice. A première vue, cela paraît inexplicable. Comment le droit a-t-il pu protéger un individu qui est manifestement un usurpateur ? C'est la question célèbre du fondement de la protection possessoire.

Fondement de la protection possessoire.

Nous rencontrons deux grandes théories, deux grands noms, qui s'opposent l'un à l'autre:

1° - La théorie de Savigny, Traité de la possession, Ière édition, 1803, traduction française, 1866. Nous citerons d'après la deuxième édition de la traduction Staedtler, Bruxelles, 1870. Pour Savigny, les interdits donnés au possesseur seraient des actions pénales, établies dans un but de police, dans l'intérêt de la paix sociale, du bon ordre, de l'ordre public. Il faut empêcher les gens de se faire justice à eux-mêmes. Celui qui trouble la possession d'autrui, en voulant reprendre sa chose, sans jugement, commet contre le possesseur un délit que les interdits sont destinés à réprimer.

Théorie de Savigny: l'ordre public.

2° - La théorie de Jhering, Fondement de la protection possessoire, 1865.

Les interdits possessoires ont été établis dans l'intérêt des propriétaires, afin de leur faciliter le recouvrement de leur propriété, afin de les dispenser de la preuve toujours difficile du droit de propriété. Sans doute, la protection possessoire pourra profiter à des non propriétaires. Mais, dit Jhering, il n'en sera ainsi qu'accidentellement. Presque toujours elle profitera à des propriétaires. L'avantage, pour eux, compense largement l'inconvénient résultant de la protection possible d'un usurpateur. Et Jhering condensa sa pensée dans cette formule devenue célèbre: "La possession est l'ouvrage avancé de la propriété".

Théorie de Jhering: l'intérêt des propriétaires.

M. Fliniaux a découvert la même formule dans un article publié, avant l'ouvrage de Jhering, par un Français resté obscur, Esquirou de Parieu, Revue de droit français et étranger, 1849, page 187 et suivantes. L'ouvrage de Jhering est de 1865. On lit page 191 de cet article "La propriété, dont la possession est la présomption et le signe, réclame une sauvegarde contre les voies de fait, qui ne sauraient atteindre cette dernière sans menacer le droit le plus élevé qu'elle couvre. L'action protectrice de la possession est donc sous cet aspect, si la comparaison nous est permise, une sorte d'ouvrage avancé

La possession est l'ouvrage avancé de la propriété.

Source : BIU Cujas

qui défend les abords de la propriété elle-même contre les attaques dont le contrecoup l'ébranlerait elle-même".

L'idée de Jhering doit être retenue pour les interdits retinendae possessionis.

Quel est le système le meilleur ? Mr. Fliniaux croit possible de faire état des deux idées qu'ils renferment. En effet, l'idée de Jhering, d'après laquelle la possession a été protégée en vue de la propriété, se trouve en harmonie avec l'affirmation de Gaius, 4,148, suivant laquelle les interdits retinendae possessionis, ceux qui ont pour but de faire maintenir quelqu'un en possession, ont été introduits en vue du procès civil en revendication donc en vue de protéger le droit de propriété lui-même Rappelons les développements donnés à propos du sacramentum in rem: la question de possession était posée au cours de ce procès. Mais l'idée de Jhering paraît insuffisante pour expliquer l'autre catégorie d'interdits possessoires, les interdits recuperandae possessionis, ceux qui ont pour but de faire recouvrer la possession perdue. Pour ceux-ci, il paraît impossible de ne pas faire appel à l'idée de Savigny, l'idée d'ordre public et de police.

L'idée de Savigny pour les interdits recuperandae possessionis.

Sur le fondement de la protection possessoire, renvoyons à la thèse de Jean Appleton, Essai sur le fondement de la protection possessoire, Lyon 1892.

Après ces considérations générales sur la possession, nous pouvons entrer dans le détail de la théorie romaine de la possession. Nous suivrons le plan suivant:

Section I - Eléments constitutifs de la possession. Criterium de la distinction de la possession et de la détention.

Section II - Acquisition de la possession.

Section III - Perte de la possession.

Section IV - Sanctions de la possession.

Section I

Eléments constitutifs de la possession.

Criterium de la possession et de la détention.

Bibliographie.

1° - Un article très important de Saleilles, Etude sur les éléments constitutifs de la possession, Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur, 1893-1894. Il existe un tirage à part de cet article.

2° - Duquesne, Distinction de la possession et de la détention en droit romain, thèse, Paris, 1898.

Les interprètes du droit romain ont pris l'habitude de décomposer la notion de la possession en deux éléments bien différents:

1° - Un élément purement matériel, qu'on appelle

Source : BIU Cujas

Les deux éléments de la possession.

le corpus.

2° - Un élément intentionnel, spirituel, qu'on appelle l'animus.

1° - L'élément matériel, le corpus.

Dans la conception romaine, le corpus est le pouvoir physique sur la chose, et c'est la définition qu'en donne Savigny. Mais, comme l'a montré Jhering, cette formule, si elle correspond à la conception des peuples primitifs, non seulement ne s'adapte plus aux nécessités économiques modernes, mais encore ne s'adaptait déjà plus aux nécessités économiques du temps des Romains. En conséquence, Jhering a proposé cette définition plus large du corpus: C'est l'acte matériel d'appréhension de la chose conformément à sa destination économique. Cette définition permet d'expliquer qu'on possède des meules de foin dans un champ, des coupes de bois dans une forêt, du bétail dans des pâturages, car la destination économique de ces différentes choses est d'être tenues matériellement à certains moments seulement, par opposition à d'autres choses, les objets précieux par exemple. Cependant la doctrine romaine s'est contentée de conserver purement et simplement la notion originaire du corpus, et , suivant la façon imagée de s'exprimer de Jhering, "ses efforts pour concilier celle-ci avec le développement réel de la possession dans le droit nouveau, ressemblent à l'essai de faire entrer le corps d'un homme fait dans les vêtements qu'il portait dans ses jeunes années". Les développements de Jhering sur cette question du corpus se trouvent dans son article Besitz (Possession) dans la 1ère édition (seulement) du Dictionnaire d'Economie politique de Conrad, Iena, 1891, page 419, trad. française par Meulenaere dans les Oeuvres choisies de Jhering, t. II, 1893, p. 246.

2° - L'élément intentionnel: l'animus.

C'est une matière beaucoup plus délicate: tout va se passer ici dans le cerveau de l'individu.

L'animus est nécessaire dans la possession et la détention.

A côté de l'élément extérieur, purement matériel, qu'est le corpus, la possession, comme d'ailleurs la simple détention a nécessairement un élément intentionnel, l'animus, la volonté. En effet, sans la volonté, le rapport extérieur avec une chose, fût-il même un contact corporel immédiat, est en réalité un simple rapport de juxtaposition locale, complètement indifférent en droit. C'est ce que les jurisconsultes romains font très bien comprendre avec l'exemple d'un dormeur dans la main duquel on place un objet. Il n'y a ni possession, ni détention. Digeste 41,2,1,3.

N'est-ce pas dans le caractère de cet élément intentionnel que réside le criterium de la distinction de la possession et de la détention ?

Source : BIU Cujas

A ce point de vue, trois théories principales méritent d'être retenues, parmi les très nombreuses théories qu'a vu naître la science du droit romain, car ces trois théories ont dépassé le cadre du droit romain lui-même, et se trouvent à la base de tout système législatif moderne.

Théorie de Cujas et de Pothier.

La première théorie est celle du grand jurisconsulte Cujas, suivi par Pothier, Traité de la possession n° 5 et suivants. D'après cette théorie, (pas un manuel n'en parle), il faut distinguer la possessio ad usucapionem, tendant à l'usucapion, et la possessio ad interdicta, tendant à la protection possessoire, à l'exercice des interdits. S'agit-il de la possessio ad usucapionem, ce que Cujas et Pothier appellent avec les textes romains, la possession civile (possessio civilis), l'animus est l'animus dominantis, c'est-à-dire l'intention de se comporter comme un propriétaire. La possessio ad interdicta, celle qui est protégée par les interdits, est caractérisée par ce qu'on appelle l'animus sibi habendi, c'est-à-dire l'intention de posséder pour soi. Pothier n° 6.

Distinction de trois sortes d'animus.

Quant à la simple détention, elle est caractérisée par l'animus alieno nomine tenendi, la volonté de posséder pour autrui. Pothier, n° 5.

La 2° théorie est celle de Savigny. Traité de la possession, 1° édition, 1803, Savigny arrive dans la pratique à des résultats analogues à ceux auxquels on arrive avec la théorie précédente, mais la théorie est différente. Est possesseur, - et pour Savigny, il n'y a pas lieu de distinguer la possessio ad usucapionem et la possessio ad interdicta, - celui qui a l'animus domini, c'est-à-dire la volonté de se comporter sur la chose à la façon d'un propriétaire (l'expression: animus domini, qui ne se trouve pas dans les textes romains, a été forgée par Savigny). Est détenteur celui qui a la volonté de posséder pour un autre, reconnaissant le droit de propriété de cet autre.

Théorie de Savigny: l'animus domini.

Conséquences conformes aux textes.

Voici les hypothèses où la théorie de Savigny fonctionne bien. Le fermier ne possède pas, il est un simple détenteur, parce qu'il ne considère pas la chose comme lui appartenant. Le voleur a la possession, parce qu'il agit sur la chose à la façon d'un propriétaire; on ne volerait pas si on ne voulait pas ensuite agir comme un propriétaire.

D'autre part, il n'y a pas de possession possible, par suite du manque d'animus domini, dans les deux cas suivants, donnés par les textes romains: 1°- Chez les personnes en puissance. En effet, exception faite pour les pécules, ces personnes ne peuvent pas être propriétaires.

Source : BIU Cujas

2° - A l'endroit des res extra commercium, parce qu'elles ne sont pas susceptibles de propriété privée. Savigny, traduction, page 103 et suivantes.

Solutions que Savigny n'explique pas.

Jusqu'ici la théorie se concilie très bien avec les textes romains. Mais que décider dans les hypothèses où le droit romain considérait comme possesseurs des individus qui n'ont certainement pas la prétention d'agir en propriétaires sur la chose, à savoir le créancier gagiste, le séquestre, le précariste, le locataire à long terme ? Il s'agit là manifestement de possesseurs alieno nomine, et cependant la protection possessoire leur est accordée à Rome.

Il y voit des cas de possession dérivée.

Savigny a cru s'en tirer en disant: il s'agit là d'exceptions au principe général. Ce sont des hypothèses où le possesseur véritable a cédé sa possession, et en même temps a laissé à d'autres personnes le soin de la faire protéger. Ce sont ce que Savigny appelle des cas de possession dérivée.

Théorie de Jhering.

La 3° théorie, celle de Jhering, est toute différente. On la trouve exposée dans son ouvrage intitulé: Der Besitzwille, La volonté de posséder, 1889, Trad. française: Le rôle de la volonté dans la possession, par Meulenaere, Paris, 1891.

L'animus tenendi.

D'une part, pour de Jhering, l'animus domini n'est exigé que pour la possessio ad usucapionem. D'autre part, en ce qui concerne la possessio ad interdicta, l'animus, de même que le corpus, ne diffère pas dans la détention et dans la possession. Ce n'est pas sur la volonté que repose la distinction de la possession et de la détention. Dans la possession, comme dans la détention, l'animus, pour Jhering, est tout simplement l'intention de garder la chose, en d'autres termes, d'exercer le corpus. C'est l'animus tenendi. Donc tout rapport possessoire, pour Jhering, est en principe une possession proprement dite.

Les cas de détention s'expliquent par des considérations pratiques.

Mais alors comment expliquer les cas de détention, dans certains rapports possessoires déterminés ? C'est que le Droit, obéissant à des motifs pratiques, le plus souvent d'ordre économique ou social, enlève les effets de la protection possessoire, quoique les conditions légales de la possession soient réunies. Tels sont les cas de détention. Ce sont, pour Jhering, des rapports possessoires dans lesquels des motifs exclusivement pratiques font obstacle à ce que les effets de la possession se produisent.

Explication de la détention par le fermier.

Voici un exemple concret. Nous allons voir un individu, pour des motifs pratiques, être considéré à Rome comme détenteur, alors qu'il devrait être considéré comme possesseur. C'est le cas du fermier ou du locataire. D'après Jhering, il devrait être considéré comme posses-

Source : BIU Cujas

seur: il a bien l'animus tenendi. Mais on a refusé, à Rome, aux fermiers et aux locataires la protection possessoire pour une raison pratique, pour les maintenir sous la dépendance du bailleur, car c'est alors à celui-ci qu'ils doivent recourir pour exercer la protection possessoire, ce qui les maintient sous sa dépendance. D'autre part, le bailleur pourra, de cette façon, leur reprendre plus facilement la chose louée. Lire les développements intéressants de Jhering. Rôle de la volonté, p. 102 et suiv.

En résumé, voici en quoi consiste la différence entre le point de vue de Savigny et le point de vue de Jhering. Tandis que Savigny prend pour point de départ la détention qui, par l'adjonction de l'animus domini, s'élève au rang de possession, Jhering, au contraire, prend pour point de départ la possession qui, par suite d'un obstacle légal ayant son fondement dans les nécessités pratiques, descend au rang de détention.

Confrontons la théorie de Jhering avec les textes. Sa théorie se concilie très bien avec certains textes romains. Voici les deux plus importants.

Textes conformes à la théorie de Jhering.

1° - Digeste, 41,3. De usurpationibus, 44,I, d'après lequel le fils de famille, devenu paterfamilias à son insu, possède pour lui-même. Cependant, il ne peut pas avoir l'animus domini, puisqu'il se croit incapable d'être propriétaire.

2° - Digeste, 41.3.21. Celui qui reçoit à titre de louage sa propre chose interrompt la prescription du bailleur. Il acquiert donc la possession, bien qu'il ne sache pas que la chose est à lui. Il n'a donc pas l'animus domini, mais tout simplement l'intention de se comporter comme locataire, c'est-à-dire l'intention de garder la chose.

Telles sont les trois théories qui méritaient d'être examinées, car elles ont joué un grand rôle dans la construction de la théorie moderne de la possession. Apprécions maintenant ces trois théories, en nous plaçant successivement aux deux points de vue suivants:

1° - Le point de vue du droit romain pur: quelle est la véritable théorie romaine ?

2° - Le point de vue du droit moderne.

1° - Quelle est la véritable théorie romaine ?

La théorie romaine de la possession a varié.

Des travaux récents, principalement d'auteurs italiens: Bonfante, Riccobono et Albertario (voir les références dans une note de la 8° édition du Manuel de Girard, pages 289, note 5) et un article posthume de Lefèvre, Mélanges Cornil, 1926, ont montré que les Romains n'avaient pas connu une théorie unique de la possession. Leur théorie de la possession a varié suivant les époques et aussi suivant les jurisconsultes.

Si nous laissons de côté la question encore obs-

Source : BIU Cujas

cure des origines mêmes de la théorie (sur cette question, voir: Cuq, Recherches sur la possession à Rome sous la République et au premier siècle de l'Empire. Nouvelle Revue Historique 1894, et Bonfante, le point de départ de la théorie romaine de la possession, Ecrits juridiques de Bonfante, tome III), il convient de distinguer avec soin l'époque classique et le droit de Justinien.

I - L'époque classique.

Les jurisconsultes classiques distinguent trois espèces de possession:

1° - Ce qu'ils appellent la possessio civilis. C'est la possession, qui conduit à l'acquisition de la propriété quiritaire par l'usucapion. C'est la possessio ad usucapionem des interprètes. Ici l'animus qui est requis, est l'intention de se comporter comme un propriétaire. Mais on ne trouve pas dans les textes l'expression de Savigny, animus domini.

La possessio civilis (ad usucapionem).

La 2ème sorte de possession est la possessio naturalis, qui correspond à la simple détention, et ne donne pas droit à la protection possessoire, aux interdits.

La possessio naturalis (détention).

La 3° sorte de possession est ce que les jurisconsultes appelaient à l'époque classique la possessio tout court. C'est la possessio ad interdicta.

La possessio tout court (ad interdicta).

En ce qui concerne la distinction entre les deux dernières sortes de possession, la possession et la détention, il semble bien, d'après des travaux récents, qu'une évolution a eu lieu au cours de l'époque classique. C'est ce qui résulte de l'étude faite par Lefèvre, dans l'article précité, d'un cas particulier, le cas du propriétaire qui devient par erreur locataire de son propre fonds. A l'époque de Javolenus et pendant la plus grande partie de l'époque classique, il acquiert la possessio ad interdicta quoiqu'il n'ait pas l'intention de posséder pour lui. Digeste 41.3.21.1. C'est un des textes sur lesquels Ihering s'appuie.

Evolution pour le cas du propriétaire devenu locataire par erreur de son fonds.

Mais ce n'est qu'un moment de l'évolution. En effet, une théorie professée par Paul amènera, en ce qui concerne ce cas particulier, un revirement complet de la législation romaine. Paul, en effet, exige, d'une façon générale, un animus spécial qu'il appelle animus possidentis pour les véritables possesseurs, par opposition aux simples détenteurs. Digeste 13.7. 37; 41.2.1.1. Ce sont les textes sur lesquels s'appuie principalement Savigny.

Conséquence de cette nouvelle doctrine en ce qui concerne notre cas concret: on ne considéra plus comme un véritable possesseur celui qui est devenu locataire de sa propre chose. Const. de l'année 293, Code de Justinien, 4.65.25.

Source : BIU Cujas

II - L'époque de Justinien.

Ici encore, il y a de nombreux travaux d'auteurs italiens, résumés dans Bonfante. Institutions de droit romain, 8° édition, 1925, page 347. Voici les innovations qui paraissent les plus certaines. Le droit byzantin aurait altéré la notion originelle de possessio naturalis, celle qui, à l'époque classique, ne visait que le détenteur, en étendant la protection possessoire à certains détenteurs, comme le soutient Mr. Albertario, ou, comme le soutient Mr. Riccobono, à tous les détenteurs.

Réformes de Justinien.

Pour la terminologie, la possessio ad interdicta, possessio tout court à l'époque classique, est appelée dans les textes de Justinien possession légale (ἔννομος νομή).

2° - Appréciation des théories au point de vue du droit moderne. Position prise par le Code civil français.

Bien que le livre de Savigny sur la possession ait paru en 1803, le Code civil français, promulgué en 1804, n'a rien à voir, en ce qui concerne la possession, avec le système de Savigny, qui ne fut connu en France que beaucoup plus tard. Cependant les solutions, aussi bien pratiques que théoriques, édictées par le Code de 1804 sont en somme conformes à la conception de Savigny, si bien qu'aujourd'hui, du point de vue législatif, on peut dire, sans erreur, que le Code civil se rattache à la conception de Savigny, par opposition à la conception de Jhering.

Le Code Civil a adopté la théorie de Pothier.

La raison en est que le Code civil n'a fait qu'adopter la doctrine enseignée par Pothier, Traité de la possession, qui, lui-même, n'avait fait que reproduire la théorie soutenue au XVI° siècle par Cujas.

A la lumière de ces observations, les articles du code civil relatifs à la possession s'éclairent d'un jour tout nouveau. Le Code Civil français ne contient pas, comme les Codes récents, une théorie générale de la possession. La possession n'y est étudiée qu'incidemment, à propos de la prescription. Titre XX, De la prescription; chapître I, Dispositions générales; Chapître II, De la possession.

Absence de théorie générale de la possession.

L'article 2228 contient une définition de la possession , qui vise à la fois la possession proprement dite, juridique, et la simple détention: "La possession est la détention ou la jouissance d'une chose que nous tenons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient en notre nom". Il n'est parlé dans cet article que du corpus et en aucune façon de l'élément intentionnel.

Définition de la possession.

Puis, l'article 2229 énumère les conditions que doit remplir la possession pour pouvoir conduire à la prescription, à l'usucapion: "Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, pu-

Conditions de la possession.

Source : BIU Cujas

blique, non équivoque, et à titre de propriétaire". Les conditions de possession continue, non interrompue, paisible, publique, non équivoque, s'appliquent à toute espèce de possession, aussi bien à la possessio ad interdicta qu'à la possessio ad usucapionem. Mais en est-il de même pour la dernière condition: à titre de propriétaire ? Non. Dans l'esprit du Code, cette condition n'est exigée que pour la possessio ad usucapionem. Pour la possessio ad interdicta, le Code ne fait qu'appliquer la vieille distinction de Cujas, reprise par Pothier, entre ceux qui possèdent pour eux-mêmes (animus rem sibi habendi) et ont droit à la protection possessoire, et ceux qui possèdent pour un autre (animus alieno nomine tenendi), les simples détenteurs, auxquels il refuse l'exercice des actions possessoires. Dans l'article 2230 on trouve exprimée avec la plus grande netteté cette opposition, d'une part entre posséder à titre de propriétaire et posséder à titre de non propriétaire (usucapio ad usucapionem), et d'autre part entre posséder pour soi et posséder pour un autre (possessio ad interdicta).

Les détenteurs n'ont pas les actions possessoires.

De même, d'après l'article 23 du Code de Procédure civile, les actions possessoires ne peuvent être intentées que par ceux qui sont en possession à titre non précaire, et l'article 2236 du Code civil donne comme exemple de détenteurs précaires: le fermier, le dépositaire, l'usufruitier.

Si, le Code Civil français mis à part, nous examinons le problème général de la possession, tel qu'il se pose aujourd'hui du point de vue législatif, nous voyons que ce problème est dominé par les conceptions de Savigny et de Jhering. Le législateur actuel est obligé nécessairement de choisir entre l'une et l'autre conception, et il en sera tout différemment, suivant qu'il adoptera le point de vue de Savigny ou le point de vue de Jhering. En effet, pour Savigny, la détention est la règle, et la possession est l'exception. Par conséquent, ce qui doit être réduit à la plus simple expression, ce sont les cas de possession sans animus domini; ce sont, pour employer la terminologie de Savigny, les cas de possession dérivée. Au contraire, dans la conception de Jhering, la possession est la règle, et la détention l'exception. Dès lors, la détention ne doit être admise par le législateur moderne que pour des raisons péremptoires d'utilité publique, et plus les raisons qui ont pu paraître péremptoires dans l'état social romain s'évanouissent aux yeux des législateurs modernes, par exemple en ce qui concerne les rapports du fermier et du bailleur, plus le domaine de la détention doit aller se rétrécissant, au profit de celui de la possession.

Les Codes récents s'orientent vers la conception de Jhering.

C'est du côté de la conception de Jhering que se sont orientés les Codes les plus récents, qui con-

Source : BIU Cujas

Ils donnent une théorie générale de la possession.

tionnent, à la différence du Code Civil français, une théorie générale de la possession. Ils ne l'étudient pas seulement dans ses rapports avec l'usucapion, mais ils en font une étude générale ayant en vue toutes les conséquences juridiques qui peuvent découler de la possession.

Le Code allemand donne la possession au fermier et au bailleur.

Dans le Code Civil allemand, tout rapport possessoire constitue une possession proprement dite. Donc, à la différence du Code civil français, le fermier, le locataire, le dépositaire, sont considérés par le droit allemand comme des possesseurs ayant droit à la protection possessoire. Cependant le Code civil allemand reconnaît en même temps la possession à celui qui a confié sa chose au fermier, au locataire, ou au dépositaire. Donc, des deux côtés, on a la possession. On a donné la protection possessoire au bailleur. C'est ce que les Allemands appellent des cas de possession indirecte (qu'il ne faut pas confondre avec les cas de possession dérivée de Savigny), Code Civil allemand, B.G.B. § 868.

De même le Code civil Suisse.

Le Code civil suisse, également en vigueur aujourd'hui en Turquie, contient les mêmes dispositions que celles du Code civil allemand. La protection possessoire est accordée à la fois au bailleur et au fermier. Article 920.

La pratique française.

Enfin, faisons remarquer que les idées de Jhering pénètrent inconsciemment dans la pratique française. On assiste en France à une pratique consistant à introduire dans les baux une clause qui donne au fermier le droit d'intenter les actions possessoires à la place du bailleur, ce qui montre que la considération d'utilité économique et sociale, qui existait à Rome, n'existe plus aujourd'hui. Le droit se modèle sur les nécessités économiques et sociales

Section II - Acquisition de la possession.

C'est une matière très importante (I). Il faut immédiatement distinguer l'acquisition de la possession par soi-même, et l'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'autrui.

§ I - Acquisition de la possession par soi-même.

L'acquisition de la possession par soi-même exige nécessairement qu'il y ait à la fois chez l'acquéreur les deux éléments constitutifs de la possession:

(I) La question délicate de l'acquisition de la possession par l'héritier sera étudiée dans le livre III, ch.2 effet de l'acquisition de la succession.

Source : BIU Cujas

le corpus et l'animus. C'est ce que dit expressément la règle célèbre que nous avons déjà rencontrée à propos du mariage sine manu. Dig. 41,2, 3, I. Et apiscimur possessionem corpore er animo : neque per se animo aut per se corpore.

I - L'animus.

Défaut d'animus.

L'animus est indispensable : sans volonté pas de possession. Par conséquent, la possession ne sera pas transférée, quand l'animus fera défaut, ce qui arrivera :

I° - En cas d'incapacité. Digeste, 41.2. I. Ce texte, très important évoque incidemment l'hypothèse du dormeur, dont nous avons parlé précédemment.

Le fou et le pupille infans.

Furiosus et pupillus (il faut ajouter : infans) non potest incipere possidere, quia effectionem tenendi non habent, sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat, le fou et le pupille (infans) ne peuvent pas commencer à posséder parce qu'il n'ont pas l'intention de garder la chose, comme si quelqu'un place quelque chose dans la main d'un dormeur.

L'erreur exclusive de volonté.

2° - La possession ne peut pas non plus être transférée par défaut d'animus, quand il y a erreur exclusive de la volonté. Digeste, même titre, 34 pr. Je crois prendre possession du fonds Sempronien et c'est le fonds Cornélien que j'appréhende. Il y a erreur exclusive de volonté, il n'y a pas transfert de possession.

II - Le corpus.

Le corpus consiste dans la possibilité d'une appréhension matérielle.

A l'origine, pour acquérir la possession par soi-même, il fallait nécessairement une appréhension matérielle, effective, de la chose. Mais on finit par décider que la possession serait acquise par là même que l'appréhension matérielle est seulement rendue possible. Voici les deux exemples donnés à ce sujet par le jurisconsulte Celse, Digeste, 41.2.18.2. Nous les retrouverons à propos du transfert de la propriété.

I° - Je deviens possesseur d'un meuble, quand j'ai donné l'ordre à mon vendeur de le déposer dans ma maison. Je suis considéré comme ayant le corpus, parce que l'appréhension matérielle est rendue possible.

2° - Je deviens possesseur d'un immeuble dès que mon vendeur me le montre du haut de la tour où se conclut le marché.

L'animus et le corpus peuvent commencer à des moments différents.

Il n'est pas besoin que l'animus et le corpus existent au même moment. L'animus peut très bien commencer à exister à un moment différent du corpus, soit avant, soit après.

Avant. Il en sera ainsi, comme dans le premier exemple, quand on porte chez moi, en mon absen-

Source : BIU Cujas

ce, un objet que j'avais commandé d'y porter.

Après. Il en sera ainsi, quand étant détenteur d'une chose à titre de locataire, j'acquiers ensuite le droit de la détenir comme possesseur, par exemple comme donataire ou comme acheteur.

§ 2 - Acquisition de la possession par l'intermédiaire d'autrui.

La notion de la représentation.

Ici intervient la grande notion de la représentation juridique. C'est encore un morceau à ajouter à l'édification de cette théorie. Le droit romain, en cette matière délicate, est passé par plusieurs phases que l'histoire peut séparer en deux.

L'acquisition par l'intermédiaire des personnes en puissance.

1°Phase - A l'origine, la seule acquisition possible par l'intermédiaire d'autrui est l'acquisition par l'intermédiaire des personnes en puissance. L'acquisition par l'intermédiaire d'autrui a donc ses racines dans le droit même de la famille. Gaius, 2.89. Per eos quos in potestate habemus acquiritur nobis etiam possessio, nous acquérons la possession par l'intermédiaire de ceux qui sont sous notre puissance. Mais , pour Gaius, par le mot potestas il faut entendre seulement la patria et la dominica potestas, car au § suivant (2, 90) il déclare que la question est controversée en ce qui concerne l'acquisition de la possession par l'intermédiaire des personnes in manu et in mancipio, la raison de douter étant que nous ne possédons pas de telles personnes, quia ipsas non possidemus. Cette observation de Gaius est très intéressante, car elle nous éclaire sur le fondement que les Romains donnaient à l'acquisition de la possession par l'intermédiaire des personnes en puissance (Cf. D. 4I.2.I.I4).

A l'époque classique la possession était acquise au titulaire de la puissance, alors même que celui qui s'y trouvait soumis avait l'intention d'acquérir pour un tiers. Un texte du Digeste. 4I.2.I.I9 qui déclare le contraire est certainement interpolé et ne vaut que pour le droit de Justinien.

2ème phase.- On admit que la possession pourrait être acquise par l'intermédiaire des personae extraneae, c'est-à-dire étrangères à la famille, mandataire, gérant d'affaires, mais la réforme ne fut pas faite d'un seul coup.

Elle fut faite d'abord pour les procuratores factotums chargés de l'administration générale des biens d'une personne, par exemple les anciens esclaves restés les intendants de leur maître, et aussi d'autres administrateurs généraux de la fortune d'autrui, les tuteurs.

Source : BIU Cujas

C'est ce que nous apprend Nératius au début du II° siècle, Digeste, 41.I. I3.

Enfin par toutes les personae extraneae.

Puis, à la fin du II° siècle, aboutissement de l'évolution, la règle fut admise d'une manière générale pour toutes les personae extraneae, aussi bien pour les mandataires spéciaux, que pour les mandataires généraux, et aussi pour le gérant d'affaires. La question était encore controversée à l'époque de Gaius, comme il le constate, 2.95. Mais la controverse a été tollatione utilitatis définitivement tranchée en I96, comme nous l'apprend une constitution de Sévère et de Caracalla Code 7.32.I. La façon dont s'exprime le texte (pridem receptum est) montre que la règle était déjà, à cette époque, admise dans la pratique.

La représentation est-elle admise pour les deux éléments?

Dans tous les cas où la possession est acquise par l'intermédiaire d'une persona extranea, il y a représentation juridique. Mais une difficulté surgit. Dans la possession, il y a deux éléments constitutifs. La question suivante se pose alors: la représentation juridique a-t-elle été admise à la fois et pour le corpus et pour l'animus, ou seulement pour le corpus (I)

Elle l'est pour le corpus.

A - Etudions la question d'abord, au point de vue le plus simple, celui du corpus. Ici, pas de difficulté. Les textes disent qu'on peut acquérir la possession animo meo, corpore alieno, avec mon animus et le corpus d'une autre personne.

a) - Exemple où l'animus précède le corpus.

Le mandataire général ou spécial.

C'est le cas courant du mandataire (procurator) général ou spécial, qui acquiert pour moi la possession d'une chose. J'ai l'animus, puisque je lui ai donné mandat. C'est lui qui aura le corpus, et quand, à mon animus préexistant viendra s'ajouter le corpus du mandataire, comme dans une combinaison chimique, les deux éléments réunis me donneront la possession. Procurateur général Nératius, cité plus haut, procurateur spécial Ulpien, Digeste, 41.2.42

b) Exemple, où l'animus suit le corpus.

Le gérant d'affaires.

C'est le cas de la gestion d'affaires. Une personne prend le corpus pour le compte d'une autre personne. Puis celle-ci ratifie l'acte de gestion. En vertu du principe que la ratification équivaut au mandat, au corpus du gérant s'adjoint l'animus du maître. Ulpien, Digeste, 41.2.42.I.

Autre exemple, que nous retrouverons pour le transfert de la propriété. C'est le trait d'union qui a conduit, du droit romain au droit moderne, jusqu'au

---

(I) Il n'y a pas, croyons-nous à faire état, pour la solution du problème, du mot ignoranti que plusieurs textes accolent au représenté, ce mot voulant dire simplement que le représenté ignore le moment précis où le représentant a pris possession de la chose. En ce sens Mitteis; Privatrecht, I, p. 2I3 note 30.

Source : BIU Cujas

Le constitut possessoire.

principe du transfert de la propriété par simple convention. C'est l'exemple du constitut possessoire. Un individu qui possède pour lui-même va posséder pour moi à titre de locataire. Il va désormais posséder pour moi, au lieu de posséder pour lui; constituit se possessorem pro me; il s'est constitué possesseur pour moi. D'où l'expression de constitut possessoire. Cons. Buckland Rev. hist. de droit, 1925, p. 355 et suiv.

L'acquisition alieno animo n'est pas admise en principe.

B- Pour l'animus, en principe, le droit romain n'a pas reconnu la possibilité d'acquérir la possession par l'intermédiaire de l'animus d'autrui. Mais heureusement pour le progrès du droit, il a admis des exceptions, qui sont depuis devenues la règle.

Voici les cas exceptionnels dans lesquels on pouvait acquérir la possession animo alieno:

Exceptions.

I° - Les administrateurs des personnes morales, des municipes, par exemple, vont acquérir la possession pour le compte de ces personnes morales, et ce sont eux qui fournissent l'animus. Digeste, 41. 2.2.

Personnes morales.

Ce point est à indiquer dans une étude sur les personnes morales.

Pupilles.

2° - On décida que les tuteurs pourraient faire acquérir directement la possession à leur pupille, en leur fournissant l'animus. Nératius, cité plus haut.

Difficulté pour le pupille infans.

Mais une difficulté de principe se posait, quand il s'agissait du pupille infans. Celui-ci n'a aucune volonté. Sans doute on pouvait employer le procédé dont se sert le tuteur quand le pupille est infans, la negotiorum gestio. Mais nous sommes loin, alors, de la représentation. Car dans ce cas, qui acquiert la possession? C'est le tuteur, et, par définition, il faut que ce soit directement le pupille. Ce procédé se révèle donc insuffisant.

D'autre part, il est impossible d'appliquer le principe général de la représentation, comme pour les autres pupilles, parce que l'infans n'a pas de volonté et qu'il est de principe que la volonté du représenté est requise pour que la possession puisse lui être acquise directement par représentant.

Les jurisconsultes romains, pour sortir d'embarras, n'hésitèrent pas à commettre une véritable hérésie juridique, en décidant que le pupille infans acquérait la possession avec l'auctoritas de son tuteur, ce qui est une hérésie juridique, parce que:

On a appliqué l'auctoritas tutoris.

I° - L'auctoritas ne peut pas être donnée à l'infans. On ne peut pas ajouter quelque chose à ce qui n'existe pas.

2° - On ne peut fournir l'auctoritas que pour les actes qui rendent la condition pire. Or, ici, l'acte rend la condition meilleure.

Cependant Paul n'a pas hésité ici, à

Source : BIU Cujas

proposer, comme ultimum remedium, l'emploi de ce procédé. Digeste , 4I.2.32.2.

Utilitatis causa.

Utilitatis enim causa hoc receptum est, on a admis cela pour une seule raison d'utilité.

Sur la question de l'acquisition de la possession par le tuteur au pupille infans, et de l'acquisition de la possession par un administrateur de personne morale, voir la monographie de Solazzi, De quelques controverses relatives à la doctrine romaine de l'acquisition de la possession par l'intermédiaire de représentants, I9II, et le compte rendu par Debray, Nouvelle revue historique, I9I3, page 836.

Section III - Perte de la possession.

La possession exigeant dans son existence et dans son acquisition le corpus et l'animus, un élément matériel et un élément intentionnel, la perte de la possession peut aussi se rattacher à l'un ou à l'autre de ces éléments. Il faut distinguer la perte de la possession par soi-même et la perte de la possession par l'intermédiaire d'autrui.

§ I - Perte de la possession par soi-même.

I° - Perte de la possession corpore, par défaut de corpus.

C'est en principe quand, par sa faute ou non, on ne garde pas ou on n'utilise pas la chose. Exemples: la chose est tombée dans un fleuve, l'animal s'est échappé, le maître a laissé le fonds de terre vacant par sa négligence. Le corpus est perdu.

Perte corpore.

Au contraire, dans deux cas exceptionnels, sur lesquels il y a une littérature tout à fait récente des textes de l'époque classique affirment que la possession n'est pas perdue.

Cas où la possession n'est pas perdue.

Ce sont les cas suivants:

I° - Le servus fugitivus, l'esclave fugitif.

2° - Les saltus aestivi hybernique, les pâturages d'été et d'hiver, (transhumance des troupeaux).

Dans ces deux cas, disent les textes, on peut dire que la possession animo retinetur, est retenue par l'animus. Mais M. Albertario, dans deux études récentes , pour le premier cas, une monographie intitulée: les problèmes de la possession relatifs au servus fugitivus, I929,et, pour le second cas, un article dans les Annales de l'Université Royale de Macerata, tome V, I929, a démontré que la règle possessio animo retinetur n'aurait été reconnue qu'à l'époque de Justinien, par

Source : BIU Cujas

remaniement des textes classiques, et qu'à l'époque classique, c'est seulement utilitatis causa qu'on donnait une entorse au principe, principalement en vue de permettre au possesseur de continuer à usucaper. (I)

En cas de dépouillement de la possession par un tiers, il y avait un cas intéressant: celui de l'occupation par un tiers pendant l'absence du possesseur. On décida que le possesseur ne serait pas dépouillé de sa possession, s'il expulse le tiers dès qu'il apprend l'occupation.

II - Perte de la possessio animo.

Perte animo.

C'est en principe par la volonté qu'on aura de ne plus posséder. Mais il faut nécessairement une manifestation contraire de volonté, car la volonté de posséder se maintient jusqu'à nouvel ordre.

III - Perte de la possession par défaut d'animus et de corpus.

Perte corpore et animo.

C'est le cas le plus fréquent. Par exemple le possesseur remet volontairement la chose à un tiers, l'abandonne. (Je n'essaie pas de retirer aussitôt la chose tombée dans un fleuve), vient à mourir.

§ 2 - Perte de la possession par l'intermédiaire d'autrui.

C'est l'hypothèse où il y a un détenteur de la chose, par exemple un fermier, un locataire, et la question se pose: la perte de la possession peut - elle se produire pour le possesseur, c'est-à-dire le bailleur, dans la personne du détenteur, du fermier où du locataire?

Il faut envisager plusieurs cas.

La folie et la mort du détenteur ne font pas perdre la possession.

I° - La possession ne disparaît pas par la folie et la mort du détenteur à moins que le possesseur ne néglige trop longtemps de faire réoccuper la chose par une autre personne.

L'appréhension par un tiers.

2° - Le possesseur perd la possession, quand la chose est appréhendée par une autre personne. Toutefois, il faut distinguer entre les meubles et les immeubles. Pour les immeubles, la perte ne date que de la connaissance que le détenteur a de l'usurpation sans la faire cesser.

Le détenteur ne peut se changer la cause de sa possession.

3° - Le possesseur ne perd pas la possession, quand le détenteur, par sa seule volonté, entend désormais posséder pour lui-même. C'est la fameuse règle: nemo causam possessionis sibi mutare potest, per-

(I) Il s'agit là de certains des essais tentés par la législation romaine pour adapter aux nécessités économiques la notion matérielle primitive du corpus. Voir plus haut: Eléments constitutifs de la possession.

Source : BIU Cujas

sonne ne peut changer à soi-même la cause, le titre, de sa possession. Le détenteur ne peut pas par sa simple volonté s'arroger la possession à lui-même en entendant posséder pour lui-même. C'est ce que dit l'article 2231 du Code civil: Quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire.

Section IV -Sanctions de la possession.

La condictio possessionis.

On rencontre d'abord un moyen de droit, dont les manuels ne parlent pas, et que plusieurs textes du Digeste nous montrent servant à sanctionner la possession dans certains cas particuliers. C'est une condictio, c'est-à-dire une action fondée sur l'enrichissement sans cause, que les interprètes du droit romain appellent condictio possessionis, et dont l'exemple le plus frappant se trouve au Digeste, I3,3,2.

Les interdits possessoires.

A côté de ce moyen particulier qui, d'après certains auteurs, ne daterait que de Justinien (Siber, Röm. Recht. II, p. 214, on rencontre comme sanction générale, normale, de la possession les interdits possessoires. Ce sont les moyens de droit qu'ont à leur disposition les possesseurs au sens juridique.

Protection de la détention.

Est-ce à dire que la simple détention est laissée entièrement sans protection? Non, mais elle n'est pas protégée par les interdits possessoires. Comment est-elle protégée?

L'action d'injures.

C'est d'abord au moyen de l'action d'injures rencontrée pour les res extra patrimonium, puis par certains interdits spéciaux, qui ne sont pas des interdits

Les interdits spéciaux.

possessoires, par exemple: l'interdit de loco publico fruendo, donné au fermier d'un locus publicus, c'est-à-dire à un simple détenteur, et aussi un interdit donné au fermier ordinaire, l'interdit quod vi aut clam, donné en raison de toute modification apportée à l'état d'un immeuble.

Les posses - seurs ont seuls les interdits possessoires.

Mais seuls les possesseurs ont les interdits possessoires. Nous allons maintenant les étudier en détail, en allant jusqu'au droit français, comblant ainsi une lacune. Ce n'est que dans le cours de procédure civile, en troisième année, que certains professeurs parlent des actions possessoires en droit français. Cette matière a une grande importance, particulièrement pour les juges de paix, car les actions possessoires sont de la compétence de ces magistrats.

Les Romains ont connus plusieurs interdits possessoires, et avec leur esprit de systématisation, ils les ont très judicieusement répartis suivant le but

Source : BIU Cujas

à atteindre, en deux catégories:

Les deux catégories d'interdits possessoires.

I° - Les interdits retinendae possessionis, pour retenir la possession, sont destinés à faire maintenir dans une possession dans laquelle on est troublé.

2° - Les interdits recuperandae possessionis, destinés à faire recouvrer la possession dont on a été dépouillé.

Passons en revue les principaux interdits possessoires du droit romain, en les répartissant dans l'une ou l'autre de ces deux catégories.

§ I - Les interdits retinendae possessionis.

Les interdits retinendae possessionis.

On en rencontre deux. L'un, appelé l'interdit uti possidetis, des mots que refermait la formule. C'est l'interdit dont on se sert quand il s'agit d'immeubles. Il y a donc ici un intérêt de la distinction des choses en meubles et immeubles.

Quand il s'agit de meubles, l'interdit s'appelle interdit utrubi, ainsi nommé également parce que ce mot se trouve dans la formule de l'interdit.

Ces interdits ont été introduits tous les deux pour régler la possession intérimaire dans le procès en revendication, le sacramentum in rem. Gaius, 4.I48

Epoque d'apparition.

L'existence de l'interdit utrubi, auquel l'interdit uti possidetis ne doit pas être postérieur, paraît connue de Plaute, au milieu du VI° siècle de Rome, comme il ressort d'un passage de sa comédie Stichus, acte V, scène IV, vers I4.

I - L'interdit uti possidetis.

Formule de l'interdit uti possidetis.

Donnons d'abord la formule de cet interdit, qui n'est pas dans les manuels, et qui est importante. Cette formule, telle qu'elle figurait dans l'édit perpétuel de Julien, peut être aujourd'hui reconstituée avec un fragment du Digeste, 43,I7. I. pr. et un passage de Gaius, 4.I60.

Uti nunc eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.

Je défends qu'on vous fasse violence, à l'effet de vous empêcher de posséder ces maisons dont il s'agit de la manière dont vous possédez maintenant, pourvu que vous ne possédiez pas, l'un par rapport à l'autre, ni avec violence, ni clandestinement, ni à titre de précaire, (et non à titre précaire comme on

Source : BIU Cujas

L'origine la clause de possession vicieuse n'est pas insérée.

Telle est la formule de l'interdit uti possidetis, telle qu'elle figurait dans l'édit codifié de Julien . Mais à l'origine, elle n'était pas aussi compliquée. Elle ne contenait pas la clause dite de possession vicieuse , celle qui est constituée par les mots nec vi nec clam, nec precario. En d'autres termes, elle ne contenait pas l'exceptio vitiosae possessionis qui repose sur la distinction faite par les Romains entre la possessio justa et la possessio injusta ou vitiosa. Sur la possessio justa, renvoyons à une thèse récente importante pour le droit moderne: Seligsohn " Justa possessio", Fribourg - en- Brisgau, 1927. Compte rendu de Tisser, dans la Rev. Fond. Savigny, 1929, p. 548. Cette clause est l'origine directe de l'article 2229 du Code civil, que nous avons évoqué en parlant des caractères que toute possession doit présenter, aussi bien pour l'usucapion que pour conduire aux actions possessoires. Les Romains se plaçaient sur le terrain négatif. Ils disaient que la possession devait être exempte de violence et de clandestinité. Le Code civil, lui, se place au point de vue positif. Il dit que la possession doit être paisible, publique.

Formule originelle de l'interdit.

Quelle était la formule primitive de l'interdit uti possidetis, à l'époque où cette clause n'avait pas été introduite? La voici:

Uti nunc possidetis eum fundum, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto.

De même que vous possédez maintenant ce fonds de terre, de même continuez à le posséder. Je défends qu'on fasse violence contre ces choses (c'est-à-dire pour modifier cet état de choses.)

L'interdit double.

De la formule de cet interdit, il apparaît que l'interdit uti possidetis est un interdit double, c'est-à-dire où chaque partie est à la fois défendeur et demandeur, si bien que celui contre qui l'interdit est donné joue à la fois le rôle de demandeur et le rôle de défendeur. Cela s'explique, parce que cet interdit est né dans la procédure du sacramentum in rem, qui était une procédure double. Gaius, 4.160.

Fonctions de l'interdit uti possidetis. Il détermine le rôle de possesseur dans la revendication.

Après avoir dégagé la formule même de l'interdit uti possidetis, nous pouvons déterminer ses fonctions. Elles vont se transformer par l'adjonction dans la formule de la clause de possession vicieuse.

1° - La fonction originaire, c'est, avant le procès en revendication, de faire reconnaître à qui la possession doit être maintenue.

2° - Fonction concomitante à l'introduction dans la formule de la clause nec vi nec clam nec

Source : BIU Cujas

precario . Dorénavant, nouvelle fonction de l'interdit, la possession sera seulement maintenue à condition que le possesseur n'ait pas acquis le fonds ni par violence, ni clandestinement, ni à titre de précaire. Au point de vue pratique, nous assistons, en ce qui concerne sa fonction, à la transformation de l'interdit, qui n'était qu'un interdit retinendae possessionis, en interdit recuperandae possessionis. Cela est très important pour le développement interne de la matière.

Puis il devient recuperandae possessionis.

3° - L'interdit uti possidetis va servir à protéger même la possession dans des cas où elle n'est contestée par personne, par exemple, une personne est troublée dans sa possession par une autre, qui l'empêche de bâtir, ou pénètre dans son fonds. L'interdit est donné. Dans ce cas, l'interdit, au lieu d'être double, aurait dû devenir simple. Mais par esprit de routine et de tradition, les Romains ne l'ont pas fait. Pour cette fonction, la formule double ne peut plus se comprendre.

Il protège la possession non contestée.

II - L'interdit utrubi.

Voici la formule de cet interdit, telle qu'elle figurait dans l'édit de Julien, et reconstituée avec D. 3I,I, pr. et Gaius IV, I60. Ici encore nous trouvons la clause de possession vicieuse. Mais vraisemblablement, à l'origine, elle ne figurait pas dans la formule de l'interdit.

Formule de l'interdit utrubi.

Utrubi hic homo quo de agitur majore parte hujusce anni, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fuit quominus is eum ducat vim fieri veto.

Je défends qu'on fasse violence à quelqu'un, à l'effet de l'empêcher de conduire l'esclave dont il s'agit là où il posséda cet esclave la plus grande partie de cette année, pourvu qu'il n'ait pas possédé vis-à-vis de son adversaire ni avec violence , ni clandestinement, ni à titre de précaire.

L'interdit utrubi était soumis aux mêmes règles que l'interdit uti possidetis , avec cette seule différence que la possession était laissée non pas à celui qui possédait nunc, au moment de la délivrance de l'interdit, mais à celui qui avait possédé le plus longtemps dans le cours de l'année, majore parte hujusce anni.

Condition de la possession

§ 2 - Les interdits recuperandae possessionis.

Parmi ces interdits, quelques-uns sont

Source : BIU Cujas

contestés. Nous n'en parlerons pas: ils n'ont d'ailleurs aucune importance pour les destinées du droit moderne. Nous parlerons seulement de ceux qui ont servi à l'élaboration du droit moderne; ce sont l'interdit unde vi et l'interdit de precario.

I - L'interdit unde vi.

L'interdit unde vi.

Cet interdit existe à l'époque de Cicéron. Il en est beaucoup question dans son plaidoyer Pro Caecina en 685 environ.

Cet interdit s'appliquait seulement aux immeubles. En droit classique, il se divisait en deux, suivant les circonstances qui accompagnaient la dépossession.

1° - L'interdit de vi cottidiana.
2° - L'interdit de vi armata.

I - L'interdit de vi cottidiana.

Cet interdit était donné en cas de violence simple sans les circonstances aggravantes que nous allons voir à propos de l'interdit de vi armata. Voici la formule, telle qu'elle figurait dans l'édit de Julien, reconstituée à l'aide du Digeste, 43.16.I. pr. et les plaidoyers de Cicéron Pro Caecina 30 et Pro Tullio 4.4.

Formule de l'interdit de vi cottidiana.

Unde in hoc anno tu illum vi dejecisti, aut familia tua dejecit, cum ille possideret quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

En raison de ce que dans cette année tu as dépossédé avec violence celui-là ou de ce que tes esclaves l'ont fait alors que celui-là possédait sans que sa possession fût à ton égard ni violente, ni clandestine, ni à titre de précaire; j'ordonne que tu restitues à celui-là toutes les choses qu'il a eues à ce moment à cet endroit.

Il comporte des dommages intérêts.

Cet interdit faisait donc recouvrer la possession, et en même temps, il faisait attribuer des dommages - intérêts à celui qui avait été dépouillé violemment depuis moins d'un an par le défendeur ou par ses esclaves, à moins que lui- même n'eût une possession vicieuse.

Il n'est donné que contre l'auteur de la violence.

D'autre part, et cela est d'une importance capitale pour le droit français, l'interdit n'était pas accordé contre une autre personne que l'auteur de la violence, par exemple contre un tiers possesseur, s'il n'était pas l'auteur même de la violence . Digeste 43. I6.7.

2° - L'interdit de vi armata.

Règles de l'interdit

Cet interdit était donné quand la dépossession avait été accompagnée de circonstances aggravantes, avait

Source : BIU Cujas

de via armata.

eu lieu vi hominibus coactis armatisve, distinction qu'on rencontre encore dans certains articles du Code pénal qui distingue certains délits commis par un isolé; en groupe ou à main armé. Dans ce cas, on était beaucoup plus rigoureux. La formule ne contenait plus la clause de possession vicieuse. D'autre part, on supprimait les mots in hoc anno.

Voici la formule de cet interdit:

Unde tu illum vi hominibus coactis armatisve dejecisti aut familia tua dejecit, illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas.

En raison de ce que tu as dépossédé celui-là avec violence au moyen d'hommes réunis en bande ou armés ou que tes esclaves l'ont fait, j'ordonne que tu restitues à celui-là toutes les choses qu'il a eues à ce moment à cet endroit.

L'interdit de vi sous Justinien.

Dans le droit de justinien, il n'y a plus qu'un seul interdit, appelé de vi, qui suit les règles de l'interdit de vi cottidiana sauf la suppression de l'exception vitiosae possessionis.

II - L'interdit de precario.

Cet interdit est la sanction d'une institution romaine qui est l'origine d'institutions du droit ecclésiastique, la précaire ecclésiastique. Voir le cours d'histoire du droit.

Le precarium est une concession révocable.

Qu'appelait-on à Rome le precarium? C'était la concession d'une chose à quelqu'un, révocable ad nutum. L'interdit de precario tendait à la restitution de la chose ainsi concédée, et à la réparation du préjudice résultant du dol ou de la faute lourde de celui qui avait reçu la chose, le précariste.

Voici la formule de cet interdit:

Formule de l'interdit de precario.

Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti ut desineres habere qua de re agitur, id illi restituas.

J'ordonne que tu restitues à celui-là ce que tu tiens de lui à titre de précaire (voilà l'origine de l'expression nec precario. Nous l'avons élargie pour désigner tout détenteur, par opposition au possesseur, et le Code Civil dit: à titre précaire, tandis que les Romains disaient: à titre de précaire) ou que tu as fait par ton dol en sorte que tu cesses de tenir, au sujet de la chose dont il s'agit.

Page 401 - 41ème et 42ème lignes: lire:
"en grec εὐσεβεῖς πράξεις qui veut dire oeuvres pies par opposition à l'expression εὐσεβεῖς λόγοι

Source : BIU Cujas

§ 3 - Le droit français.

La dénonciation de nouvel oeuvre.

On rencontre en droit français des actions possessoires. Sous Justinien, nous l'avons vu, les interdits étaient devenus des actions. Laissons de côté une action possessoire tout à fait particulière, la dénonciation de nouvel oeuvre, action tendant à faire arrêter les travaux entrepris sur le fonds voisin, lorsqu'ils sont de nature à vous troubler dans la jouissance de votre propre fonds, et qui se rattache à une institution de droit romain, l'operis novi nuntiatio. Oeuvre veut dire travail.

volution es actions possessoires. ière phase:

Dans le droit français, depuis l'origine, le système des actions possessoires est passé par trois phases successives.

Dans une première phase, on rencontre deux actions possessoires, dont l'une peut à la rigueur bien que son domaine ait été étendu, se rattacher au droit romain, à un des interdits possessoires, et dont l'autre, à l'origine, se rattache exclusivement au courant germanique.

La réintégrande est l'interdit unde vi élargi.

L'action possessoire qui se rattache au droit romain est la réintégrande, qui existe encore aujourd'hui. C'est l'extension faite par le droit canonique de l'interdit unde vi du droit romain, mais élargi, étendu.

Nous voyons, en effet, cet interdit donné d'une façon beaucoup plus large, même au simple détenteur, même contre un tiers possesseur de mauvaise foi. On arriva ainsi à un moyen de droit plus large, plus souple que l'interdit unde vi du droit romain, et cependant en dérivant, qui s'appelle la réintégrande. Son origine doit être cherchée dans l'action donnée à un évêque dépossédé pour rentrer en possession de son évêché, quand il avait été dépossédé par n'importe qui, Décret de Gratien, Cause 6, question I, canon 3: Redintegranda sunt omnia expoliatis vel ejectis episcopis. Toutes les choses doivent être rendues aux évêques spoliés et dépouillés. D'où nom de réintégrande donné à l'action considérée comme remedium spolii, remède apporté à un dépouillement. Et on formula ainsi la pensée dont s'inspire le droit nouveau: Spoliatus ante omnia restituatur: Le spolié doit être remis en possession avant tout, cela veut dire que quiconque est dépouillé par violence de n'importe quelle possession, bonne ou mauvaise, grande ou petite, doit avant tout être remis en possession.

Spoliatus ante omnia restituatur.

La complain-

A côté de la réintégrande, dérivant à la fois du droit romain, et du droit canonique qui l'a pliée à sa nouvelle conception, nous rencontrons une deuxième ac-

Source : BIU Cujas

Elle dérive de la saisine du droit germanique qui confond la possession et la propriété.

tion possessoire, qui a ses attaches directes avec le droit germanique. C'est la complainte. Le point de départ de cette action, c'est ce qu'on appelle la possession d'an et jour, la saisine du droit germanique.

Dans le droit germanique, cette possession d'an et jour se confondait avec la propriété elle-même. La notion de propriété y est encore mal dégagée. On est propriétaire, quand on a possédé une chose un an et un jour. La possession n'est pas distincte de la propriété. Lorsque l'institution romaine de la prescription acquisitive, avec ses longs délais de 10, 20 ou 30 ans, se fut implantée dans les pays coutumiers, les choses changèrent de face. Dorénavant la notion de propriété ne put plus se confondre avec la notion de possession. On distingua nettement ce qu'on appelle aujourd'hui le possessoire et le pétitoire, la question de possession et la question de propriété. (Aujourd'hui, le possessoire est de la compétence des juges de paix et le pétitoire de la compétence des tribunaux civils de première instance.)

Distinction du possessoire et du pétitoire.

La complainte protège le possesseur d'an et jour.

Le jour où cette différenciation s'est produite, l'emporta au possessoire celui qui pouvait se prévaloir de la possession d'an et jour ; et un moyen de droit, la complainte, servit à faire protéger cette possession. Ce nouveau moyen s'adapta harmonieusement au premier moyen du droit, la réintégrande. Nous allons voir employer successivement ces deux moyens de droit:

I° - La réintégrande, par celui qui est dépossédé par violence, quelle que soit la possession, même s'il est usurpateur. Il est spoliatus: il doit être restitué ante omnia.

2° - Une fois le dépossédé par violence remis en possession, le spoliateur pourra ensuite faire valoir ses droits à la possession véritable en intentant contre lui la complainte.

S'il prouve qu'il a possédé un an et jour la possession est alors tranchée définitivement à son profit.

2° phase. L'ancien droit assimile la complainte et la réintégrande aux interdits du droit romain.

2° phase: c'est le triomphe du droit romain. Nous allons voir quelle était la situation de notre ancien droit français à la veille du Code civil. Ce sont les idées romaines qui prévalent.

A la fin de l'ancien droit, on assiste à la tendance très nette à assimiler la complainte à l'interdit du droit romain uti possidetis, et la réintégrande à l'interdit unde vi, cette dernière étant alors considérée comme appartenant seulement au possesseur et non au détenteur . On la considère donc comme une véritable action possessoire au sens juridique du mot.

C'est ce que s'efforce de faire Pothier.

Source : BIU Cujas

Il marque la position prise par l'ancien droit à la veille du code civil sur les actions possessoires. Traité de la possession, n° 95. C'est le droit romain, avec une étiquette nouvelle qu'on veut ressusciter. "L'action qu'avait par le droit romain le possesseur d'un héritage, lorsqu'il était troublé dans sa posses - sion, s'appelait interdit uti possidetis. Il en avait un autre, lorsqu'il avait été dépossédé par violence, qu'on appelait unde vi. Notre droit français donne aussi au possesseur, pour l'un et l'autre cas, une action qu'on appelle complainte". Pothier essaie en effet de généraliser la notion d'action possessoire sous le nom de complainte. Il en distingue ensuite les cas. "Lorsque le possesseur l'intente pour le cas où il est troublé dans sa possession, elle s'appelle complainte en cas de saisine (l'origine germanique apparaît) et nouvelleté. Lorsqu'il l'intente pour le cas où il a été dépossédé par violence elle s'appelle complainte pour force ou pour dessaisine, autrement action de réintégrande".

Les deux formes de la complainte dans Pothier.

On peut dire que cette position prise par Pothier est celle qu'ont adoptée les rédacteurs du Code civil de I804 et du Code de procédure de I806.

I° - Le code civil contient un article qui évoque une des actions possessoires, la réintégrande: article 2060 -

2° - Le code de procédure civile, article 23, ne fait aucune distinction entre les actions possessoires. " Les actions possessoires (aussi bien la réintégrande que la complainte) ne sont recevables qu'autant qu'elles auront été formées dans l'année du trouble par ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession à titre non précaire". La loi exige donc les mêmes qualités de la possession et soumet ces actions aux mêmes régles.

C'est aussi le système des codes français.

3° - La loi du 25 Mai I838 vise les dénonciations de nouvel oeuvre, les complaintes, les actions en réintégrande et autres actions possessoires fondées sur des faits commis dans l'année.

Les textes législatifs ne font donc qu'entériner les solutions de la fin de l'ancien droit. C'est le triomphe du droit romain.

Avec la 3ème phase, on assiste à une réaction contre le droit romain, à une offensive dans le style canonique. En effet, et c'est là une épisode des luttes entre la jurisprudence et la doctrine, contrairement à la majorité de la doctrine, qui soutient encore la vieille théorie de Pothier (voir par exemple le Traité de procédure civile de Garsonnet), la jurisprudence français a fait revivre la réintégrande du droit canonique avec tous ses caractères. Ce n'est plus une véritable action possessoire, comme la complainte,

Source : BIU Cujas

La jurisprudence fait à nouveau respecter la vieille règle Spoliatus ante omnia restituatur. Elle accorde la réintégrande même à un simple détenteur, n'exigeant pour les qualités de la possession qu'une possession paisible et publique, mais n'exigeant pas une possession continue, ni une possession d'un an:, ni un titre non précaire. Et cette jurisprudence paraît solidement établie. Mr. Fliniaux y voit une reconnaissance en quelque sorte instinctive des idées de Jhering.

B - La possession des droits.

La possession d'un droit dans le code civil.

En droit moderne, la possession est non seulement l'utilisation d'une chose corporelle, mais encore l'exercice d'un droit manifesté par des signes extérieurs. Code civil français, art. 2228: " La possession est la jouissance d'une chose". C'est la possession que nous venons d'étudier; la possession des choses(possessio corporis); Mais l'art. 2228 ajoute: " ou d'un droit". Cette idée abstraite de la possession d'un droit nous est tellement familière, que nous l'appliquons aujourd'hui à toute espèce de droits. Nous parlons de la possession d'une créance (Code civil art. 1240), de la possession d'un état (Code Civil, (Art. 321.Exemple: possession d'état d'enfant légitime.

La possession longtemps restreinte à Rome aux choses corporelles.

Un tel concept est entièrement étranger aux peuples primitifs qui ne pouvent saisir que les réalités concrètes. Aussi la possession apparaît-elle simplement à leurs yeux comme un pouvoir physique s'exerçant sur une chose corporelle tangible, matérielle, possessio corporis, celle que nous avons étudiée exclusivement jusqu'ici.

Il en fut ainsi longtemps à Rome. Le principe, suivant lequel les choses corporelles seulement, et non les choses incorporelles, peuvent être possédées, est encore affirmé avec force par Paul dans deux fragments du Digeste: 41, 2, 3, pr. Possideri autem possunt quae sunt corporalia; 41, 3, 4, 26: Nec possideri intellegitur ius incorporale.

Par la force même des choses les Romains devaient cependant s'élever à une conception de la possession voisine de notre conception moderne. Ils en arrivèrent en effet progressivement à considérer idéalement la possession comme étant l'exercice, usus, d'un droit, possessio juris par opposition à la possessio corporis originelle.

Droits dont l'exercice se confond nécessairement avec la

L'idée nouvelle commença à se faire jour à propos de certains droits pour lesquels l'exercice consiste précisément à détenir matériellement une chose, de telle sorte que pour ces droits la possessio juris se confonde en quelque sorte

Source : BIU Cujas

avec la possessio corporis, s'établit de la même manière que cette dernière, c'est-à-dire par l'utilisation de la chose. Tel est le cas du titulaire d'une servitude personnelle -usufruit, usage), du titulaire d'un droit de superficie. Aussi voit-on le préteur leur accorder une certaine protection possessoire, sans pour cela qu'il fût porté atteinte au principe suivant lequel le simple détenteur ne jouit pas de la protection possessoire. C'est ainsi que l'usufruitier qui, nous l'avons vu, n'était pas possesseur, mais détenteur, se vit accorder par le préteur, mais alors à titre utile seulement, les interdits possessoires qui sanctionnent la possessio corporis (uti possidetis unde vi). Il en fut de même pour le superficiaire auquel le préteur donne l'interdit de superficie calqué sur l'interdit uti possidetis. Ces divers interdits seront étudiés plus loin, Livre II, Titre II : Les droits réels autres que la propriété: Les servitudes; la superficie.

détention matérielle d'une chose et qui sont protégés par des intérêts quasi-possessoires.

L'usufruit.

La superficie.

Il restait ce qui offrait le plus de difficulté à faire pénétrer la notion de possessio juris dans le domaine des droits dont l'exercice ne se confond pas nécessairement avec l'utilisation, la détention même de la chose. Tel est le cas des servitudes prédiales (ex: droit de passage, droit d'aqueduc). Le préteur, nous le verrons, avait de bonne heure, mais alors de façon toute empirique sans rattachement possible à une théorie encore inexistante de la possession des droits, protégé l'exercice de plusieurs d'entre ces servitudes au moyen d'interdits spéciaux complétement différents des interdits possessoires proprement dits. Des textes du Digeste, dont le plus ancien remonte à un jurisconsulte du II° siècle ap. J.C, Javolenus, attestent que l'on serait allé plus loin en matière de servitudes prédiales, en tant que ces textes affirment que l'usus, l'usage de telles servitudes, devrait être considéré comme équivalent à une possession des droits qu'elles constituent comme une quasi- possessio (théorie de la quasi-possession des servitudes. Voir plus loin livre II, Titre II).

Pénétration de la notion de possessio juris:

dans les servitudes prédiales.

D'autre part, dans le domaine du droit successoral, on rencontre deux manifestations de la possession des droits:

I° - En ce qui concerne la bonorum possessio, succession du droit prétorien (Labéon au Digeste 37, I, 3, I, possessio juris). Voir plus loin: Livre III, les successions à cause de mort ind. génér.

Dans la bonorum possessio.

2° - En ce qui concerne l'exercice de la pétition d'hérédité, action par laquelle on revendique l'ensemble d'une succession des textes de l'époque classique (Ulpien) déclarent expressément que cette action est donnée non seulement contre les possessio res corporis, mais encore contre les possessio res

Dans la pétition d'hérédité.

Source : BIU Cujas

juris (Voir plus loin, Livre III, Titre II, chap. III). Mais le droit romain n'est pas allé plus loin. Et on discute vivement la question de savoir à quel moment y sont apparues ces diverses manifestations de l'idée de la possession des droits. Il y a aujourd'hui une tendance parmi les romanistes à y voir presque entièrement une création du droit de Justinien. En ce sens en Italie, Perozzi di Marzo, Albertario, Bonfante, Arangio-Ruez, en Allemagne Jörs, Leniel.

Destinées de la possession des droits postérieurement au droit romain (I)

Le droit postérieur à la législation romaine a donné une extension beaucoup plus grande à la notion de possessio juris.

Les glossateurs s'en tiennent en principe aux solutions romaines.

Les glossateurs s'en tinrent aux cas romains de possessio juris. Mais ils allèrent jusqu'à étendre aux servitudes prédiales le système de l'interdit uti possidetis donné à titre utile par le droit romain au seul titulaire d'une servitude personnelle, usufruit (Bruns, p. 119 et suiv.)

Grande extension donnée par le droit canonique à la notion de possessio juris.

C'était le droit canonique qui devait étendre considérablement, le champ d'application de la possessio juris en l'appliquant à toute une série de droits nouveaux, fonctions et dignités ecclésiastiques. droits de juridiction, droit de percevoir la dîme, etc. Le droit canonique alla même jusqu'à appliquer la notion de possessio juris aux droits conjugaux: En cas d'action en nullité de mariage, l'exercice des droits conjugaux était maintenu provisoirement, tant que la nullité n'était pas prononcée (Bruns, p. 185 et suiv.)

Quant à la sanction de la possession des droits, elle était assurée en droit canonique, soit pour les interdits possessoires du droit romain (int. uti possidetis, canon 9, Decritales, De probationibus) soit les moyens de droit créés par le droit canonique en cas de spoliation (Bruns , p. 203 et suiv.)

La possession des droits dans les législations modernes.

En ce qui concerne les législations modernes, nous avons vu que le Code Civil français avait dans son art. 2228 consacré de façon générale la possession des droits et en avait reconnu plusieurs applications: possession d'état, art. 321; possession d'une créance, art. 1240. Pour ce qui est de la sanction, elle n'existe que pour les droits réels immobiliers de servitude, de jouissance ou d'usage qui se trouvent seuls protégés par les actions possessoires, Cons. Aubry et Rau, Cours de droit civil français, 5° édition II, § 178 et § 185.

(I) L'ouvrage demeuré classique est celui de Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart (Le droit de la possession au Moyen-Age et dans le présent) 1848.

Source : BIU Cujas

Les codes étrangers apparentés au code Civil français la reconnaissent également: C. Civ. hollandais art. 608 - 610 ; italien 685, 700 espagnol 430 - 432.

Appendice - La possession de bonne foi.

Notion de la bonne foi.

Quand la possession revêt un caractère spécial, à savoir la bonne foi, elle produit des effets spéciaux. Qu'est-ce que la bonne foi? La bonne foi est la croyance erronée qu'on a en la qualité de propriétaire de celui qui vous a transmis la chose. Par exemple, vous avez acheté un fonds de terre à une personne que vous croyez en être propriétaire. Cette personne ne l'est pas. Vous avez acquis d'un non-propriétaire, vous êtes un acquéreur a non domino. A ce titre, vous allez avoir une situation avantageuse. En effet, en droit romain, le possesseur de bonne foi avait, à l'époque classique, les avantages suivants:

Avantages de la possession de bonne foi.

1° - Seul il peut arriver à l'usacapion, c'est-à-dire à acquérir la chose par la longue possession.

2° - Il acquiert les fruits de la chose qu'il possède.

3° - Dans le cas où il vient à être dépossédé de la chose, il pourra la réclamer par l'action Publicienne, comme le propriétaire prétorien.

4° - Il a une situation avantageuse dans la revendication et la pétition d'hérédité.

Nous rencontrerons plus loin, et à leur place respective, chacun des effets spéciaux que produit la possession de bonne foi. Il importait, avant de quitter la matière de la possession, d'en dresser par avance le tableau.

Cette introduction générale terminée, nous étudierons successivement:

Chapître I - La propriété quiritaire.

Chapître II - La propriété prétorienne.

Chapître I.

LA PROPRIETE QUIRITAIRE.

Section I - Modes d'acquisition à titre particulier de la propriété quiritaire.

Section II - Extinction du droit de

Source : BIU Cujas

propriétaire quiritaire.

Section III - Sanctions du droit de propriété quiritaire.

Section I - Modes d'acquisition à titre particulier de la propriété quiritaire.

On peut ranger dans certaines catégories différentes les divers modes d'acquisition à titre particulier de la propriété quiritaire. On rencontre d'abord la division en modes d'acquisition du droit civil et modes d'acquisition du droit des gens. A l'époque classique les modes d'acquisition du droit des gens font acquérir le dominium ex jure quiritium: Par exemple:

Modes d'acquisition du droit civil et modes du droit des gens.

Le mode principal d'acquisition du droit des gens, la tradition. Cette division n'a plus d'intérêt pratique à l'époque de Justinien, mais elle a joué un très grand rôle dans toute la période classique.

Autre division: les modes d'acquisition originaires et les modes d'acquisition dérivés. Parmi les modes d'acquérir originaires, nous rencontrons l'occupation. Par ce mode, on acquiert la propriété libre de toutes charges. Au contraire, par les modes dérivés, on acquiert la propriété avec les charges dont elle se trouve déjà grevée.

Modes originaires et modes dérivés.

Autre division: Modes d'aliénation volontaire et modes d'aliénation involontaire. Les premiers comprennent la mancipation, l'in jure cessio et la tradition. Dans ces cas la propriété est acquise avec le consentement, la volonté du propriétaire lui-même. Le deuxième groupe comprend: l'usucapion, l'adjudication et la lex, la loi.

Modes d'aliénation volontaire et modes d'aliénation involontaire.

Dernière division: Modes d'acquisition fondés sur la possession et modes d'acquisition non fondés sur la possession.

Parmi les premiers nous rencontrons: l'occupation, la tradition, l'usucapion, parmi les seconds la mancipation et l'in jure cessio.

Modes d'acquisition fondés ou non sur la possession.

Voici l'intérêt principal de cette dernière division; La possession, nous l'avons vu, pouvant être acquise par l'intermédiaire d'autrui, la propriété pourra l'être aussi, quand il s'agira de modes d'acquisition fondés sur la possession. Au contraire pas d'acquisition de la propriété par l'intermédiaire d'autrui quand il s'agit de la mancipation et de l'in jure cessio. Cf. Accarias, Précis de droit romain, 4° édition, I. n° 224.

A quelle division allons nous nous référer dans nos développements? Voici le plan que nous suivrons:

Source : BIU Cujas

I° - Les modes originaires d'acquisition.
II°- Les modes dérivés d'aliénation volontaire.
III°- Les modes dérivés d'aliénation non volontaire.

I - LES MODES ORIGINAIRES D'ACQUISITION.

Ces modes sont au nombre de trois:
I° - L'occupation.
2° - La spécification.
3° - L'accession.

§ I - L'occupation.

Notion de l'occupation.

L'occupation est un mode d'acquérir le dominium ex jure Quiritium qui consiste à s'emparer d'une chose n'appartenant à personne (res nullius) mais susceptible de propriété privée, avec l'intention d'en devenir propriétaire (animo domini). C'est un mode d'acquérir du droit des gens.

Elle ne fait pas acquérir la propriété quiritaire sur les immeubles italiques.

L'occupation n'a jamais fait acquérir le dominium ex jure Quiritium sur les immeubles situés en Italie. Pourquoi? A Rome, à mesure que les territoires italiques étaient conquis par les armées romaines, l'Etat romain devenait propriétaire des immeubles (ager publicus). Les particuliers ne pouvaient acquérir sur ces immeubles le dominium ex jure Quiritium que par une aliénation faite par l'Etat romain à leur profit. C'est dans ces aliénations d'immeubles qu'on trouve la source principale du dominium ex jure Quiritium en matière immobilière. En effet, à mesure qu'il devint propriétaire des terres conquises en Italie, l'Etat ne les conserva pas toutes. Certaines étaient vendues par le ministère des questeurs (agri quaestorii). D'autres étaient concédées gratuitement aux pauvres (ager viritanus). D'autres étaient concédées aux membres d'une colonie fondée sur leur territoire (ager divisus et adsignatus)

L'Etat devenait propriétaire des terres conquises.

Il aliénait une partie des terres.

Les agri limitati.

Quand l'Etat faisait de telles aliénations, on procédait à une délimitation spéciale de ces terres, faite par des techniciens appelés agrimensores ou gromatici, arpenteurs, avec des solennités religieuses (I) Ces fonds ainsi délimités constituaient ce qu'on appelait les agri limitati, et ils étaient seuls, à l'origine, susceptibles de dominium ex jure Quiritium (2).

(I) Les écrits de plusieurs agrimensores nous sont parvenus: Die Schriften der röm. Feldmerser hrsg. und. erl. von F. Bluhme, K . Lachmann und A. Rudorff; I - Bd. Texte und Zeichnungen, Berlin, I848, 2 Bd. Erläuterungen und Indices, Berlin I852.

(2) Cons. E. Baudouin , La limitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de propriété. Nouv. Rev. hist; de droit, I7 (I893) p; 397. p.567; I8 (I894), I;

Source : BIU Cujas

Les agri occupatorii ou possessiones.

A côté et en dehors de ces agri limitati, se trouvaient ce qu'on appelait les agri occupatorii. Ce sont les immeubles restés dans le domaine de l'Etat, faisant donc partie de l'ager publicus, mais n'ayant pas été soumis à cette délimitation. Ils pouvaient être concédés par l'Etat à des particuliers. Mais alors ils ne faisaient pas l'objet d'une délimitation officielle. Les particuliers avaient seulement le droit de les occuper, d'où leur nom d'agri occupatorii, de les posséder, d'où leur nom de possessiones. Ces fonds faisaient l'objet d'une sorte de propriété. Ils pouvaient être légués par des particuliers à leurs héritiers.

Les particuliers les occupent.

C'est la possession de ces agri occupatorii qui fut la cause des divisions intérieures qui troublèrent la fin de la République romaine, soit que les patriciens aient eu seuls le droit de les occuper, soit que, grâce à leur richesse, ils purent les occuper presque entièrement. Quoi qu'il en soit, les patriciens se trouvèrent devenir propriétaires d'immenses territoires faisant partie de ces agri occupatorii; origine des latifundia. Alors les plébéiens voulurent avoir leur part de terres; la plèbe, soutenue par ses tribuns, exigea une meilleure répartition. C'est l'objet des fameuses lois agraires. La première loi agrair est une loi Licinia. C'est celle qui fut reprise par l'homme qui a attaché son nom à cette réforme agraire, Tiberius Gracchus, et elle eut pour objet de limiter le nombre d'arpents de l'ager publicus que put occuper chaque citoyen romain. Il fut fixé à 500. Naturellement cette mesure rencontra la plus vive opposition de la part de ceux qui possédaient, les patriciens. Cependant les plébéiens finirent par l'emporter; Voir Carcopino. Quelques choses nouvelles sur les Gracques.

Les lois agraires.

Les lois agraires transformèrent les terres de l'ager publicus en terres de l'ager privatus. C'est ainsi que le dominium ex jure Quiritium exista pour des terres qui n'avaient pas fait l'objet d'une délimitation officielle et solennelle. Sous Dioclétien on peut dire que toutes les terres privées de l'Italie sont revêtues du dominium ex jure Quiritium. Mais jamais l'Etat romain ne voulut l'étendre aux fonds provinciaux. La question de l'occupation ne se pose donc pas ici.

Ces lois établissent le dominium ex jure quiritium sur les agri occupatorii.
Ce dominium ne s'étend pas aux fonds provinciaux.

Voyons les cas véritables d'acquisition de la propriété par l'occupation. Etaient pour les Romains considérés comme res nullius, donc susceptibles d'être acquises par l'occupation :

(Suite de la note de la page précédente) 157, p.309 Voir les références données par Schanz, Geschichte der röm. Litteratur, 2ter Theil 2° Hälfte, 3°éd. 1913 p. 514.

Source : BIU Cujas

Choses susceptibles d'être acquises par l'occupation.

L'occupatio bellica.

I° - Les choses appartenant à l'ennemi, et même à des étrangers non unis avec Rome par des traités d'amitié. C'est ce qu'on appelle l'occupatio bellica. Mais les territoires des peuples conquis devenaient propriété de l'Etat romain, ainsi qu'une partie considérable des meubles, le butin. L'Etat les faisait vendre ensuite.

2° - En dehors de l'occupatio bellica, l'occupation faisait acquérir la propriété des choses qui n'avaient jamais appartenu à quelqu'un:

Le gibier.

a - Le gibier, res nullius. Mais il y a eu des difficultés que la jurisprudence a dû résoudre. Certains jurisconsultes romains, dont Trebatius, prétendaient que le gibier, blessé de façon qu'il pouvait être pris, appartenait au chasseur qui l'avait tué. Justinien, Institutes, 2.I.I3, adopte au contraire la solution d'autres jurisconsultes, d'après laquelle le gibier appartient à celui qui l'a en possession. Un chasseur blesse un perdreau. Ce perdreau blessé va mourir dans une propriété enclose de murs. A qui appartient-il? La jurisprudence française moderne a dû résoudre le cas.

Le poisson de mer.

b - Le poisson de mer.

Les pierres précieuses, l'île qui surgit dans la mer.

c - Les pierres précieuses trouvées sur le rivage de la mer, Institutes de Justinien, 2.I.I8.

d - L'île qui surgit au milieu de la mer Institutes de Justinien 2.I.22.

Mais des difficultés pour les deux catégories suivantes:

Les res derelictae.

I° - Les res derelictae c'est-à-dire les choses abandonnées par leur véritable propriétaire.

2° - Le trésor.

I° - Le premier cas est celui des res derelictae. Il s'agit ici aussi bien d'immeubles que de meubles. Ce sont les choses abandonnées par leur véritable propriétaire. Justinien nous apprend, Institutes, 2.I.47, que, quand une personne s'emparaît d'une telle chose, elle en acquérait la propriété par occupation, la chose étant considérée comme res nullius. Mais à l'époque classique, un texte du Digeste, 4I.7. 2. I. dit qu'il y avait controverse entre les Sabiniens et les Proculiens. Quelle est la portée exacte de cette controverse? La majorité des auteurs pensent que ce texte se rapporte à toute espèce de derelictio a domino aussi bien des res in mancipi que des res nec mancipi, la divergence attestée par ce texte entre les Proculiens et les Sabiniens existant en ce qui concerne le moment où le propriétaire perd la propriété à la suite de son délaissement. Les Proculiens soutenaient que c'était au moment où le tiers avait pris possession de

La controverse entre les Sabiniens et les Proculiens.

Source : BIU Cujas

la chose; les Sabiniens soutenaient que c'était au moment même où il avait abandonné sa chose.

Thèse de Bonfante: Le texte se rapportait à la derelictio des res mancipi.

Mr. Bonfante : a) article publié dans une Revue italienne et reproduit dans les écrits juridiques de Bonfante, tome II, pages 327 et suivantes; b) Corso di diritto romano, Vol. II, La proprieta, 2° partie, 1928, page 197) pense que ce texte se rapportait originairement au cas particulier de la derelictio d'une res mancipi. En effet, à l'époque classique, il convenait de distinguer, en ce qui concerne la derelictio a domino, le cas où il s'agissait d'une res mancipi et celui où il s'agissait d'une res nec mancipi. C'est là une conséquence nécessaire pour Monsieur Bonfante de la conception que l'on doit se faire à l'époque classique de l'acquisition des choses abandonnées. Pour cet auteur, il faut y voir moins une acquisition originaire rentrant dans l'occupation qu'une acquisition dérivée, traditio in incertam personam (res nullius). S'il en est ainsi, l'appréhension d'une chose abandonnée, lorsqu'il s'agissait d'une res nec mancipi, faisait acquérir immédiatement la propriété. Au contraire, s'il s'agissait d'une res mancipi, celui qui l'appréhendait ne l'avait qu'in bonis, et, pour acquérir sur elle la propriété quiritaire, il devait l'usucaper. Dans ce cas, les Proculiens soutenaient, contrairement aux Sabiniens, que le propriétaire de la res mancipi, abandonnée par lui, ne perdait la propriété de la chose que quand le tiers l'avait possédée pendant le temps requis pour l'usucapion. Il en résulte que le texte en question a été interpolé par les compilateurs, et la raison de cette interpolation est simple: ils ont voulu mettre le texte classique en harmonie avec la réforme de Justinien supprimant la distinction des res mancipi et des res nec mancipi.

Les res mancipi abandonnées ne pouvaient être acquises que par l'usucapion.

Le texte a été interpolé.

Entre ces deux thèses extrêmes, celle de l'occupation et celle de la tradition, M. Arangio Ruiz (Istituzioni, 2° éd., p. 172) croit qu'il y a place pour une solution intermédiaire. Le conflit qui divisait les Sabiniens et les Proculiens aurait consisté en ceci: Alors que les Sabiniens considéraient la chose abandonnée par son propriétaire comme res nullius et par suite objet d'occupation, les Proculiens admettaient que celui qui abandonnait sa chose n'en perdait la propriété qu'au moment où un autre l'appréhendait, tendant plutôt à construire le rapport juridique sur le modèle d'une traditio in incertam personam. Il semble que ce soit l'opinion des Sabiniens qui l'ait emporté dès l'époque classique. Mais pour les res mancipi abandonnées et surtout pour les fonds, en corrélation avec le principe que la transmission n'en peut se faire que par les modes solennels de la mancipation et de l'in jure cessio, l'oc-

Thèse intermédiaire d' Arangio Ruiz.

Source : BIU Cujas

cupation faisant suite au délaissement devait être nécessairement complétée par l'usucapion.

En droit français moderne, pas d'acquisition par occupation des immeubles abandonnés.

Droit français moderne. Il n'est pas possible d'acquérir par occupation un immeuble abandonné par son propriétaire. Lorsqu'un particulier abandonne son terrain improductif, l'abandon profite soit à l'Etat (I.22 Nov. Ier Déc. I790, C.C. art. 539 et 7I3. Cf. arrêt de la cour d'Appel de Bordeaux, 30 Mars I909, affaire des dunes de Gascogne. D. I9II. 2.67) soit à la commune (I.3. Frimaire an VII).

2° - Le cas du trésor . (I)

Qu'est-ce qu'un trésor juridiquement parlant?

Définition du trésor.

Le jurisconsulte Paul, Dig. 4I, I, 3I § I, nous donne la définition suivante: Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Un trésor est un ancien dépôt d'argent dont il ne reste aucun souvenir, de telle sorte qu'il n'a plus de propriétaire.

Attribution du trésor.

A qui est attribué le trésor et suivant quel mode d'acquisition?

Il convient de distinguer deux périodes; avant et après Hadrien.

a) Avant Hadrien.

a) Avant Hadrien. Le texte de Paul précité continue ainsi: sic enim fit ejus qui invenerit quod non alterius est, ainsi il appartient à l'inventeur, parce qu'il n'est à aucun autre. D'où l'opinion dominante suivant laquelle le trésor, étant une res nullius, aurait été acquis à l'inventeur par l'occupation. Mais aujourd'hui il y a tendance parmi les auteurs à considérer cette phrase comme étant soit un glossème antérieur au Digeste soit une interpolation byzantine, et en conséquence à attribuer le trésor, considéré comme une partie intégrante de l'immeuble qui le renferme, au propriétaire du sol, comme le minerai précieux qui pouvait s'y trouver.

b) Après Hadrien.

b) Après Hadrien - Les Institutes de Justinien, II, I, 39, nous apprennent que l'attribution du trésor a été réglementée par l'Empereur Hadrien. Il faut distinguer les deux cas suivants:

Ier cas - Le trésor est trouvé sur un fonds par le propriétaire du fonds. La propriété en est attribuée en totalité au propriétaire qui est en même temps l'inventeur.

2ème cas: Le trésor est trouvé par une tierce personne sur un fonds qui ne lui appartient pas. Dans ce cas, et à condition que le trésor soit trouvé par hasard et sans recherche dirigée dans ce but (non data ad hoc opera, sed fortuito), la moitié est attri-

(I) Consulter en dernier lieu Charles Appleton, Mélanges Bonfante, III p, 3 et suiv.

Source : BIU Cujas

buée à l'inventeur, l'autre moitié au propriétaire du fonds.

Depuis Hadrien le mode d'acquisition du trésor est la loi, lex (argument: divus Hadrianus concessit).

Droit français moderne . Les solutions du droit romain ont passé dans le droit français. Voici la définition du trésor que nous donne l'article 716 du Code civil: Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété et qui est découverte par le pur effet du hasard.

Le code civil.

A qui le code civil attribue-t-il la propriété du trésor?

I° - Quand le trésor est trouvé par le propriétaire lui-même dans son propre fonds, le trésor lui est attribué en totalité

Quand le trésor est trouvé par un tiers, il faut distinguer.

a) La découverte est due au hasard. On applique la règle d'Hadrien: le trésor est partagé par la moitié entre le propriétaire du fonds et l'inventeur.

Si la découverte résulte des travaux du propriétaire, tout le trésor lui appartient.

b) Un propriétaire, persuadé que, dans le vieux château qui lui appartient, se trouve un trésor, fait faire des fouilles pour le découvrir. Dans ce cas, le trésor est attribué en entier au propriétaire. Article 716, I° alinéa.

§ 2 - La spécification.

Définition de la spécification.

La spécification est une opération qui consiste à transformer une matière première, de façon à créer une matière nouvelle. Exemple: avec mes raisins, vous avez fait du vin: avec mon or, vous avez fait un vase. La chose nouvelle, qu'on appelle la nova species, devait-elle appartenir au propriétaire de la matière première, ou à l'ouvrier? C'est la question même de propriété. La question de propriété étant tranchée , une autre question se pose: la question d'indemnité.

La question de propriété devait être délicate à résoudre, puisqu'il y avait désaccord complet entre les Sabiniens et les Proculiens. Les Sabiniens soutenaient que la nova species, la nouvelle matière, devait appartenir au propriétaire de la matière première, parce que déclaraient-ils, celle-ci subsiste toujours dans l'objet nouveau. C'est ce que dit Gaius, qui était Sabinien, 2. 7I. Les Proculiens soutenaient au contraire que la nova species devait appartenir à l'ouvrier. En effet, la matière première a subi une transformation qui l'a détruite, et la nouvelle matière, n'ayant jamais appartenu à personne, doit être la propriété de son créateur.

Entre ces deux opinions, il y a place pour

Source : BIU Cujas

une solution intermédiaire. On va distinguer les deux cas suivants:

Opinion intermédiaire. Distinction à faire.

1° - Il est possible de reconstituer la matière première. Dans l'exemple du vase en or, on mettra le vase à la fonte, l'or reviendra. Dans ce cas, on attribue l'objet nouveau au propriétaire de la matière première.

2° - Il n'est pas possible de reconstituer la matière première. Avec mes raisins, vous avez fait du vin. Dans ce cas, il fallait attribuer l'objet à l'ouvrier.

Voilà la question de propriété tranchée.

La question d'indemnité.

Immédiatement se pose la question d'indemnité. Comment la résoudre? Il faut distinguer les deux hypothèses suivantes.

1° - Hypothèse: la chose nouvelle appartient à l'ouvrier. Par exemple, dans le cas du vin fait avec les raisins d'autrui. Alors le propriétaire de la chose ancienne, des raisins, aura dans l'opinion intermédiaire en dehors des actions plus avantageuses qu'il pourrait tirer de circonstances particulières, par exemple en cas de vol, une action spéciale pour réclamer la valeur de sa chose. Mais on ne s'entend pas du tout sur la nature de l'action. On discute entre une condictio, fondée sur l'idée d'enrichissement sans cause, et une action en revendication utile, dont des textes semblent parler

Action accordée au propriétaire de la chose ancienne.

2° Hypothèse: La chose nouvelle est attribuée au propriétaire de la chose ancienne: par exemple dans le cas du vase fait avec l'or d'autrui. L'ouvrier poursuivi en restitution par le propriétaire de la matière première pourra probablement demander par une exception, s'il est de bonne foi, le remboursement de la plus-value créée par lui, ou du prix de son travail, conformément au principe que nous verrons à propos de la question très importante des constructions faites sur le terrain d'autrui. Mr. Fliniaux pense que la solution était la même ici.

Exception accordée à l'ouvrier de bonne foi.

§ 3. L'accession.

Définition de l'accession par le Code civil.

Le Code civil français, article 546, s'exprime ainsi" La propriété d'une chose soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit et sur ce qui s'y unit accessoirement, soit naturellement, soit artificiellement. Ce droit s'appelle droit d'accession".

Critique d'Aubry et Rau.

Il s'agit là d'une conception très large de l'accession, beaucoup trop large même. Car, ainsi que l'ont fait judicieusement observer Aubry et Rau, le Code comprend ainsi sous le terme général d'accession deux

Source : BIU Cujas

cas bien différents: celui où une personne est propriétaire d'une chose, à titre d'accessoire, et celui où elle devient propriétaire par l'effet de l'accession. Or ici, disent Aubry et Rau, autres sont les accessoires auxquels s'étend virtuellement la propriété, par exemple le croît des animaux, article 547, autres les accessions qui viennent l'augmenter par l'effet d'une acquisition nouvelle. Nous ne prendrons pas, en ce qui concerne le droit romain, le mot accession dans ce sens large (car sous l'observation d'Aubry et Rau se cache une critique), mais dans un sens étroit, limité au cas où une personne devient propriétaire par l'effet de l'accession.

Sens étroit de l'accession.

Dans quel cas, en droit romain, voyons-nous une personne devenir propriétaire d'une chose par accession ? (1)

Hypothèses d'accession.

Il y a trois groupes d'hypothèses, qu'il faut distinguer avec le plus grand soin:

1° - Le rapprochement de deux immeubles.

2° - Le rapprochement de deux meubles.

3° - Le rapprochement d'un immeuble et d'un meuble.

I° Hypothèse : Rapprochement de deux immeubles.

Cette première hypothèse englobe les modifications que le voisinage d'un cours d'eau apporte aux propriétés riveraines. Voici ces modifications, qui sont de nature différente, et le droit a donné à chacune d'elles un nom technique.

L'alluvion.

1° - L'alluvion. C'est un accroissement insensible qui se produit sur un terrain riverain par un cours d'eau qui charrie des terres. On attribuait l'alluvion au propriétaire du terrain.

par opposition à l'avulsion.

Il ne faut pas confondre l'hypothèse de l'alluvion avec celle de l'avulsion. C'est le cas où une partie du terrain d'un fonds riverain est transportée par les eaux sur le fonds d'autrui. Dans ce cas, cette parcelle ne perd pas son individualité. Elle peut être revendiquée par son propriétaire.

Ile formée dans le fleuve. Règle d'attribution aux riverains.

2° - Une île se forme dans un fleuve. Les propriétaires des fonds riverains en deviennent propriétaires. Mais comment déterminer exactement leur droit de propriété ? On imagine une ligne médiane partageant en long le fleuve. On attribue à chaque riverain la portion comprise entre la médiane, la rive du fleuve, et deux

---

(1) Cons. en dernier lieu, Guarneri Citati, La cosi detta accessione separabile e i suoi effecti nel diritto romano, 1930.

Source : BIU Cujas

parallèles menées des deux extrémités du terrain que le riverain a en face de l'île, perpendiculairement à la médiane.

Pour que cette île appartienne aux propriétaires riverains, il faut qu'elle soit une île d'atterrissement, c'est-à-dire formée par les terres charriées par les eaux du fleuve et qui se sont accumulées, ou une île de dessèchement, formée par le retrait des eaux du fleuve.

Lit abandonné par le fleuve.

3° - C'est le cas ou un fleuve abandonne son lit, et s'en crée un nouveau. Le lit ancien devient la propriété des propriétaires riverains, et le partage a lieu suivant la même règle que pour l'île née dans le fleuve.

Condition du lit nouveau.

Quant au lit nouveau que le fleuve s'est tracé, il participe du caractère de fleuve, il devient public.

Il ne faut pas confondre le cas particulier de l'abandon de son lit par un fleuve avec l'hypothèse de l'inondation. Il faut quelque chose de durable.

2° Hypothèse: Rapprochement de deux meubles.

Sous cette rubrique, nous avons à examiner deux cas:

I° - Le cas de l'adjonction.
2° - Le cas de la confusion et du mélange.

I° - L'adjonction.

Exemples d'adjonction.

L'adjonction suppose que deux meubles appartenant à des propriétaires différents ont été rapprochés de telle sorte que l'un s'absorbe dans l'autre. Exemples: la roue de votre char a été incorporée à mon char, ma pourpre a été incorporée à votre vêtement. Institutes de Justinien, I.2.26. Une double question se pose: une question de propriété et une question d'indemnité.

L'accessoire suit le principal.

Question de propriété. (I) C'est le propriétaire de la chose principale qui devient propriétaire de la chose accessoire incorporée dans son meuble, car la chose accessoire a perdu son individualité. Les Romains appliquent la fameuse règle: Accessorium sequitur principale, l'accessoire suit le principal. Dig. 6.I. 23 §§ 2 à 7.

Question de l'indemnité. Le propriétaire de la chose accessoire n'a-t-il pas droit à une indemnité?

Si la chose accessoire peut être séparée, son

Il est possible d'abord que la chose accessoire puisse être séparée de la chose principale, par exemple votre roue incorporée à mon char. Dans ce cas, le propriétaire de la chose accessoire agira

---

(I) Voir en dernier lieu Ratti, Mélanges Bonfante, I. p. 265.

Source : BIU Cujas

propriétaire a l'action ad exhibendum et la revendication.

par l'action ad exhibendum, pour contraindre le propriétaire de la chose principale à séparer la chose principale de la chose accessoire, et le propriétaire de la chose accessoire pourra alors la revendiquer.

Si non il a une exception de dol

Mais si la séparation n'est pas possible, que décider ? Nouvelle distinction: a) Il y aura une exception de dol donnée au propriétaire de la chose accessoire, pour repousser la revendication, dans le cas où le propriétaire de la chose accessoire se trouve en possession de la chose principale.

ou une action in factum.

b) - Dans le cas où il ne l'est pas, et si, d'autre part, la réunion avait été faite par le propriétaire de la chose principale, les Romains donnaient au propriétaire de la chose accessoire une action in factum.

Cas de vol.

Notons que, s'il y avait eu vol de la chose accessoire, le propriétaire de cette chose avait les actions nées du vol: l'actio furti, action pénale, et la condictio furtiva, action réipersécutoire. Institutes de Justinien, I.2.26.

Cas particuliers.

Au cas d'adjonction, il faut joindre, bien qu'il y ait quelques difficultés à leur égard, et que la solution ne soit pas tout à fait la même, deux cas particuliers, qui ont embarrassé les jurisconsultes romains

1° exemple - J'ai écrit un ouvrage sur le papyrus d'autrui.

2° exemple - Un peintre a fait un tableau sur la planche d'autrui.

L'écrit est l'accessoire du papyrus. La Planche est l'accessoire du tableau.

Les Romains ont vu dans ces hypothèses des applications de l'adjonction. En conséquence, ils veulent que le papier soit rendu au propriétaire du papier, car l'écrit doit être considéré comme l'accessoire du papier. Quant au tableau, Gaius voulait que ce soit la planche qui soit l'accessoire de la peinture. 2.78. Institutes de Justinien, I.2.34.

Règles de l'indemnité.

La question se pose de l'indemnité. En principe, on applique les mêmes règles que pour l'adjonction Cependant il y avait une particularité pour l'hypothèse du tableau. Le propriétaire de la tablette avait une action en revendication utile tendant à lui faire obtenir la valeur de la tablette.

2° Hypothèse: La confusion et le mélange.

Ici encore, il y a rapprochement de deux meubles, et on ne peut pas dire lequel absorbe l'autre Distinguons nettement les deux cas de la confusion et du mélange.

La confusion.

a) - La confusion se présente pour les corps liquides et liquéfiés appartenant à des propriétaires différents. Mon vin a été mélangé avec le vôtre dans la même amphore A qui appartiendra le vin ? Les Romains

Source : BIU Cujas

Les corps confondus sont indivis.

ont décidé que le vin devenait commun aux deux propriétaires, et par suite, ils intentaient l'un contre l'autre l'action mettant fin à l'indivision, l'actio communi dividundo. Le juge attribue à chacun d'eux une portion de la masse indivise, suivant la quantité et la qualité du vin de chacun d'eux, en vertu de la partie de la formule de cette action appelée l'adjudicatio, par laquelle le préteur donne droit au juge de faire attribution de propriété.

Le mélange.

b) - Le mélange se présente pour les matières solides. Mon tas de blé a été mélangé avec le vôtre. Les Romains faisaient la distinction suivante:

Le mélange est indivis s'il résulte de la volonté commune.

1° - Si le mélange résulte de la volonté commune des deux propriétaires, le mélange constitue une masse indivise. C'est encore le cas d'intenter l'action communi dividundo.

Sinon la revendication peut être exercée.

2° - Si le mélange résulte de la volonté d'un seul des propriétaires ou d'un tiers, les Romains, partant de l'idée que chaque grain de blé a conservé dans le mélange son individualité, décident que chaque grain reste la propriété divise de celui à qui il appartient. Par suite, chacun des deux propriétaires peut exercer l'action en revendication contre celui qui est en possession du mélange. Le juge va fixer, en vertu de son arbitrium, la portion du tas que le défendeur doit restituer au demandeur. Mais il ne va pas faire une attribution directe de propriété, comme dans le cas précédent. Il va donner au défendeur l'ordre de la restituer, et si le défendeur n'obéit pas, le demandeur fixe, sous la foi du serment, le montant de la condamnation. Institutes de Justinien, I,2,28.

Sur cette matière délicate de la confusion et du mélange, voir un article intéressant de Pampaloni. Précisions sur la confusion et le mélange, Bulletin de l'Institut de droit romain, 1919, pages 33 et suivantes.

3ème Hypothèse : rapprochement d'un meuble et d'un immeuble.

Cette hypothèse comprend deux cas différents:

1° - Le cas d'une construction élevée sur un terrain avec des matériaux n'appartenant pas au propriétaire du sol.

2° - Le cas de plantations ou d'ensemencements effectués sur un fonds de terre avec des plantes ou des graines n'appartenant pas au propriétaire du fonds.

Source : BIU Cujas

Construction avec des matériaux n'appartenant pas au propriétaire du fonds. Celui-ci en devient propriétaire. Le propriétaire des matériaux ne peut faire démolir la construction.

A - Constructions élevées sur un terrain avec des matériaux n'appartenant pas au propriétaire du sol.

Au point de vue de la question de propriété les Romains appliquent la règle: Superficies solo cedit la construction est l'accessoire du sol; elle doit donc appartenir au propriétaire du sol, en vertu de l'accession.

Le propriétaire des matériaux va-t-il pouvoir se faire indemniser? Il faut distinguer avec soin deux hypothèses.

I° Hypothèse: le propriétaire du sol a construit avec des matériaux appartenant à autrui.

Le propriétaire des matériaux aurait pu vouloir faire démolir l'édifice, mais il ne le peut pas, parce que la loi des XII Tables, qui défend de démolir les constructions, l'en empêche. Il faut une guerre ou un cataclysme qui entraîne la démolition des constructions et la séparation des matériaux pour que le propriétaire des matériaux puisse les revendiquer.

L'actio de tigno junctc.

Si les matériaux ont été volés par un tiers (c'est ce qu'on appelle le tignum junctum, la poutre jointe) la loi des XII Tables donne au propriétaire des matériaux, même avant leur séparation, une action contre le constructeur, l'actio de tigno juncto, en vue de faire condamner le constructeur à lui payer au double la valeur des matériaux.

Cas de construction sur le sol d'autrui. Le constructeur est de bonne foi. S'il possède, il a une exception de dol. S'il ne possède pas, il n'a pas d'action.

2° Hypothèse: Une personne a construit avec ses matériaux sur le sol d'autrui.

Il faut distinguer suivant qu'il est de bonne foi ou de mauvaise foi.

I° - Le constructeur sur le sol d'autrui est de bonne foi.

Il faut distinguer deux cas.

a) Il est en possession de la construction. Il aura alors une exception de dol contre l'action en revendication exercée par le propriétaire du fonds, pour se faire indemniser. Le constructeur de bonne foi devra recevoir la valeur des matériaux et de la main-d'oeuvre.

b) Le constructeur de bonne foi n'est pas en possession de la construction. Dans ce cas, les Romains ne donnent pas l'action au constructeur de bonne foi pour se faire indemniser. On peut critiquer cette solution, car elle se heurte au grand principe d'équité, que les Romains ont été les premiers à dégager, suivant lequel on ne doit pas s'enrichir aux dépens d'autrui. Le constructeur de bonne foi doit alors attendre philosophiquement que la construction soit détruite pour une cause quelconque.

2° - Le constructeur sur le sol d'autrui est

Source : BIU Cujas

de mauvaise foi.

Le constructeur de mauvaise foi n'a pas droit à indemnité.

On lui refuse le droit à indemnité. Il est considéré comme ayant voulu faire gratification de la construction au propriétaire du sol . Institutes de Justinien, I.2.30: Mais Justinien nous dit qu'il y eut des modifications apportées à cette règle. Caracalla, supposant la construction détruite, aurait autorisé le constructeur à revendiquer les matériaux sous la condition de prouver qu'il n'avait pas agi dans un but de libéralité, animo donandi. Et Ulpien aurait accordé au constructeur de bonne foi le droit d'enlever les matériaux à la condition que cet enlèvement ne cause aucune détérioration au fonds. Mais d'après Mr. Fliniaux ces textes sont suspects d'interpolation, car ils sont en désaccord complet avec les anciens principes, qui ont continué à être présentés à l'époque classique.

Les textes contraires sont interpolés.

Plantations ou ensemencements.

B - Plantations ou ensemencements sur un fonds de terre avec des plantes ou des graines n'appartenant pas au propriétaire du fonds.

Les règles établies par les Romains dans le cas de construction s'appliquent aussi dans le cas de plantation. Les arbres deviennent la propriété du propriétaire du sol, quand ils ont enfoui leurs racines dans le sol. On applique la même règle pour les semences, à condition qu'elles aient germé.

Distinction à faire.

Quant à la question d'indemnité, si c'est le propriétaire du sol qui a fait les plantations, on donne au propriétaire des arbres une action en revendication utile Digeste, 6.I.5.3. Et au propriétaire des semences, sans doute une action en indemnité de la valeur des semences.

Si c'est le propriétaire des semences qui les a jetées sur le sol d'autrui, ou le propriétaire des plantes qui les a plantées sur le sol d'autrui, il aura une exception de dol, s'il est en possession du fonds. S'il n'est pas en possession du fonds, la législation romaine ne lui donne aucune action.

Tel est l'ensemble des solutions dégagées, avec beaucoup de soin et même de subtilité, par les jurisconsultes romains. Le droit français n'a fait que consacrer dans leur ensemble les principes déjà dégagés par les jurisconsultes romains, dans les articles 554 et 555 du Code civil.

II- MODES DERIVES D'ALIENATION VOLONTAIRE.

Les modes dérivés d'aliénation volontaire. Importance

Ces modes sont:

1° - La mancipation.

2° - L'in jure cessio.

3° - La tradition.

De ces trois modes, le plus important de beaucoup pour le droit moderne, c'est la tradition.

Source : BIU Cujas

de la tradition.

Avec l'étude de ce mode, nous arriverons jusqu'au grand principe moderne du transfert de la propriété par simple convention.

§ I - La mancipation.

Nous avons déjà rencontré la mancipation dans le droit des personnes. Nous l'avons vue s'appliquer à des personnes sur lesquelles elle fait naître soit la manus (coemptio) soit le mancipium (adoption, émancipation). Nous allons l'étudier ici comme mode d'acquisition de la propriété sur les choses. Ce mode n'existe plus sous Justinien, et par suite on ne le rencontre plus dans le droit moderne. Cependant pour le droit romain et aussi pour le droit moderne la connaissance de ce mode d'acquisition est indispensable. On ne peut rien comprendre à la propriété prétorienne, si on ne connaît pas la mancipation. Or la propriété prétorienne s'est fondue avec la propriété quiritaire pour donner naissance à la propriété moderne. D'autre part, la connaissance de la mancipation est indispensable pour la compréhension de la garantie d'éviction dans la vente qui est étudiée dans le cours de 2ème année.

Nous étudierons:

I - Les formes de la mancipation à l'époque classique.

II - La nature primitive et l'histoire de la mancipation.

III - Les effets de la mancipation.

I - Formes de la mancipation à l'époque classique.

Textes sur les formes de la mancipation.

Les formes de la mancipation présentent à l'époque classique une grande complexité. Nous avons la chance de les connaître assez exactement, par des indications précieuses que donne Gaius, I. II9 et Ulpien, Règles I9, 3 à 6. Nous allons avec ces auteurs décrire les formes de la mancipation.

Acteurs de la mancipation.

Voyons d'abord les acteurs. La mancipation exige la présence de cinq témoins citoyens romains et pubères, et d'un personnage assez énigmatique, le libripens ou porteur de balance, enfin celle de l'acquéreur et de l'aliénateur.

Paroles et gestes de la mancipation.

Reconstituons ensuite la scène. Supposons qu'il s'agisse de la mancipation d'un esclave. La personne qui voulait acquérir l'esclave, mettait sa main sur l'esclave, d'où vraisemblablement le nom donné à la mancipation. Mancipatio vient de manu capere, prendre avec la main. En même temps, l'acquéreur prononçait une formule sacramentelle dont nous possédons deux versions. La première nous a été rapportée par Gaius: Aio hunc hominem ex jure

Source : BIU Cujas

Quiritium meum esse, isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra (I, II9). J'affirme que cet esclave m'appartient d'après le droit des quirites, et qu'il soit emptus par moi avec cet airain et cette balance d'airain. La seconde version nous est donnée par Boèce: ad Top. 5, 5, 28. Au lieu de emptus esto, il y a emptus est il a été emptus.

Le lingot d'airain.

Puis l'acquéreur frappait la balance du libripens avec le morceau d'airain qu'il tenait à la main et qu'il remettait ensuite à l'aliénateur.

La mancipation n'était possible qu'en présence de la chose. Toutefois cette condition, rigoureusement exigée à l'origine, avait été abandonnée à l'époque classique pour les immeubles. Ulpien, Règles, I9.6. nous apprend qu'on peut même en manciper plusieurs à la fois, et situés dans des lieux différents.

La présence de la chose.

Ces formes qui paraissent bizarres, vont pouvoir s'expliquer, si on passe à la question des origines de la mancipation.

II - Nature primitive et histoire de la mancipation.

Gaius(I, II9), nous dit que la mancipation est une vente fictive, imaginaria quaedam venditio, l'aes le métal étant donné pretii loco, en guise de prix. La question qui se pose est celle de savoir quel est l'acte juridique originaire d'où dérive cette imaginaria venditio. Trois systèmes différents ont été proposés:

Ier système - C'est celui de Leist, Mancipation und Eigentumstradition, Mancipation et transfert de propriété, I865, repris récemment par Kunkel, article Mancipatio dans la grande Encyclopédie de Pauly-Wissowa. D'après ce système, la mancipation, originairement, aurait été déjà un acte juridique imaginaire, une image de la vente. Mais cet acte imaginaire n'aurait constitué que la phase finale de la vente au comptant, celle relative au transfert de propriété lui-même, l'accord des parties, élément essentiel de l'opération de vente, précédant l'acte de mancipation.

Aussi un tel système défend-il la version: isque mihi emptus est, et celui-ci a été acheté par moi.

2ème système. C'est celui de Bechmann, Der. Kauf, La vente, I876, suivi par Girard et la majorité des auteurs. La mancipation aurait été originairement une vente réelle, c'est-à-dire une vente au comptant, cette variété de vente étant la forme primitive de la vente. En conséquence ce système adopte la version: isque mihi emptus esto, et que celui-ci soit acheté par

Source : BIU Cujas

moi.

3ème système: C'est celui exposé récemment par Gerhart Husserl dans son article Mancipatio de la Revue de la Fondation de Savigny 1930 - p. 478, où cet auteur reprend une opinion déjà soutenue par Ehering dans son Esprit du droit romain.

La mancipation se présente dans le très ancien droit romain comme un mode d'acquisition originaire, et non comme un mode d'acquisition dérivé. L'acquéreur, lorsqu'il prononce la formule: Aio hic hunc hominem ex jure quiritium meum esse, fait une déclaration de volonté, qui, en réalité, constitue de sa part un véritable acte d'occupation. Et cette déclaration de volonté, il l'a fait suivre d'une autre déclaration par laquelle il exprime sa volonté d'effacer le caractère illicite que présente un acte d'appropriation, par l'offre d'une somme d'argent celle-ci ayant la signification d'un rachat de la vengeance privée, comme en matière de délit privé. En conséquence Husserl se prononce en faveur de la version: isque mihi emptus esto qu'il traduit ainsi: et que celui-ci soit pris par moi, en invoquant le témoignage de Festus: Emere quod nunc est " mercari", antiqui accipiebant pro " sumere". L'offre ainsi faite par l'acquéreur était acceptée par l'aliénateur, l'aes qu'il recevait alors étant considéré comme le rachat du droit qu'il avait de résister par la force à l'acte d'appropriation de l'acquéreur.

Ainsi donc dans sa nature primitive, la mancipation, pour Husserl, constitue du côté de l'acquéreur un acte d'occupation, auquel correspond, du côté de l'aliénateur, un acte d'abandon, un acte de derelictio.

Quoi qu'il en soit de ses origines (M. Fliniaux ne prend pas parti entre les trois systèmes précédemment exposés), la mancipation a été l'objet d'une évolution historique des plus intéressantes aux 2 points de vue suivants:

a) en ce qui concerne ses formalités. La pesée du métal était à l'origine nécessairement réelle puisque la monnaie se présentait alors sous la forme de lingots bruts de cuivre ou airain (aes rude) Il était indispensable en effet que l'on procédât à la pesée effective des lingots et ce fut là le rôle assigné au libripens. Si l'acquéreur frappait la balance avec l'airain, c'était pour éprouver la pureté du métal. Ensuite la pesée devint fictive, soit au moment de l'apparition de la monnaie frappée (aes grave) , soit beaucoup plus tard, si, comme le pensent aujourd'hui plusieurs historiens de la monnaie, l'usage se maintint de peser les pièces de monnaie en raison de leur dépréciation (Nous renvoyons à ce sujet aux développements que nous avons donnés dans

Source : BIU Cujas

la première partie du Cours). L'on en arriva ainsi aux formes que revêt la mancipation à l'époque classique, et que nous avons précédemment décrites.

b) en ce qui concerne sa sphère d'application.

1° - A l'origine, la mancipation fut réservée aux seuls citoyens romains. A l'époque classique, elle peut, comme nous l'apprend Ulpien, Règles 19,4, être utilisée entre les citoyens romains, et les Latins coloniaires, les Latins Juniens et aussi les pérégrins auxquels a été accordé le commercium.

2° - A l'époque classique, la mancipation, nous apprend Ulpien, Règles, 19,3, propria species alienationis est rerum mancipi, est le mode d'aliénation propre aux res mancipi.

Mais l'on s'est demandé:

a) si à l'origine, la mancipation n'avait pas été aussi utilisée pour les res nec mancipi, à une époque où la distinction de ces 2 variétés de choses n'existait pas encore et où la tradition, mode du droit des gens, n'avait pas encore fait son apparition. Il n'y a aucune raison, selon nous, de croire que la tradition n'a pas fonctionné dans le jus civile primitif pour transférer la propriété des lingots de métal, du petit bétail et aussi des choses d'une valeur minime, pour lesquelles le formalisme attaché à la mancipation aurait rendu toute transaction impossible en fait. (Cf. Edouard Cuq, Institutions juridiques des Romains, I, p. 490)

b) si la mancipation, à l'époque classique, ne s'est pas appliquée aussi aux res nec mancipi. En ce sens on invoque des textes qui parlent de mancipation pour des objets précieux qui ne sont pas des res mancipi (Ex: des perles. Olim, Hist. naturelle, 69,9,35). Mais l'on peut expliquer ces textes par le phénomène dit de superposition des formes, qui est attesté dans la pratique juridique, les parties étant portées à propos d'un seul et même acte, à multiplier les formes, en vue de renforcer sa validité, dans l'espèce, mettre la mancipation à côté de la tradition.

Avantages de la mancipation.

Même après que la tradition des res mancipi put conduire entre citoyens romains à la propriété prétorienne, la mancipation continua à être employée encore très longtemps, malgré la gêne du formalisme qu'elle comportait. Ses principaux avantages étaient qu'il n'y avait pas besoin de transfert de la possession pour transférer la propriété des immeubles, et qu'elle possédait seule des effets obligatoires.

Disparition de la mancipation.

Mais fatalement, la mancipation devait disparaître. Elle n'existe plus à l'époque de Justinien. Son nom ne se trouve nulle part au Digeste. Il semble bien qu'elle ait déjà disparu auparavant, peut-être à la suite

Source : BIU Cujas

Sa disparition a-t-elle été plus tardive en Occident ?

d'une innovation législative qui lui enleva sa principale utilité, en décidant que, même en matière immobilière, la propriété ne pourrait être déplacée sans tradition. Constitution de 394, Code de Justinien, 4,3.I.2. Certains documents amèneraient à penser que la mancipation a commencé par disparaître d'abord dans les pays faisant partie de l'empire d'Orient. En effet, et cela a été une surprise pour les romanistes, on trouve encore mention simultanée de la mancipation et de la tradition dans les papyrus de Ravenne, actes concrets du VI° siècle trouvés à Ravenne en Italie. La réforme aurait donc été beaucoup plus longue à se faire dans les pays occidentaux, à moins qu'il ne faille expliquer la mention, ainsi faite dans un même acte, de la mancipation, à côté de la tradition par le désir (observé encore de nos jours) des notaires, de donner aux actes qu'ils rédigent le plus d'efficacité possible en y accumulant des expressions redondantes (1).

---

(1) C'est vers cette seconde opinion que M. Fliniaux incline, à l'encontre de la thèse adverse soutenue par Mr. Collinet dans le tome I de ses Etudes historiques, sur le droit de Justinien, 1913, p. 252 ss. Dans les papyrus de Ravenne, la propriété est transférée même sans qu'il y ait tradition matérielle de la chose (retentio usus-fructus), comme nous le verrons plus loin à propos de la tradition. Ce qui compte exclusivement à cette époque, c'est la rédaction de l'acte écrit contrôlant la vente, la donation, etc,.. intervenue. Et dans la rédaction de cet acte écrit, pour ce qui est de la clause relative au transfert de propriété, les notaires du VI° siècle ont continué à faire mention de la mancipation. Et il n'y a peut-être pas dans cette manière de faire seulement un phénomène bien connu de conservatisme notarial. La mention de la mancipation à côté de la tradition (Ex. Papyrus de Ravenne, n° 88 (année 572) ligne 10 (p. 136): donamus, cedimus, tradimus ac mancipamus) pouvait en effet présenter de l'intérêt en ce qui touche l'obligation de garantie en cas d'éviction, soit pour la faire découler de la mancipation (Voir plus loin: Effets de la mancipation: l'actio auctoritatis) soit pour l'écarter au moyen de la clause nummo usuali dominico uno (Ex. Papyrus de Ravenne, n° 114, ligne 36) qui ne peut se comprendre que comme la persistance de la mention sestercio nummo uno (Voir plus loin: Effets de la mancipation) que l'on rencontre dans d'anciens actes écrits de mancipation (Voir en particulier acte de donation du II° siècle ap. J.C. Girard, Textes p. 829) - Au reste la survivance de la mancipation, au VI° siècle, en Italie, comme institution indépendante, verrait son importance considéra-

Source : BIU Cujas

III.- Effets de la mancipation.

Effets réels et effets obligatoires de la mancipation.

A la différence des autres modes dérivés d'aliénation volontaire, la mancipation avait à la fois des effets réels et des effets obligatoires. C'est un mode d'acquisition de la propriété, et en même temps, elle faisait naître des obligations.

Elle transfère le dominium ex jure Quiritium.

1° - L'effet réel de la mancipation consiste, en règle générale, dans le transfert de la propriété civile, dominium ex jure Quiritium, par opposition à la propriété prétorienne, in bonis habere. Mais le transfert de propriété se produisait, contrairement à ce qui avait lieu dans la tradition dans le premier état du droit romain, sans considération de l'acte juridique en vertu duquel la mancipation avait lieu. Par suite, peu importait que la vente, la stipulation, la donation, qui motivait le transfert de propriété, fût valable ou non.

Indépendamment de la validité de l'acte causal,

même en cas de malentendu.

D'autre part, n'avait non plus aucune influence sur l'effet de la mancipation le fait que les parties ne s'étaient pas entendues sur la nature de l'acte juridique qui motivait la mancipation. Par exemple une des parties croit réaliser une donation, l'autre croit réaliser une vente. Même en cas de malentendu, si la mancipation a eu lieu, le transfert de propriété s'est opéré.

C'est un acte de disposition abstrait.

Cette indépendance de la mancipation vis-à-vis de l'acte juridique causal donne à la mancipation le caractère d'un acte de disposition abstrait.

Effets obligatoires de la mancipation.

2° - Les effets obligatoires sont propres à la mancipation, et ne découlent pas des autres modes dérivés d'aliénation volontaire.

L'auctoritas de l'aliénateur.

a - Obligation à l'auctoritas en cas d'éviction. La propriété de la chose mancipée était-elle contestée à l'acquéreur par un tiers ? L'aliénateur devait lui prêter son auctoritas, c'est-à-dire son aide dans le procès en revendication intenté par le tiers contre l'acquéreur. Refusait-il son assistance, ou bien la lui fournissait-il sans succès ? Alors, l'aliénateur était soumis à l'actio auctoritatis.

L'actio auctoritatis.

actio auctoritatis, action pénale, dont le montant était le double de la somme indiquée dans la mancipation. Sentences de Paul, 2,17,3. C'est le point de départ de la garantie d'éviction dans la vente. (Voir

---

(1) suite - blement affaiblie du fait - M. Collinet le constate expressément page 256 - que "telle qu'elle apparaît dans les documents concrets de l'Italie, la mancipation n'est plus qu'un acte écrit; et personne ne soutiendrait que la rédaction de cet acte était encore précédée des solennités antiques connues: pesée fictive, mancipatio".

Source : BIU Cujas

Cours de 2ème année).

La règle des XII Tables: usus et auctoritas fundi biennium est.

L'obligation de l'auctoritas est évoquée dans deux textes de la loi des XII Tables : a) Table 6,loi 3, Usus auctoritas fundi biennium est. Usus et auctoritas doivent croyons-nous, être considérés comme deux nominatifs mais l'un à côté de l'autre de façon asyndétique, et la loi doit être aussi traduite; l'usucapion (usus) et l'obligation à l'auctoritas en ce qui concerne un immeuble durant deux ans. Cela veut dire qu'avec l'accomplissement de l'usucapion par l'acquéreur cesse l'obligation de l'auctoritas de la part de l'aliénateur - b)table 3, loi 7: Adversus hostem aeterna auctoritas esto, loi qui peut être comprise de deux façons différentes:

La règle des XII Tables: adversus hostem aeterna auctoritas esto.

I° -(Explication la plus usuelle,par ex: Karlowa,Rechtsgeschichte II, 406). Il faut supposer qu'un citoyen romain a mancipé une chose à un autre citoyen romain,alors que celle-ci en réalité appartenait à un étranger (hostis). Dans ce cas l'obligation à l'auctoritas de la part du mancipant contre la revendication du propriétaire étranger était éternelle,parce que le possesseur romain ne pouvait pas se prévaloir de l'usucapion vis-à-vis d'un étranger; 2° - (Kuebler, Geschichte des röm.Rechts,p. 41). Vis-à-vis d'un étranger l'obligation à l'auctoritas est éternelle,parce que l'étranger ne pouvait pas acquérir la propriété par l'usucapion.

La mancipation nummo uno.

Les conséquences de l'obligation à l'auctoritas pouvaient être paralysées par ce qu'on appelait une mancipation nummo uno.

L'actio auctoritatis ne pouvant avoir alors comme montant maximum que deux sesterces,l'acquéreur ne possédait plus aucun moyen efficace pour forcer son auctor à l'aider dans le procès.

Sa portée.

Cette mancipation nummo uno avait lieu principalement dans les aliénations à titre de donation (voir acte concret dans Girard, Textes, p. 829) et les aliénations dites fiduciaires.

L'obligation de contenance.

b) Obligation de manciper une chose dont la contenance est conforme à l'indication donnée au moment de l'aliénation. Je mancipe un fonds qui a telle superficie. On s'aperçoit ensuite que la superficie réelle est moindre. Dans ce cas, la loi des XII Tables accorde à l'acquéreur l'actio de modo agri, au sujet de la superficie du champ, pendant de l'actio auctoritatis, et qui est l'origine de la garantie des vices dans la vente (voir également le cours de 2° année). Par cette action, l'acquéreur réclamait le double de la différence entre la valeur de la superficie indiquée et la valeur de la superficie réelle livrée.

L'actio de modo agri.

Source : BIU Cujas

La mancipation ne rend pas obligatoires toutes les clauses accessoires,

La mancipation n'avait-elle pas un autre avantage sur les autres modes d'acquisition que celui résultant de ces effets obligatoires? On a prétendu qu'elle rendait obligatoires toutes les clauses accessoires qui y seraient adjointes, et appelées leges mancipii, le mot lex ayant ici le sens technique de clause, (C'est une sorte de loi qui sert à régir les rapports entre les contractants). Et on invoque en ce sens un texte célèbre des XII Tables (VI, I); Cum nexum faciet mancipium que, uti lingua nuncupassit, ita jus esto. Lorsqu'on fait un nexum (contrat solennel de l'ancien droit) ou une mancipation, dès que la langue l'aura énoncé, qu'ainsi soit le droit. Mais, formulée d'une façon aussi générale, cette règle attire certaines réserves. Elle est vraie en partie; elle est fausse dans son ensemble. On ne peut en effet insérer dans le formulaire de la mancipation que des clauses concordantes avec sa nature primitive. Voilà l'idée qui va nous permettre de déterminer les clauses qui peuvent être rendues obligatoires et les clauses qui ne peuvent pas l'être.

Mais seulement celles qui correspondent à sa nature primitive.

Peuvent être rendues obligatoires, car elles correspondent à la nature primitive de la mancipation:

Fonds émancipé uti optimus maximus,

I° - Les clauses relatives à l'indication de l'objet. C'est ainsi que nous voyons insérer dans le formulaire des clauses comme celle-ci; le fonds qui est mancipé est déclaré être uti optimus maximus, comme étant le meilleur et le plus grand, c'est-à-dire qu'on affirme que le fonds est libre de toute servitude. C'est le langage technique qu'on retrouve dans une inscription du II° siècle après J.C., publiée par Girard, Textes, 5° édition, page 627. Les actes concrets sont en harmonie parfaite avec la théorie.

Réserve de l'usufruit.

2°- La clause par laquelle on déduit du fonds mancipé une servitude déterminée. Par exemple, le fonds est mancipé deducto usufructu, sous réserve de l'usufruit.

Modus agri.

3° - La clause relative à l'indication de la contenance; s'il s'agit d'un fonds de terre. C'est le modus agri, la superficie du fonds. D'où le nom de l'actio de modo agri.

Clauses ne cadrant pas avec la mancipation.

Au contraire, ne peuvent pas figurer dans le formulaire de la mancipation, ou si elles y figurent ne peuvent recevoir aucun effet, parce qu'elles sont en contradiction avec la nature primitive de la mancipation:

Terme ou condition.

I° - L'insertion d'un terme ou d'une condition. Il faut que le transfert de propriété soit pur et simple. C'est la raison qui a fait ranger la mancipation dans le groupe d'actes appelés actus legitimi,

Source : BIU Cujas

c'est-à-dire d'actes juridiques qui ne peuvent être affectés ni d'un terme ni d'une condition. De sa nature, de son essence même, la mancipation ne peut comporter ni terme, ni condition. Si elle en comporte, elle est de plein droit nulle.

Obligations autres que la garantie.

2° - Il est impossible de faire naître des obligations autres que les obligations de garantie qui naissent directement de la mancipation. Quand on voulait adjoindre à une mancipation des clauses spéciales, on devait jeter ces clauses dans le moule de la stipulation, le contrat général servant à rendre obligatoires les conventions.

Le transfert de la propriété par mancipation, à la suite d'une vente, est-il subordonné au paiement du prix?

En ce qui concerne les effets de la mancipation il convient de se poser une dernière question: est-ce que, lorsque la mancipation se fait en vertu d'un contrat de vente, on n'exige pas, pour que la propriété soit transférée, une condition supplémentaire, qui serait le paiement du prix par l'acquéreur? En d'autres termes, en dépit de la mancipation accomplie, en dépit des paroles prononcées par les parties, le vendeur demeurerait propriétaire de la chose vendue jusqu'à l'accomplissement de l'obligation de l'acheteur, c'est-à-dire jusqu'au paiement du prix, ou jusqu'à une garantie équivalente fournie par l'acheteur.

La raison qu'il y a de se poser la question se trouve dans un texte célèbre des Institutes de Justinien (2.I.41) qui est ainsi conçu: Venditae vere et traditae non aliter emptori adquiruntur quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfaecerit veluti expromissore aut pignore dato: quant aux choses vendues et extradées, elles ne sont acquises à l'acheteur que si ce dernier a payé le prix au vendeur, ou l'a satisfait d'une autre manière, par exemple en lui fournissant une caution ou un gage.

Comme Justinien, après avoir énoncé la règle, ajoute: quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum, ce qui a été prescrit par la loi des XII Tables, et que, d'autre part, la mancipation n'existe plus à l'époque de Justinien, la règle, à l'époque classique, n'aurait elle pas, à côté du mot traditae, renfermé les mots mancipio datae?

Il nous paraît impossible de traiter à cet endroit le problème ainsi posé, car il dépasse de beaucoup le cadre de la mancipation. Il ne peut être utilement examiné, croyons-nous, qu'à propos des effets de la vente, en ce qui touche les garanties du vendeur non payé (Voir cours de 2ème année).

Source : BIU Cujas

§ 2 - L'in jure cessio.

Comme la mancipation, nous avons déjà rencontré l'in jure cessio dans le droit des personnes. Nous l'y avons vue servant à réaliser un affranchissement (manumissio vindicta) et l'adoption au sens étroit du mot. Nous allons l'étudier ici comme mode d'acquisition de la propriété quiritaire.

I - Formes de l'in jure cessio.

Description de l'in jure cessio d'après Gaius.

L'in jure cessio est décrite par Gaius (II.24). L'acte qui appartient à la juridiction gracieuse se passe devant un magistrat, devant le préteur urbain, ou devant le préteur pérégrin à Rome, et en province devant le praeses, le gouverneur. L'in jure cessio requiert la présence simultanée de l'acquéreur, de l'aliénateur, de la chose aliénée. Voici comment se passe l'opération : Celui au profit de qui a lieu l'in jure cessio, tenant la chose dans la main, prononce la phrase suivante: " Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio: L'homme que voici, je le déclare mien, en vertu du droit des Quirites".

Puis, après cette vindicatio, le préteur, nous dit Gaius, interroge l'aliénateur et lui demande s'il veut procéder à la contravindicatio. Ce dernier refuse, ou bien garde le silence, et, devant cette attitude de l'aliénateur, le magistrat procède à l'addictio: addicit rem, c'est-à-dire qu'il adjuge la chose à celui qui a prononcé la vindicatio.

Sa nature.

Telles étaient les formes de l'in jure cessio, il convient de rechercher quelle est sa nature véritable.

Dans l'opinion généralement admise, c'est un procès fictif.

D'après le système généralement admis, l'in jure cessio est un procès fictif, une comédie judiciaire, un expédient , utilisant les formes du procès en revendication, à l'effet de réaliser un transfert de propriété, de même que, nous l'avons vu; un procès de liberté fictif servait à réaliser un affranchissement, et une revendication fictive à réaliser une adoption.

Théorie nouvelle de M. Lévy Bruhl, suivant laquelle l'in jure cessio n'est pas un procès fictif.

Ce système traditionnel est critiqué à son Cours par M.Levy Bruhl, qui s'efforce de démontrer que l'in jure cessio (mode d'acquisition de la propriété, n'est pas de sa nature un procès fictif. Comme on le sait, il soutient une opinion semblable en ce qui concerne l'affranchissement par la vindicte et l'adoption. Le moment est venu d'apprécier dans son ensemble sa nouvelle théorie.

Source : BIU Cujas

a) Sur le terrain des textes, M. Lévy Bruhl tend à ruiner l'autorité de Gaius, qui, aussi bien en matière d'adoption (I, 134) qu'en matière d'acquisition de la propriété (II, 24), décompose l'acte en 3 opérations successives: I° - une vindicatio faite devant le magistrat par le père adoptant ou par l'acquéreur;

Réfutation.

2° - une non contravindicatio de la part du tiers dans l'adoption ou de l'aliénateur dans le transfert de propriété; 3° - une addictio prononcée par le magistrat. Dans ce but il oppose à l'autorité de Gaius la description qu'Ulpien nous fait de l'in jure cessio dans ses Règles (19,10): In jure cedit dominus, vindicat is cui ceditur, addicit praetor. Le propriétaire renonce in jure, celui au profit de qui est faite cette renonciation revendique, le préteur adjuge (la chose). M. Lévy Bruhl tire argument de ce fait que dans Ulpien l'ordre des opérations n'est pas le même que dans Gaius. Il y a, dit-il, d'abord renonciation du propriétaire, et seulement à la suite de cette renonciation du propriétaire, l'acquéreur prononce la formule vindicatoire, et le préteur lui adjuge la chose. Mais l'argument de M. Lévy-Bruhl ne porte pas, selon nous, parce que la phrase précitée d'Ulpien ne peut être isolée de son contexte. Or au § 10 Ulpien ne fait qu'indiquer le rôle joué par les personnes que dans le § 9 il indique comme figurant dans une in jure cessio, à savoir l'in jure cedens (On comprend très bien qu'Ulpien cite en premier lieu ce personnage, puisque son nom est semblable à celui de l'institution, elle-même), le vindicans et l'addicens.

b) En ce qui touche le fond même du droit, M. Lévy-Bruhl invoque ce fait que l'in jure cessio, à l'origine, semble s'être présentée non pas comme un mode d'acquisition dérivé, mais comme un mode originaire d'acquisition. Il y aurait, dans l'in jure cessio primitive, comme une derelictio et une occupatio se manifestant in jure (A rapprocher du système soutenu par Husserl en ce qui concerne la mancipation). Nous ne méconnaissons pas la justesse de cette observation qui a déjà été mise en lumière par Esmein dans une étude parue dans les Mélanges Gérardin, 1907: l'effet relatif de la chose jugée. Mais cette conception de l'in jure cessio peut très bien se concilier, selon nous, avec ce fait que l'in jure cessio était un procès fictif. Car il y a souvent loin entre le but poursuivi par les parties et la réalisation de ce but. Que, dans l'esprit des parties, l'in jure cessio ait poursuivi à la fois la renonciation de l'aliénateur à son droit et l'acquisition de la chose par l'acquéreur au moyen d'une sorte d'occupatio, c'est-à-dire d'un mode originaire d'acquisition, c'est

Source : BIU Cujas

possible. Mais le moyen imaginé par la pratique pour réaliser ce but a très bien pu être le moyen imparfait du procès fictif, moyen qu'on utilisa parce qu'on n'en avait pas trouvé alors de plus parfait, et que l'on conserva ensuite lorsque les effets qui s'attachèrent à l'in jure cessio furent semblables à ceux résultant d'une acquisition dérivée.

II - Effets de l'in jure cessio.

Son effet est purement translatif.

Elle transfère à l'acquéreur le dominium ex jure Quiritium et immédiatement, de sorte que ni un terme, ni une condition ne peuvent être intercalés dans les paroles prononcées par l'acquéreur. Mais, à la différence de la mancipation, elle ne produit pas d'effets obligatoires (actio auctoritatis et actio de modo agri)

III - Sphère d'application.

Elle s'applique à toutes les choses romaines.

L'in jure cessio est applicable seulement aux citoyens romains (Gaius II,65) et aux choses romaines, mais elle pouvait s'appliquer aussi bien aux res nec mancipi qu'aux res mancipi. Ulpien, Règles,19,9. L'in jure cessio tomba en désuétude avant la mancipation.

Question d'examen: l'in jure cessio et ses applications dans le droit des personnes et dans le droit des choses.

§ 3 - La tradition.

La tradition est un mode du droit des gens.

A la différence de la mancipation et de l'in jure cessio, qui sont des modes du droit civil, soumis à des conditions de forme, la tradition est un mode du droit des gens, et elle n'a que des conditions de fond. En effet, tandis que la mancipation et l'in jure cessio impliquent des solennités, des formes, la tradition est, du point de vue extérieur, un simple fait matériel, la remise d'une chose par une personne à une autre.

C'est la remise d'une chose par une personne à une autre. Elle transfère suivant les cas la détention, la possession, ou la propriété.

Or, la simple remise d'une chose par une personne à une autre, ce qu'on appelle une nuda traditio, peut, quant au fond du droit, avoir des résultats variés.

Suivant les cas, en effet, (le profane qui voit une personne remettre une chose à une autre ne voit pas ce qui va se produire juridiquement parlant, il ne voit que le fait extérieur), le résultat sera tantôt un transfert de simple détention, tantôt un transfert de possession, tantôt enfin un transfert de propriété, et,dans le cas où il y a transfert de propriété, par la force même des choses, il y a transfert de possession.

Cas où la tradition transfère la simple détention, louage, dépôt, commodat, usufruit.

Cas où la tradition transfère la possession: bail à long terme, constitution de gage, précaire, séquestre.

Source : BIU Cujas

Cas où la tradition transfère la propriété: vente, donation, constitution de dot, etc,...

L'élément intentionnel.

Ainsi donc, derrière l'acte matériel, qui est toujours le même, la remise d'une chose, se cachent des actes juridiques complètement différents dans leur but. S'il en est ainsi, c'est que, suivant les cas, l'élément intentionnel, qui préside à chacun de ces actes, variera. Comme, par la place que la tradition occupe dans notre Cours, nous ne l'étudions que comme translative de propriété, nous aurons à déterminer exactement en quoi consiste l'élément intentionnel requis, pour que la remise de la chose ait pour résultat le transfert de la propriété. Nous le ferons après avoir d'abord étudié l'élément purement matériel, c'est-à-dire la remise de la chose. En effet, élément matériel et élément intentionnel, voilà les deux éléments constitutifs de la tradition translative de propriété.

Etude limitée à la tradition translative de propriété.

Plan: I - Eléments constitutifs de la tradition translative de propriété.

II - Sphère d'application, et effets de la tradition translative de propriété.

Mais l'historien est obligé de tenir compte de l'évolution générale qu'a subie dans le droit romain lui-même l'institution de la tradition translative de propriété. Il est impossible d'en faire l'exposé sans indiquer des étapes. Or, quand on étudie dans son ensemble l'histoire de la tradition translative de propriété, on s'aperçoit que le système de l'époque classique est complètement différent de celui du droit de Justinien. Le pur romaniste est attiré aussi bien par le droit classique que par le droit de Justinien, mais le romaniste qui se double d'un civiliste se sent plus attiré par le droit de Justinien, car c'est là qu'il faut chercher les origines directes de notre droit français. Nous étudierons donc la tradition dans le droit classique, puis dans le droit de Justinien, en suivant, dans chacune de ces périodes, le plan indiqué plus haut, et, en terminant, nous indiquerons quelles ont été les destinées de la théorie romaine de la tradition dans le droit moderne.

Evolution de la tradition translative de propriété.

I - La tradition dans le droit classique.

A - Eléments constitutifs de la tradition.

Les deux éléments de la tradition.

Les éléments de la tradition translative de propriété sont au nombre de deux.

1° - un élément matériel, la remise de la chose. C'est ce que les Romains appelaient la cessio possessionis.

2° - un élément intentionnel. C'est ce que les

Source : BIU Cujas

Romains appelaient la justa causa.

I - L'élément matériel, la cessio possessionis.

La cessio possessionis.

Pour les meubles, il faut en principe une traditio corporalis, c'est-à-dire une remise de la chose de la main à la main. Pour les immeubles, l'aliénateur conduit l'acquéreur sur le fonds, et lui fait prendre possession matériellement, en le promenant à travers le fonds. C'est le tour du propriétaire, circumambulare fundum, embrasser le fonds en se promenant.

Atténuations à la tradition matérielle, effective.

Mais si telle est l'exigence primitive, le droit classique (c'est ici le point de départ de toute la théorie moderne du principe de transfert de la propriété par simple accord des volontés) a introduit des atténuations qui rendirent cette tradition effective, matérielle, plus facile en la dématérialisant, en la spiritualisant. Cela se produit dans les cas suivants, auxquels les anciens commentateurs du droit romain ont donné des étiquettes tout à fait significatives:

1° - La tradition symbolique.

2° - La tradition de longue main, longa manu.

3° - La tradition de brève main, brevi manu, le mot bref pris ici dans son vieux sens de court.

4° - Le constitut possessoire.

Reprenons successivement ces cas, qui vont nous acheminer vers le principe moderne du transfert de la propriété par simple convention.

1° - La tradition symbolique.

La tradition symbolique.

Au lieu de remettre la chose elle-même qui fait l'objet du transfert, on remet un objet symbolisant la chose elle-même. Par exemple, vous avez dans votre magasin des sacs de blé. Vous les vendez. La propriété sera transférée à l'acheteur, quand vous lui aurez remis les clés de votre magasin. Institutes de Justinien, 2,I,45. Il semble bien qu'à l'époque classique, la remise des clés devait se faire apud horreum, près du magasin (D. 17 ,I,74). On est donc encore assez près de la tradition corporelle. Sous Justinien, le transfert a lieu, même si les clés ont été remises très loin du magasin.

2° - La tradition de longue main.

La tradition de longue main.

Ici la notion de la tradition va être réduite à la simple possibilité offerte à l'acquéreur de prendre par lui-même possession de la chose. C'est la solution donnée dans un texte de Javolenus, Digeste,46.3.79, qui n'est pas reproduit dans les ouvrages, et qui va nous donner la clef de l'expression tradition de longue main. L'aliénateur, du haut d'une tour, montre le fonds de terre à l'acquéreur, la chose étant in conspectu posita, placée dans la vue, et personne en fait ne la détient, a nullo corporaliter ejus rei possessio detinetur. Cepen-

Source : BIU Cujas

dant on déclare que la propriété sera transférée, si nous sommes d'accord sur le prix de la chose vendue. Le jurisconsulte décide que la tradition est réputée faite, quodam modo manu longa tradita existimanda est, comme si la chose était livrée avec une longue main. On voit le fonds du haut de la tour. On suppose que le bras de l'aliénateur et le bras de l'acquéreur s'allongent et, à distance, la remise de la chose a lieu.

3° - La tradition de brève main.

La tradition de brève main.

Ce cas est beaucoup plus difficile, car ici, tout va se passer dans le cerveau de l'individu. Ce cas est d'une importance capitale pour le droit moderne. Il faut supposer que l'acquéreur se trouve déjà en possession de la chose, la détient corporaliter, mais la détient à titre de simple détenteur. C'est, par exemple, un fermier, un dépositaire. Supposons que le véritable propriétaire veut vendre la chose au fermier. Que faudra-t-il faire, pour qu'il y ait tradition ? Que le fermier rende la chose au propriétaire, et que celui-ci lui fasse ensuite tradition pour transférer la propriété. On a décidé que le fermier garderait la chose: mais alors qu'il l'avait comme détenteur, il va la garder désormais à titre de possesseur et de propriétaire. Il y a dans la personne de l'acquéreur une interversion de titre de possession. La causa possessionis est changée, mais avec le consentement du propriétaire. Nous avons vu la règle: Nemo causam possessionis sibi mutare potest, mais ici le propriétaire y consent. Gaius, Digeste, 4I.I.9.: "Parfois, la simple volonté suffit sans tradition pour transférer la propriété. C'est ce qui se passe dans le cas où je te vends une chose que je t'ai donnée à bail, ou à titre de commodat ou de dépôt". Les commentateurs ont donné à notre hypothèse le nom de tradition de brève main, les mains de l'acquéreur et de l'aliénateur, au lieu de s'allonger comme dans l'hypothèse voisine, se raccourcissent.

Interversion du titre en la personne de l'acquéreur.

4° - Le constitut possessoire.

Le constitut possessoire.

C'est le trait d'union entre le droit romain et le droit moderne. Nous allons encore voir une interversion de titre de possession, mais ici cette interversion se produit, non plus en la personne de l'acquéreur, mais dans celle de l'aliénateur. On va appliquer le principe qui permet de posséder corpore alieno, au moyen d'un corpus fourni par une tierce personne. Supposons que, à la suite d'une vente, l'acheteur ne désire pas entrer immédiatement en possession de la chose vendue. Le vendeur ne fera pas immédiatement tradition matérielle de la chose, et il la conservera provisoirement. Mais à quel titre maintenant va-t-il la conserver ? Jusqu'alors, il la détenait à titre de propriétaire et de possesseur. Mainte-

Interversion du titre en la personne de l'aliénateur.

Source : BIU Cujas

L'aliénateur va posséder pour l'acquéreur.

nant il va la détenir pour le compte d'autrui, pratiquement à titre de locataire ou d'usufruitier. Celse, Digeste, 41.2.18. pr. "Ce que je possède en mon nom, je peux le posséder pour le compte d'autrui, et, en faisant cela, je ne change pas à moi-même la cause de ma possession; mais je ne cesse de posséder, et je rends une autre personne possesseur par mon intermédiaire". En conséquence, la propriété va être transférée par tradition, alors qu'il n'y a pas eu remise matérielle de la chose.

La détention de l'aliénateur doit durer quelque temps.

Mais à l'époque classique, il faut nécessairement que l'aliénateur, d'après la convention passée avec l'acquéreur, détienne matériellement la chose pendant un certain temps . Ce n'est que plus tard qu'on élargira la conception primitive. On se contentera d'une détention de quelques instants.

Les cas de tradition feinte.

Dans ces quatre cas, les jurisconsultes classiques admirent que la tradition serait considérée comme réalisée sans remise effective de la chose. Ces cas ont été appelés par les glossateurs de l'école italienne au XIII° siècle des cas de traditio ficta, de tradition feinte, c'est-à-dire fictive, simulée.

II - La justa causa.

La justa causa.

Connaissant la portée exacte à assigner à l'époque classique à l'élément matériel, passons à l'étude de l'élément intentionnel, c'est-à-dire à ce qu'on appelle la justa causa. Pour que la remise de la chose transfère la propriété, il faut que cette tradition ait eu lieu ex justa causa, en vertu d'une juste cause. C'est là un élément intentionnel, duquel va ressortir le fait que la tradition tend au transfert de la propriété. En effet, comme nous l'avons remarqué au début même des développements relatifs à la tradition, le simple fait matériel de remettre la possession, la nuda traditio, peut être compris de plusieurs façons. Cette remise de la chose a pour but de transférer tantôt la simple détention, tantôt la possession, tantôt la propriété, et en même temps la possession.

Pour qu'elle fasse naître la propriété, il faut une justa causa, une juste cause, un juste titre.

C'est un acte juridique qui manifeste la volonté de transférer la propriété.

A l'époque classique, le juste titre est un acte juridique qui manifeste la volonté de transférer, en même temps que la possession, la propriété. Les textes de l'époque classique le disent expressément. Paul. Digeste, 41,1,31, pr. s'exprime ainsi: Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur, jamais la simple remise de la chose ne suffit pour transférer la propriété, mais il n'en sera ainsi que si une vente ou quelque cause juste l'a précédée, en vertu de laquelle la tradition suivrait. De même, Ulpien, Rè-

Source : BIU Cujas

gles, 19.7, déclare que la remise des choses ne transfère leur propriété que lorsqu'elles sont livrées en vertu d'une juste cause, scilicet si ex justa causa traditae sunt nobis.

C'est la cause efficiente.

Il résulte nettement de ces textes, que la cause dont il est parlé n'est pas seulement ce qu'on appelle la cause finale, dont parle par exemple le Code Civil français (art. 1131), quand il dit qu'un contrat est nul, faute de cause. Mais il faut prendre ce mot dans le sens de cause efficiente, c'est-à-dire d'acte juridique qui précède la remise de la possession, en précise la portée, et fait de cette remise un acte translatif de propriété.

Actes juridiques constituant des justae causae.

Passons en revue les principales applications qu'on trouve de cette idée. Cela revient à rechercher les différentes espèces de causes qui peuvent justifier la remise matérielle de la chose, et du même coup le transfert de propriété.

La vente.

1° - C'est d'abord le cas indiqué par Paul: la vente. C'est le type de justa causa. Quand la tradition a lieu à la suite d'un contrat de vente, la remise de la chose est translative de propriété, parce qu'elle est faite à la suite d'une justa causa. Nous dirons avec les différents jurisconsultes romains: ici la tradition a été faite pro emptore, à titre de vente.

La donation.

2° - La donation. On remet une chose à quelqu'un pour lui en faire donation. La donation qui précède encore ici la remise de la chose justifie cette remise en vue de transférer la propriété, pro donato.

La convention de dot.

3° - La convention de dot est aussi une juste cause de tradition. En effet, la tradition qui la suit rend le mari propriétaire de la dot, pro dote.

Le paiement.

4° - Le paiement. La tradition peut avoir comme juste cause le paiement d'une obligation antérieure, être faite à titre de paiement, pro soluto.

Le legs.

5° - Le legs. Vous recevez un legs. L'héritier grevé vous remet la chose par une tradition. Cette tradition est translative de propriété. Le legs constitue une juste cause de tradition, pro legato.

L'abandon noxal.

6° - L'abandon noxal. Si le maître ne veut pas payer l'amende, il est obligé de faire abandon noxal de l'esclave à la victime, pour que celle-ci puisse se venger sur lui. L'abandon noxal est une juste cause de transfert de la propriété: pro noxae dedito.

Tous ces exemples montrent que le transfert de la propriété par tradition peut se faire à la suite d'actes juridiques variés, et dans des buts très différents, aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux. La remise de la chose doit donc être précédée d'un acte juridique valable, qui en est la justification. Tel est le principe fondamental, que M. Fliniaux croit avoir été absolu à

L'acte juridique doit être valable.

Source : BIU Cujas

Le texte de Julien relatif au malentendu est interpolé.

l'époque classique. Sans doute, nous rencontrons au Digeste, 41.I.36, un texte du jurisconsulte Julien, qui admet que la tradition peut produire son effet translatif de propriété dans l'hypothèse d'un malentendu des parties. L'acquéreur croit recevoir la chose à titre de donation: l'aliénateur, en faisant la remise de la chose, a voulu faire une vente. Il n'y a pas de justa causa au sens juridique du mot, puisque, faute de consentement, cet acte juridique est inexistant. Cependant, Julien dit que, dans ce cas de malentendu des parties, alors qu'il n'y a pas de juste cause valable, au sens juridique du mot, la propriété a été transférée. Mais il est aujourd'hui démontré que ce texte est interpolé. Il s'agit là, non pas de l'état du droit à l'époque classique, mais de l'état du droit à l'époque de Justinien. Renvoyons à la démonstration péremptoire que vient de faire récemment M. Raymond Monier, dans son article, le malentendu sur la causa traditionis, Mélanges Bonfante, tome III, 1929, pages 219 et suivantes. Cf. Emilio Betti, Mélanges Bonfante, I, p. 305.

B - Sphère d'application et effets de la tradition à l'époque classique.

Champ d'application de la tradition.

A l'époque classique, la tradition, mode du droit des gens, a un champ d'application beaucoup plus large que les modes du droit civil. Elle apparaît en effet dans les quatre cas suivants:

1° - elle fonctionne comme un mode de transférer la propriété quiritaire sur les res nec mancipi. Mais elle a trois autres fonctions.

2° - elle sert à créer la propriété bonitaire ou prétorienne sur les res mancipi.

3° - entre pérégrins, elle fait naître la propriété pérégrine.

4° - Elle sert comme mode de création de la propriété provinciale sur les fonds provinciaux.

Elle ne produit qu'un effet translatif. Elle peut comporter terme ou condition.

Quant à ses effets, à la différence de la mancipation, la tradition n'engendre pas d'effets obligatoires. Elle ne comporte rien d'équivalent à l'actio auctoritatis et à l'actio de modo agri. D'autre part, à la différence de la mancipation, et de l'in jure cessio, la tradition peut comporter un terme ou une condition.

Telle est la position prise par le droit classique à l'égard de la tradition, d'après les travaux les plus récents de la science romanistique.

II - La tradition dans le droit de Justinien.

C'est ce qui précède immédiatement le droit moderne. Comme pour l'époque classique, nous passerons suc-

Source : BIU Cujas

cessivement en revue:

1° - Les éléments constitutifs de la tradition.

2° - Le domaine d'application et les effets.

A - Eléments constitutifs de la tradition.

Nous rencontrons toujours la nécessité d'un élément matériel et d'un élément intentionnel, mais nous allons assister à des changements de la plus grande importance, relativement à chacun de ces éléments.

1° - L'élément matériel, la remise de la chose, la cessio possessionis.

On assiste à un développement interne du système de la tradition feinte, mouvement qui s'est exercé dans les deux directions suivantes:

Extension du constitut possessoire.

1° direction: Extension de l'institution du constitut possessoire, le 4° cas de tradition feinte. Constitution des empereurs Théodose et Honorius, Code Théodosien, 8.12.9. de 417, rendue pour les pays de civilisation grecque, pour l'Empire d'Orient. Cette constitution admit la retentio usufructus (une des façons de réaliser le constitut possessoire, où l'aliénateur garde à titre d'usufruit la chose qu'il a vendue, au lieu de faire la traditio corporalis) en déclarant que celui qui

La constitution de 417 admet la retentio usufructus, en Orient.

rei usumfructum retinuerit, que celui qui a retenu l'usufruit d'une chose, eam continuo tradidisse credatur, est regardé comme en ayant immédiatement fait tradition.

Les papyrus de Ravenne du VI° siècle et la pratique de la retentio usufructus en Occident.

C'est ce que nous rencontrons dans la pratique notariale du VI° siècle en Italie, à Ravenne où la législation de Justinien a été appliquée. Nous avons la bonne fortune de posséder des actes concrets rédigés par des notaires de cette époque. La pratique est en harmonie avec la théorie. Ces documents sont de nature à renouveler entièrement les idées sur la tradition dans le droit de Justinien. Ce sont les papyrus dits de Ravenne, du VI° et du VII° siècles, publiés en 1805 sous le titre que voici: Papiri diplomatici, par l'abbé Gaetano Marini, conservateur de la Bibliothèque du Vatican. Parmi ces papyrus relatifs pour une bonne partie à des lettres de papes (c'est pourquoi on les a appelés diplomatici), on trouve des actes de la pratique notariale: des ventes et des donations. On y voit comment en pratique se transférait la propriété à l'époque de Justinien.

On pratique la retentio usufructus, mais grande différence avec l'époque classique et aussi l'époque du Code théodosien: à l'époque classique, l'aliénateur a bien l'intention d'être usufruitier, il est vé-

Source : BIU Cujas

La retentio usufructus de courte durée.

ritablement usufruitier; à l'époque byzantine la retentio usufructus n'est faite que pour transférer la propriété. On stipule dans l'acte que l'usufruit ne sera établi que pour une toute petite durée: suivant les actes, 5 jours, 10 jours, 15 jours, 30 jours, jamais au-delà.

Voici deux exemples de clauses de ce genre:

On rencontre la clause avant la Pragmatique Sanction de 554.

Ier exemple, relatif à une donation. C'est le papyrus n° 86 du recueil, qui date de 553. Il est donc antérieur à la Pragmatique sanction pro petitione Vigilii de 554. Un auteur, M. Naïdenovitch, a écrit récemment un ouvrage en bulgare intitulé: la formule "solemnis et corporalis traditio", dans les actes de donation, d'après les papyrus de Ravenne des VI et VII° siècles et la "traditio corporalis" dans les donations entre vifs en droit romain du IV° au VI° siècle après J.C., Sofia, 1925. Un compte rendu a été donné de cet ouvrage par M. Philonenko dans la Revue d'histoire du droit, 1927, page 531. Dans cet ouvrage, l'auteur déclare que, avant la Pragmatique sanction de 554, la clause de retentio usufructus ne se rencontre pas. C'est une erreur: on la trouve

Formule en cas de donation.

dans notre papyrus qui est de 553, lignes 40 à 42: Quarum rerum triginta dierum usufructus est nobis pro traditionis solemnitate retentio, desquelles choses (qui font l'objet de la donation), nous établissons la rétention de l'usufruit pendant 30 jours, pour remplacer la solennité de la tradition, c'est-à-dire la remise matérielle. La présence de la clause de retentio usufructus dans un acte antérieur à 554 n'est pas pour surprendre quand on sait que le droit de Justinien, comme le dit expressément le ch. 11 de la Pragmatique sanction, avait été déclaré applicable à l'Italie par un édit antérieur.

En cas de vente.

2ème exemple, relatif à une vente. Papyrus n° 120 de 572, lignes 55 et 56. De quibus unciis superius designatis sibi venditor usumfructum retinuit dierum triginta. Desquelles onces (c'est une mesure de terre) désignées plus haut, le vendeur a retenu pour soi l'usufruit pendant 30 jours.

Dans un acte de donation de 587, n° 89, le délai est réduit à 5 jours; quinque mihi dierum retineo usumfructum, je retiens pour moi l'usufruit pendant 5 jours.

Il y a donc extension du constitut possessoire sous forme de rétention de l'usufruit, pour un délai de plus en plus réduit.

Extension de la tradition symbolique.

2° direction: extension donnée à la tradition symbolique. On déclara que pourraient être considérés comme symbole, substitut de la chose dont on veut transférer la propriété, les titres de propriété que l'aliénateur possède, instrumenta. On décida que la remise de ces titres transférerait la propriété, les titres symbo-

Source : BIU Cujas

lisant la chose. C'est ce qu'on appelle la traditio chartulae, la traditio instrumenti. C'est ce que nous voyons décider par Justinien, qui, dans ce but, a interpolé une constitution de Sévère et Caracalla de 210. Code de Justinien, 8,53 (54), De donationibus, I, Ce texte est interpolé, comme l'a démontré M. Riccobono dans son article: La traditio ficta, paru en italien dans la Revue allemande de la Fondation Savigny, 1912, pages 277 et suivantes.

La traditio instrumenti.

Là encore, nous allons retrouver la pratique de la traditio chartulae dans les papyrus de Ravenne. Mais ces papyrus nous apprennent qu'il y a eu une évolution qui conduira à la pratique notariale italienne du XIII° siècle. D'après la constitution précitée, le transfert symbolique se fait par la remise des titres de propriété. C'est ce qu'on appelle, dans le langage des glossateurs, l'instrumentum antiquum, le titre ancien, les titres de propriété. On tendit à substituer à la remise de l'instrumentum antiquum la remise de l'acte constatant le nouveau transfert de propriété, l'instrumentum novum. Les papyrus de Ravenne sont intéressants, parce qu'ils nous font assister à une phase intermédiaire.

On finit par se contenter de l'acte de transfert.

Dans le Papyrus n° 120 de 572, ligne 25, on trouve une formule suivant laquelle le transfert de propriété sera réalisé au moyen de la remise à la fois de l'instrumentum antiquum et de l'instrumentum novum. Voici la formule de l'acte: Ejus instrumenti anteriores, simul cum hac cartula, comparatori de praessenti contradidit firmandi dominii causa (1)

Les papyrus de Ravenne exigent encore en même temps l'instrumentum antiquum.

Ainsi la pratique notariale du VI° siècle en Italie applique la législation orientale de Justinien.

Nous avons ainsi fixé exactement la position prise par le droit romain à la fin de son existence. Voilà jusqu'où les Romains sont allés en matière de cessio possessionis. Nous ne pouvons donc pas admettre la thèse de M. Riccobono, qui affirme que, dans le droit de Justinien, la nécessité de la tradition matérielle a été complètement abolie, et qu'on y rencontre déjà le principe moderne du transfert de la propriété par le simple consentement des parties. Cela est faux comme principe général. Il y a eu seulement quelques exceptions qui confirment la règle. Celle-ci, il faut la chercher dans

Justinien n'a pas consacré le principe du transfert par simple convention.

---

(1) Bibliographie: En plus de l'article précité de Riccobono, consulter Brugi: Le transfert de la propriété, au moyen de l'acte d'aliénation en droit romain, Atti Ist. Veneto, 75 (1915-1916) pp.1089 et suiv., avec le compte rendu de F. Maroi dans la Rev. ital. pour les sciences juridiques, 62, 1919, pp.232 et suiv.

Source : BIU Cujas

le Code de Justinien. Nos anciens auteurs la connaissaient bien, et pour eux elle synthétisait l'idée romaine. C'est la fameuse constitution 20 du livre 2, titre 3. De pactis, au Code de Justinien: Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur, la propriété des choses est transférée par tradition et par usucapion, et non pas par les simples pactes, par les simples conventions. Cela veut dire que les contrats servent seulement à produire des obligations, de simples droits de créance. Ils sont impuissants par eux-mêmes à transférer la propriété. Ainsi dans la vente romaine, l'acheteur ne devenait pas propriétaire en vertu du contrat, mais seulement créancier du vendeur. Pour lui transférer la propriété de la chose, le vendeur devait lui faire mancipation, in jure cessio ou tradition.

La Constitution 20:De pactis.

Les contrats ne transfèrent pas la propriété.

II - L'élément intentionnel, la justa causa.

Il résulte de l'interpolation aujourd'hui démontrée par M. Raymond Monier du texte de Julien au Digeste, 4I,I,36, que c'est seulement dans le droit de Justinien, et non dès l'époque classique, comme on le pensait, que la tradition peut produire son effet translatif de propriété, dans l'hypothèse d'un malentendu des parties, celle où l'une a cru réaliser une vente & où l'autre pensait faire une donation. En tenant compte de cette disposition, qui émane de Justinien, sous le couvert de Julien, on est obligé de modifier la définition de la justa causa pour le droit de Justinien. Il est certain que cette justa causa n'est pas toujours un acte juridique. Il suffit en effet, pour que la nuda traditio entraîne la propriété, qu'elle soit accompagnée des volontés concordantes d'aliéner, de la part du tradens, et d'acquérir, de la part de l'accipiens. Peu importe qu'il y ait un acte juridique valable.

Sous Justinien la justa causa consiste dans la volonté d'acquérir et d'aliéner.

Ainsi, dans cette notion nouvelle de la justa causa traditionis, la tradition, considérée comme un mode de transfert de la propriété, n'est plus un acte concret, dépendant de sa cause, et valable seulement si celle-ci existe et est valable. Dans le droit de Justinien, la tradition est devenue, comme la mancipation, un acte de disposition abstrait, c'est-à-dire valable en dehors de toute considération étrangère à lui-même. Telle est la notion qu'il convient de se faire de la justa causa dans le droit de Justinien, par opposition à la conception du droit classique.

La tradition est devenue un acte abstrait.

Vraisemblablement, il faut voir là les effets de l'influence grecque. Dans les villes hellénistiques, la vente s'opérait par la confection de deux actes écrits. Le premier, appelé ἀπογραφη πραξιου, renfermait l'indication des obligations réciproques dé-

Source : BIU Cujas

Influence du droit grec.

coulant du contrat de vente. C'est donc un acte écrit relatif au contrat. D'autre part, un second écrit, appelé συγγραφη αποστασιου, contenait la déclaration de volonté de l'aliénateur d'abandonner la propriété de la chose au profit de l'acquéreur. En effet, αποστασιου veut dire abandon de propriété. C'est donc l'acte relatif au transfert de propriété, venant à la suite de l'acte relatif au contrat, et en principe étant indépendant de celui-ci.

B - Sphère d'application et effets de la tradition.

Dans le droit de Justinien, il n'existe plus qu'une seule espèce de propriété, comme nous l'avons vu dans l'introduction générale, et la tradition est alors seule le mode servant à faire acquérir la propriété à titre particulier entre vifs.

III - Destinée dans le droit moderne de la théorie romaine de la tradition.

Nous étudierons successivement le droit français, puis le droit allemand, en distinguant, pour les éléments constitutifs, l'élément matériel et l'élément intentionnel.

A - L'élément matériel.

I - Le droit français.

Notre droit français a profondément modifié le droit de Justinien. Nous avons une grande évolution intéressante à retracer.

Notre ancien droit s'est d'abord servi des mêmes procédés variés, que nous avons passés en revue, qui avaient été utilisés, les papyrus de Ravenne en font foi, dans la pratique byzantine.

La voie lui avait été ouverte par les glossateurs qui, des pratiques byzantines et des lois de Justinien, dégagèrent des principes juridiques plus précis.

Rôle des glossateurs. La remise de l'acte écrit suffit.

Cela résulte principalement du travail des glossateurs, relativement à la tradition symbolique. Les glossateurs, beaucoup plus hardis, ne se firent aucun scrupule d'appliquer de façon générale la constitution que nous avons rencontrée au Code de Justinien, 8. 53 (54).I. Un des glossateurs du XIII° siècle, Azon, proclame, sous la forme d'un principe général: Qui tradit instrumentum praedii, praedium tradere fingitur, celui qui remet l'acte écrit relatif au fonds, est supposé fictivement livrer le fonds lui-même, en faire la tradition réelle.

Dans l'ancien droit français, nous rencontrons cette pratique, sous la forme de la remise de

Source : BIU Cujas

C'est l'instrumentum novum.

l'instrumentum novum, c'est-à-dire du titre de transfert actuel. En effet, si on parcourt les actes de notaires de l'ancien droit français, il est intéressant de les comparer avec ceux de l'exarchat de Ravenne. C'est par la remise de la note, protocole, comme l'appellent les notaires de l'époque, nous dirions aujourd'hui la minute de l'acte, des mains du vendeur dans celles de l'acheteur, que le transfert de propriété s'opère dans une vente. Voici deux exemples de clauses de ce genre.

Clauses des actes de notaires.

Nous trouvons la première dans un article de Latouche. Le notariat en Bas-Quercy et Bas-Rouergue, Revue historique de droit, 1923, page 8, note 5. Voici la clause: un vendeur cède, est-il déclaré dans l'acte, tous ses droits à l'acheteur per traditionem quam fecit de nota seu protochollo, in qua praesens publicum instrumentum erat scriptum, de manibus dicti venditoris in manibus dicti emptoris, par la tradition qui a été faite de la minute dans laquelle le présent acte authentique a été rédigé, des mains du dit vendeur, dans les mains du dit acheteur.

Cet acte se trouve dans les Archives du Tarn-et-Garonne.

Monsieur Fliniaux a trouvé aux Archives de la Haute-Garonne un autre acte de notaire, inédit celui-ci, du 19 Juillet 1417, qui montre que la pratique des papyrus de Ravenne s'est encore maintenue jusqu'au XV° siècle. Archives de la Haute-Garonne, Fonds du chapître Saint-Sernin, n°20, liasse 59, titre 4. Voici la formule, encore plus intéressante que l'autre: Et recipiente de jure et de facto seu quasi per traditionem materie seu protocholli praesentis publici instrumenti, et recevant l'immeuble de droit et de fait (donc la tradition corporelle est considérée comme faite) comme par la tradition de la minute du présent acte.

Le constitut possessoire.

A côté de la tradition symbolique, nous trouvons aussi l'emploi du constitut possessoire. Ce n'est pas sous forme de retentio usufructus que se présente ordinairement le constitut possessoire, mais sous forme d'une convention fictive de précaire, qui a été utilisée surtout dans le Midi de la France. Dans le Nord de la France, ce sont plutôt les idées du droit féodal qui inspirent la pratique (clause de dessaisine-saisine, clause de vest et devest). On dit, dans l'acte, que, en même temps, on dessaisit et on saisit. C'est le constitut possessoire sous la forme féodale. Cela suffit.

La convention fictive de précaire.

La clause de dessaisine-saisine.

L'intervention philosophique dans cette matière se produisit au XVII° siècle, avec l'Ecole

Source : BIU Cujas

L'école du droit de la nature et des gens pose le principe du transfert de la propriété par convention.

du droit de la nature et des gens. Les esprits de cette école firent le sacrifice du principe ancien, qui exigeait la tradition, même réduite à la tradition symbolique ou au constitut possessoire, et ils attribuèrent directement à la volonté des parties exprimée dans le contrat la puissance de transférer la propriété. C'est ainsi que les deux plus illustres représentants de cette école, le Hollandais Grotius, le père du droit international public, dans son De jure belli ac pacis, Du droit de la guerre et de la paix, et le Suédois Pufendorff, dans son De jure naturae et gentium, Du droit de la nature et des gens, pensaient que, si la tradition, acte matériel, est nécessaire pour transférer la possession, qui est un fait, la propriété, qui est une qualité purement morale, purement spirituelle, pouvait très bien passer d'une personne à une autre par une simple convention.

Loisel et Laurière.

Et les praticiens, de leur côté, agirent de même. Loisel, Institutes coutumières, n° 407, écrit: L'on n'a pas plus tôt vendu la chose, qu'on n'y a plus rien, et Laurière, commentant Loisel, écrit: Ainsi parmi nous, dès que la vente est parfaite (c'est-à-dire accomplie, perfecta) le domaine, (vieux mot français pour désigner la propriété, le dominium) de la chose vendue est transféré sans tradition, contre la disposition de la loi 20 au titre De pactis. C'est la fameuse loi au Code de Justinien: traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.

Le Code civil: Article 711.

Article 1138.

Nous arrivons ainsi au Code civil. Ses dispositions se comprennent facilement avec l'histoire. Article 711: la propriété des biens s'acquiert et se transfert par l'effet des obligations.

Article 1138: L'obligation de livrer la chose est parfaite, (c'est l'expression de Laurière, c'est-à-dire accomplie) par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire encore que la tradition n'en ait point été faite.

Sur cette évolution, lire Olivier Martin, La Coutume de Paris, trait d'union entre le droit romain et les législations modernes, Conférences faites à l'Université d'Utrecht, Paris, 1925, pages 62 et suivantes.

II - Le droit allemand.

Il faut avoir bien soin de distinguer suivant qu'il s'agit du transfert de propriété des choses mobilières et des choses immobilières.

1° . Le transfert de propriété des choses immobilières.

Source : BIU Cujas

En Allemagne, le transfert de propriété des choses immobilières se trouve soumis à un système particulier de publicité, le système des livres fonciers, Grundbücher. La propriété est seulement transmise par l'inscription sur les registres fonciers

Le système des livres fonciers pour les immeubles.

Le système du droit allemand existait en Alsace-Lorraine au moment du retour à la France, et il n'a pas été possible de supprimer cet état de choses. Le droit allemand est donc encore en vigueur sur ce point en Alsace-Lorraine.

Le tradition est exigée pour les meubles.

2° - Pour les meubles, le Code civil allemand exige expressément la tradition. C'est le retour pur et simple au système romain le rejet de la conception métaphysique qui cependant venait des pays du Nord, de Hollande et de Scandinavie.

§ 929 du Code civil allemand: "Pour la transmission de la propriété d'une chose mobilière, il faut que le propriétaire en fasse livraison à l'acquéreur, et que tous deux soient d'accord pour ce transfert". La tradition matérielle est donc exigée

Tempéraments admis.

Mais, comme en droit romain, le Code civil allemand reconnaît les deux tempéraments que nous avons déjà rencontrés avec la tradition feinte.

§ 929 in fine: Si l'acquéreur est déjà en possession, l'accord seul suffit. C'est la tradition de brève main.

§ 930 Si le propriétaire est en possession de la chose, la livraison peut être remplacée par un acte juridique par lequel il convient avec l'acquéreur que celui-ci aura immédiatement la possession médiate. C'est le cas du constitut possessoire.

Le Code civil Suisse.

On rencontre les mêmes dispositions dans le Code Civil Suisse, articles 714 et 717. Pour les romanistes, il est donc intéressant de constater la tendance actuelle: le retour aux purs principes du droit romain.

B - L'élément intentionnel.

I - Le droit français.

En droit français, le transfert est subordonné à la validité de l'acte juridique.

En droit français, la propriété ne se trouve pas transférer par cela seul que les deux parties sont d'accord pour obtenir un tel résultat. C'est ce qui se produit par exemple dans le cas du malentendu, alors que l'une des parties croyait conclure une vente, et que l'autre croyait réaliser une donation. La nullité du contrat productif d'obligations entraîne en droit français nécessairement la nullité du transfert de propriété. Cela veut dire qu'on n'isole pas la volonté abstraite d'aliéner et

Source : BIU Cujas

d'acquérir, pour lui faire produire un effet translatif de propriété indépendant de la validité même du contrat. La conception de la justa causa que consacre le droit français est donc celle du droit romain de l'époque classique.

II - Le droit allemand.

Ici le consentement nécessaire pour la tradition porte uniquement sur la volonté d'aliéner et d'acquérir. Le Code civil allemand se réfère donc à la conception du droit de Justinien.

En droit allemand la volonté d aliéner et d'acquérir suffit.

En matière mobilière, § 929, il faut que le propriétaire fasse livraison de la chose à l'acquéreur (élément matériel) et le texte continue: et que tous deux soient d'accord pour ce transfert. C'est l'élément intentionnel.

En matière immobilière, le § 873 est ainsi conçu: Pour transférer la propriété sur un immeuble, il faut l'accord des volontés de l'ayant-droit et de l'autre partie sur le transfert à réaliser.

Ainsi donc, en droit allemand, le consentement requis en matière de transfert de propriété porte simplement sur la volonté d'aliéner et d'acquérir, au sens de la justa causa dans le droit de Justinien. C'est ce consentement que les Allemands appellent un contrat réel (dinglicher Vertrag), et que les commentateurs du Code civil allemand appellent un contrat abstrait d'aliénation.

Le contrat réel abstrait d'aliénation.

Consulter à ce sujet Saleilles, Essai sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand, 2e édition, 1901, n° 5; 3e édition, faite après sa mort, 1923, n° 5. Saleilles, grand civiliste et grand romaniste, fait le rapprochement suivant avec le droit romain: "Ce que ce contrat réel a surtout de particulier, c'est qu'il est, comme l'ancienne tradition romaine, (Saleilles devrait aujourd'hui ajouter: à l'époque de Justinien) une pure convention de transfert indépendante de la cause en vertu de laquelle les parties procèdent à l'aliénation. Les parties déclarent vouloir transférer. Cela suffit pour que leur consentement soit pleinement efficace. Il n'y a pas à rechercher en vertu de quel titre (comme dans l'autre conception) elles veulent aliéner. Il en résulte que le contrat, étant ainsi dégagé de sa cause juridique, le titre en vertu duquel on procède à l'aliénation pourra être nul ou annulable. L'aliénation n'en sera pas moins maintenue".

Notons que en matière immobilière, en raison du système des livres fonciers, le droit allemand exige pour ce contrat abstrait d'aliénation la participation d'un officier judiciaire, et l'inscr

Source : BIU Cujas

tion de l'acte sur les registres fonciers.

Section II - Modes dérivés, d'aliénation non volontaire.

Ces modes sont: l'usucapion et les diverses praescriptiones, l'adjudication, et la lex (la loi).

§ I - L'usucapion et les diverses praescriptiones.

Il importe, dans cette matière un peu touffue, mais très importante, pour la connaissance du droit moderne, d'établir des divisions. Nous étudierons d'abord l'usucapion, puis la longi temporis praescriptio du droit impérial, et enfin, nous terminerons par l'examen des réformes du Bas-Empire, conduisant ainsi jusqu'au Code civil français.

A. L'usucapion.

Définition de l'usucapion.

L'usucapion est un mode d'acquisition de la propriété quiritaire résultant de la possession prolongée. C'est la définition que nous donne Modestin, Digeste, 4I,3,3: Usucapio est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti, l'usucapion est l'acquisition de la propriété quiritaire par la continuation de la possession pendant un certain temps tel qu'il a été fixé par la loi.

Elle existait à l'époque des XII Tables.

L'usucapion existait déjà à l'époque de la loi des XII Tables, comme nous l'apprend Gaius 2,42. C'est, que dès cette époque, la nécessité d'utiliser l'usucapion se fit sentir. Mais ses fonctions n'ont pas été les mêmes à l'origine et dans le droit développé. Si nous étudions d'une façon générale les fonctions de l'usucapion, elle présente deux fonctions différentes.

Elle fait acquérir la propriété a non domino,

1° - D'abord une fonction à raison du fond même du droit. C'est l'usucapion faisant acquérir la propriété a non domino. Il en est ainsi quand la chose qu'on possède est tenue d'une personne qui n'était pas le propriétaire.

et la propriété des res mancipi transmises par tradition.

2° - Une autre fonction qui existe à raison de la forme. C'est quand on a reçu la chose du véritable propriétaire, qu'il y a, en ce qui touche le mode d'acquisition employé, un vice. Au lieu de faire la mancipation d'une res mancipi, on a fait seulement une tradition. La propriété quiritaire n'est pas transférée. Cependant vous tenez la chose du véritable pro-

Source : BIU Cujas

priétaire quiritaire. Vous ne deviendrez propriétaire que par l'usucapion, et, pendant le délai, vous serez protégé par la propriété prétorienne.

Intérêt public de l'usucapion.

Telles sont les deux grandes fonctions de l'usucapion en droit romain. L'usucapion répondait à une utilité générale, et cet intérêt public à la base de l'usucapion a été très bien dégagé par Gaius, 2.42. Voici comment s'exprime Gaius. L'usucapion a été établie pour que la propriété ne reste pas en suspens, quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent. On a estimé que, quand un propriétaire est resté un certain temps sans exercer son droit de propriété, l'ordre public veut qu'il soit dépouillé de sa propriété au profit de celui qui l'a possédée.

Elle facilite la preuve de la propriété.

Mais d'autre part, l'usucapion, qui, sous cet aspect, apparaît dirigée contre le propriétaire, constitue, sous une autre face, une protection de la propriété. En effet, l'usucapion, viendra très souvent au secours du propriétaire. Quand celui-ci sera dans l'impossibilité de prouver son droit de propriété par titres, il invoquera l'usucapion. C'est ce qu'on fait encore aujourd'hui dans les actes de vente. On commence par faire ce qu'on appelle l'origine de propriété. On remonte d'acquéreur à acquéreur, et on dépasse largement trente ans. Si, depuis plus de trente ans, on trouve tous les acquéreurs successifs, il n'est pas besoin de remonter plus haut.

Entrons dans le détail de l'institution romaine de l'usucapion. Nous suivrons le plan que voici:

I - Conditions de l'usucapion.
II - Effets de l'usucapion.
III - Sphère d'application de l'usucapion.

I - Conditions de l'usucapion.

Evolution des conditions de l'usucapion.

C'est une matière très importante, une question des plus fréquentes à l'examen. Elle se tient avec la tradition. Nous allons assister à une évolution intéressante. Là encore, nous allons voir le droit se spiritualiser, des éléments subjectifs faire leur apparition, alors que, à l'origine, il n'y a place que pour des éléments purement objectifs. Dans cette évolution des conditions de l'usucapion, nous dégagerons les deux phases suivantes:

1° - L'ancien droit.
2° - le droit classique.

Ière Phase - L'ancien droit.

A l'origine la prise de possession

C'est le triomphe de l'objectivité. A l'origine, pour l'usucapion, il n'est pas exigé d'autres conditions que la prise de possession et la continua-

Source : BIU Cujas

et le délai suffisent.

tion de la possession pendant le délai légal.

Comment aura lieu cette prise de possession ? Il faut se rappeler comment on acquiert la possession. Nous rencontrons l'acquisition de la possession par soi-même, ou par l'intermédiaire d'autres personnes, principalement par l'intermédiaire des personnes en puissance.

Il faut posséder pendant un certain temps.

Le délai légal.

Le délai légal, sur lequel on se trompe souvent à l'examen, est le suivant: un an pour les meubles, deux ans pour les immeubles. Donc, à propos de l'usucapion, appar[illegible] la distinction des meubles ou immeubles, qui n'a pas, en droit romain, la même importance qu'aujourd'hui.

La perte de la possession interrompt seule l'usucapion.

N'y a-t-il pas des causes d'interruption de l'usucapion, des évènements qui arrêtent la possession et interrompent l'usucapion ? C'est seulement dans le droit impérial, avec la longi temporis praescriptio, qu'apparaît l'interruption civile de la prescription, par opposition à l'interruption naturelle. Le droit romain ancien n'a jamais connu que l'interruption naturelle, donc le fait de la perte effective de la possession. Renvoyons à la perte de la possession.

Telles sont les deux seules conditions requises dans l'ancien droit. Mais, d'assez bonne heure, on sentit à Rome le besoin de protéger les propriétaires contre le danger de l'usucapion. On voit apparaître certains tempéraments sous la forme de deux prohibitions légales.

La prohibition d'usucaper les res furtivae.

a) - La prohibition d'usucaper les res furtivae, les choses volées. Cette prohibition a été introduite par la loi des XII Tables, d'après Gaius, 2,45 Furtivam rem lex XII Tabularum usucapi prohibet. Cette prohibition a été répétée plus tard par la loi Atinia, de la fin du VI° siècle, ou du début du VII° siècle. Cette prohibition eut la plus grande importance. Elle va restreindre considérablement la possibilité de l'usucapion.

Le vice frappe la chose même.

1° - C'est la chose elle-même qui est frappée de ce qu'on appelle le vice de furtivité. Une chose frappée du vice de furtivité ne pourra pas être usucapée, et cela par personne. Cette prohibition frappe la chose jusqu'à ce que ce vice ait été effacé, purgé, comme dit la langue juridique moderne.

Notion large du furtum.

2° - En droit romain, la notion du furtum est très large, comme nous le verrons en seconde année. Pour les Romains, le vol n'était pas seulement constitué par la soustraction frauduleuse d'une chose, mais par toute contrectatio rei, tout maniement frau-

Source : BIU Cujas

duleux de la chose. Dans la notion romaine de vol rentraient des délits qui aujourd'hui ne rentrent pas dans le délit de vol, mais constituent des délits distincts, l'escroquerie, et l'abus de confiance.

Le vol ne s'applique qu'aux meubles.

b) Cette prohibition d'usucaper les choses volées avait un champ d'application forcément restreint. Elle ne pouvait s'appliquer qu'aux choses susceptibles d'être volées. Or, on avait admis qu'on ne pouvait voler que des choses mobilières.

La prohibition d'usucaper les immeubles enlevés avec violence.

D'où la nécessité d'une deuxième prohibition, la prohibition d'usucaper les immeubles enlevés avec violence, sur lesquels on est entré avec violence. Cette prohibition a été introduite par la loi Plautia de vi qui paraît se placer entre la dictature de Sulla et la conjuration de Catilina. Il s'agit ici encore d'un vice qui affecte la chose elle-même.

Cas où l'usucapion des choses acquises a non domino est possible.

Alors se pose une question: étant donné ces deux prohibitions, comment pouvait-on à Rome usucaper des choses acquises a non domino ? A première vue, on ne le voit pas très bien. Cependant, à la réflexion, on finit par découvrir des cas.

1° - Les immeubles enlevés sans violence.

2° - L'immeuble enlevé par violence, le meuble volé, peuvent eux-mêmes être usucapés par le possesseur, à partir du moment où le vice a été purgé. Cela se présente non seulement quand la chose est revenue entre les mains du propriétaire, mais à partir du moment où celui-ci a recouvré la possibilité de la reprendre.

3° - Enfin un meuble peut sortir des mains du propriétaire et entrer dans celles d'un tiers sans vol quand la personne qui le vend le fait sans intention de voler, par suite d'erreur. Il en est ainsi quand l'héritier du dépositaire vend la chose déposée, croyant qu'elle appartient à son auteur.

2° phase: le droit classique.

Le juste titre et la bonne foi.

Nous allons voir apparaître des conditions encore requises aujourd'hui pour une espèce particulière de prescription acquisitive, la prescription de 10 à 20 ans. Nous voyons, en effet, apparaître dans le droit classique deux autres conditions, qu'il faut avoir soin de distinguer nettement l'une de l'autre, pour ce qui est de leur nature respective. L'une est d'ordre juridique, nous l'avons déjà rencontrée dans la tradition, c'est le juste titre, la justa causa. L'autre est d'ordre psychologique, c'est la bonne foi, bona fides.

Donnons la définition de ces deux conditions avant de revenir en détail sur elles:

Le juste titre.

Le juste titre dans l'usucapion est l'acte

Source : BIU Cujas

juridique antérieur à la prise de possession, et justifie cette prise de possession . C'est la vente, la donation etc...

La bonne foi.

Quant à la bonne foi, c'est la croyance erronée qu'à celui qui prend possession, l'accipiens, que celui qui lui livre la chose, le tradens, en est propriétaire.

Avant d'étudier en détail ces deux conditions, insistons sur le processus historique. Montrons qu'il s'agit là de conditions appartenant à un droit raffiné, qui ne devaient donc pas exister au début de l'usucapion. En effet, l'idée subjective de la bonne foi implique, de la part du juge, une analyse psychologique étrangère aux façons de procéder de l'ancien droit qui n'attache d'effets juridiques qu'aux faits positifs et concrets , extérieurs.

Ces conditions ne remontent pas à l'ancien droit.

Pour le juste titre, la plupart des faits considérés comme justes titres n'ont pas de valeur légale dans l'ancien droit.

On peut ajouter deux sortes de considérations à l'appui de cette thèse. La règle sur la prohibition des res furtivae ne peut avoir été introduite qu'en un temps où l'usucapion procédait sans juste titre ni bonne foi, et où on cherchait dans une règle générale, tirée de la nature de la chose à usucaper, la protection des propriétaires, qui, plus tard, fut cherchée dans les règles relatives, tirées de la personne même qui usucape. A l'époque classique, le système ancien coexiste avec le système nouveau. On n'eût sans doute jamais inventé le premier, si le second avait toujours existé.

La prohibition des res furtivae en est la preuve.

Dernier argument: on rencontre dans le droit classique des vestiges de l'ancien droit sous la forme d'usucapions particulières où il n'y avait ni juste titre ni bonne foi. Ce sont des survivances de l'état de droit antérieur. Quelles sont ces usucapions particulières?

Vestige de l'ancien droit

C'est d'abord l'usucapio pro herede, c'est-à-dire l'usucapion d'une hérédité. Dans l'ancien droit, la personne qui s'emparait d'une hérédité pouvait en devenir propriétaire au bout d'un an seulement, et il n'était pas besoin de juste titre ni de bonne foi (renvoi: Livre III.Modes d'acquisition à titre universel, Les successions à cause de mort).

L'usucapio pro herede.

Le second cas est celui de l'usureceptio. Gaius 2.59 à 61. C'est une usucapion qui s'accomplit au profit du propriétaire lui-même qui vient à reprendre sa chose, et on n'exige ni juste titre ni bonne foi.

L'usureceptio.

Source : BIU Cujas

Dans quels cas rencontrons-nous l'usureceptio? Elle se présente dans les deux hypothèses suivantes, qu'il faut avoir bien soin de distinguer.

I° Hypothèse: l'usureceptio fiduciae causa. On la rencontre dans les deux cas suivants:

L'usureceptio fiduciae causa.

I° - un déposant aliène sa chose au profit du dépositaire, et il convient par un pacte de fiducie que l'acquéreur doit en retransférer la propriété à la première réquisition. Si le déposant la reprend lui-même, il en recouvre la propriété après un an de possession, sans juste titre, ni bonne foi.

2° - Une aliénation de même nature est faite par le débiteur au profit d'un créancier en d'une constitution de gage. Le débiteur peut usucaper sa chose en la reprenant et en la possédant pendant une seule année sans juste titre ni bonne foi.

L'usureceptio ex praediatura.

2° hypothèse: l'usureceptio ex praediatura. C'est quand l'Etat romain vend une chose à lui due par un de ses débiteurs. Celui-ci peut en recouvrer la propriété sans juste titre ni bonne foi, après un an pour les meubles et deux ans pour les immeubles. Cette usureceptio est appelée ex praediatura, du nom de l'acheteur du gage, praediator.

Problème de l'ordre d'apparition de la justa causa et de la bonne foi.

Comment s'est effectuée cette transformation? Peut-on saisir le processus historique d'après lequel, de l'ancien droit, qui n'exige ni juste titre ni bonne foi, on est arrivé au droit classique, qui exige ces deux conditions? Il y a là un problème de nature à intéresser les historiens du droit romain. On est aujourd'hui en présence de deux théories. Contentons-nous de les exposer objectivement, car elles reposent, d'après M. Fliniaux, sur de simples conjectures, et il laisse le choix entre ces deux théories.

a) Théorie d'Esmein.

La première théorie est celle d'Esmein, Mélanges d'histoire du droit, page 177. D'après Esmein, on serait en présence d'une évolution générale de l'usucapion. Voici le processus.

Ancienneté de bonne foi.

I° - On aurait commencé par décider que la possession, pour pouvoir conduire à l'usucapion, devrait présenter certains caractères, groupés sous le qualificatif suivant: la possession doit être justa, juste, légitime. Il faut que l'on possède nec vi, nec clam, nec precario. Comparer l'article 2229 du Code civil français.

2° Ensuite se serait dégagée la notion de bonne foi, dont le juste titre fut considéré comme le complément, ou, plus exactement, comme la justification, le juste titre étant encore, dans cette phase, à la remorque de la bonne foi.

3° - Aboutissement de l'évolution; le jus-

Source : BIU Cujas

le titre finit par devenir une condition indépendante, distincte de la bonne foi. Et, pour Esmein, l'époque où le système aurait été complètement établi pourrait se placer dans les dernières années de la République ou le début de l'empire.

b) Théorie de Bonfante.

La deuxième théorie est celle de Bonfante. Traité de droit romain, II, la propriété, I928. Cette thèse a été adoptée par Mr. Collinet, dans un article schématique, Mélanges Paul Fournier, I929. L'évolution se serait produite, non pas d'une façon générale, en englobant tous les cas possible d'usucapion, mais d'une façon sporadique, fragmentaire, suivant les diverses fonctions de l'usucapion.

La justa causa a fait la première son apparition.

La justa causa aurait fait la première son apparition, contrairement à la théorie d'Esmein, mais elle aurait apparu dans le cas tout à fait spécial où il s'agissait de l'usucapion des res mancipi acquises par tradition. On aurait simplement appliqué ici les règles qui s'étaient dégagées pour la tradition des res nec mancipi, la théorie des justae causae traditionis.

Quant à la bonne foi, elle aurait fait ensuite son apparition dans le cas où il s'agissait de l'usucapion des choses acquises à non domino.

L'évolution aurait ensuite consisté à généraliser ces conditions. La bonne foi aurait été exigée par Julien cité par Ulpien, Digeste, 6.2.7.I7, quand un acquéreur d'une res mancipi l'avait acquise au titre pro emptore, et l'aboutissement aurait été le cumul, dans tous les cas d'usucapion, des deux conditions de juste cause et de bonne foi.

Etude juridique I° le juste titre.

Reprenons l'étude détaillée de ces deux conditions en fonction du droit moderne, en nous plaçant désormais strictement au point de vue juridique.

I - Le juste titre (justa causa, justus titulus: Cette dernière expression se rencontre dans le Code de Justinien, 3,32,24). L'exigence d'un juste titre pour l'usucapion est indiquée par Gaius.2.50. Après avoir signalé le cas où l'usucapion a lieu après une tradition en vertu d'une vente, il ajoute, idemque accidit etiam si ex alia causa tradatur. Si l'on n'avait que ce texte de Gaius, il faudrait dire que la théorie de la justa causa usucapionis est la même que celle de la justa causa traditionis à l'époque classique.

Le juste titre d'usucapion est en principe la justa causa traditionis.

Mais le droit romain en a connu d'autres.

Mais la théorie de la justa causa usucapionis prend un tout autre développement dans les compilations de Justinien. Au Digeste, en plus des justes titres d'usucapion qui sont les mêmes que les justes titres de tradition, on rencontre d'autres.

Source : BIU Cujas

Los justes titres d'usucapion admis pour la tradition.

Voici d'abord les justes titres d'usucapion, que nous avons déjà rencontrés pour la tradition: pro emptore, à titre de vente, rubrique du Digeste 41.4.; pro donato, à titre de donation, rubrique du Digeste 41.6.; pro dote, à titre de constitution de dot, rubrique du Digeste 41.9.; pro legato, à titre de legs, rubrique du Digeste 41.7.; pro soluto, à titre de paiement, rubrique du Digeste, 41.8.; enfin pro noxae dedito, à titre d'abandon noxal. Il n'y a pas ici une rubrique spéciale du Digeste, mais seulement un fragment, Digeste 41.2.3.21. Voir sur ce titre les développements de Bonfante, Ecrits juridiques, tome II, page 619.

Justes titres nouveaux.

A ces six justes causes d'usucapion, qui sont les justes causes de tradition déjà rencontrées, s'ajoutent trois autres, à savoir:

1° - pro herede, à titre d'héritier, rubrique du Digeste 41.5.

2° - pro derelicto, à titre d'abandon, rubrique du Digeste 41.7.

3° - pro suo, pour soi, rubrique du Digeste 41.10.

Dans ces trois dernières justes causes d'usucapion, nous sommes en dehors de la tradition. C'est qu'ici nous sommes en principe en présence d'une possession qui ne résulte pas d'une tradition. Il s'agit ici d'un possesseur qui s'est mis en possession lui-même. Il s'agit donc ici d'une prise de possession par opposition à une remise de possession. Si nous entrons dans le détail de ces trois justes titres, nous voyons qu'il n'y a pas en principe de remise de possession.

Il s'agit ici d'une prise de possession.

1° - Le titre pro herede.

Le titre pro herede.

Il s'agit d'un héritier qui usucape une chose qu'il trouve dans l'hérédité, et qu'il croyait en faire partie, alors qu'elle appartient à autrui, ayant été, par exemple, louée au de cujus. Il faut avoir soin de distinguer le titre pro herede de l'usucapion pro herede. Ces deux institutions n'ont rien de commun.

Le titre pro derelicto.

2° - Le titre pro derelicto, à titre d'abandon.

Il faut envisager la possibilité de deux fonctions différentes de ce titre. C'est la conséquence de la position prise par Mrs. Bonfante et Arangio Ruiz à l'égard des res mancipi abandonnées (voir plus haut).

res derelicta a non domino.

1° fonction - Il y a usucapion pro derelicto, quand ce titre tend à usucaper une chose qu'on croit avoir été abandonnée par son véritable propriétaire.

Source : BIU Cujas

taire, dominus, alors qu'elle a été abandonnée par une personne qui n'en était pas propriétaire, par un non dominus.

2° fonction. Elle se rattache à la position prise par les auteurs précités à l'égard des res mancipi derelictae à l'époque classique. Il s'agit de l'abandon a domino d'une res mancipi, car il n'y a pas ici occupation, mais seulement un mode dérivé d'acquisition. Cette deuxième fonction n'existe plus à l'époque de Justinien.

res mancipi derelicta a domino.

3° - Le titre pro suo.

Le titre pro suo.

Le Digeste n'en signale que quelques rares applications. En voici deux, auxquelles nous en ajouterons plus loin une troisième.

Dot constituée sur une res aliena.

1° exemple. D'après Julien, suivi par Ulpien, le fiancé qui reçoit en dot de bonne foi une res aliena, c'est-à-dire appartenant à autrui, l'usucape avant le mariage. Il ne peut l'usucaper pro dote, car la dot n'existe qu'après le mariage. Il usucape pro suo (Dig. 4I.9.I.2.)

Part de l'esclave fugitive.

2° exemple. On usucape aussi pro suo le partus de l'ancilla fugitiva, le part de l'esclave fugitive (Dig. 4I.IO.2).

Tels sont, passés en revue, en leur donnant leur portée juridique, les différents justes titres d'usucapion qu'a connus le droit romain.

Le juste titre putatif suffit-il pour l'usucapion?

Maintenant se pose une question célèbre. Voici comment Mr. Fliniaux la formule; la croyance à l'existence d'une juste cause peut-elle tenir lieu de juste cause ? En d'autres termes, le juste titre simplement putatif peut-il servir de base à l'usucapion ? Par exemple, nous croyons à l'existence d'un testament imaginaire qui contient un legs d'une chose à mon profit. Vous me livrez cette chose. Puis-je usucaper ?

non, sous Justinien et en Droit moderne.

Les textes de l'époque classique attestent des divergences. Voici la solution qui l'a emporté. C'est celle indiquée par les Institutes 2.6.II. et celle qu'a adoptée le droit moderne: error falsae causae usucapionis non parit, l'erreur portant sur une fausse cause, un faux titre, n'engendre pas l'usucapion. Donc pour employer le langage moderne, le juste titre simplement putatif est inopérant en matière d'usucapion.

Oui, d'après Neratius et Pomponius.

Mais, à l'époque classique, nous voyons aussi soutenir l'opinion contraire par Neratius au II° siècle. Ce jurisconsulte admet comme suffisante la croyance au juste titre, et c'est pour lui un cas de juste titre pro suo. Nous arrivons ainsi au 3° cas de juste titre pro suo. Digeste 4I.IO. Pro suo 5.

Source : BIU Cujas

L'opinion de Neratius est admise par Pomponius, Pro suo, 3 et c'est pour lui aussi un cas d'usucapion pro suo (1).

Oui, d'après Julien, mais seulement en cas d'erreur excusable (fait d'un tiers).

Enfin, une troisième opinion, transactionnelle, est celle que proposait Julien, dont l'opinion est rapportée par Africain, Digeste 41.4., pro emptore II. D'après cette opinion, la croyance au juste titre peut être jugée suffisante, quand il s'agit d'une erreur excusable. Il en sera ainsi, dit le jurisconsulte, quand elle est le résultat du fait d'un tiers. Voici l'exemple concret donné par Julien. Une personne donne mandat à une autre personne de lui acheter une chose. Pensant que la vente a été conclue définitivement, le mandataire lui ayant affirmé avoir rempli exactement son mandat, elle se met en possession de la chose qu'elle croit avoir achetée. Mais le mandataire n'avait rien acheté du tout. Il y a erreur provenant du fait d'un tiers, le mandataire, donc erreur excusable.

2° la bonne foi.

II - La bonne foi.

Notion de la bonne foi.

La bonne foi, bona fides, c'est la croyance erronée de l'acquéreur qu'il a acquis, dans des conditions propres à le rendre propriétaire, la croyance erronée que l'aliénateur était véritable propriétaire, ou était capable d'aliéner. Gaius 2.43. Cum crederemus eum qui traderet dominum esse, alors que nous croyons que celui qui nous livre la chose était véritable propriétaire.

L'erreur de fait est seule constitutive de la bonne foi.

Mais ici se pose une question: quelle espèce d'erreur devra être prise en considération ? On distingue entre l'erreur de droit et l'erreur de fait.

Erreur de fait: quelqu'un reçoit d'un pupille une chose, le croyant pubère, donc capable d'aliéner.

Erreur de droit: quelqu'un reçoit une chose d'un pupille, sachant qu'il est impubère, mais persuadé qu'il pouvait traiter avec le pupille seul.

Quelle erreur est constitutive de la bonne foi ? C'est seulement l'erreur de fait, mais non l'erreur de droit. Nul n'est censé ignorer le droit.

La bonne foi n'est exigée qu'à l'entrée

Une autre question célèbre se pose: à quel moment la bonne foi est-elle exigée ? Elle est exigée en principe seulement au moment de la prise de posses-

---

(1) D'après Esmein, cette seconde opinion correspondrait à la première notion de la presta causa, celle de la justa causa non encore considérée comme une condition indépendante de la bonne foi, mais seulement comme le complément, la justification de la bonne foi.

Source : BIU Cujas

en possession.

sion, et, il n'est pas besoin qu'elle persiste pendant tout le délai de l'usucapion. C'est ce qu'exprime l'adage célèbre: Mala fides superveniens non nocet, la mauvaise foi qui survient après la prise de possession ne nuit pas. C'est la solution du droit moderne (Code Civil français, art. 2269).

En matière de vente elle est nécessaire aussi lors de la vente. Explication historique.

Mais, en droit romain, cette règle comportait une exception en matière de vente. Dans ce cas unique, la bonne foi est exigée, à la fois, au moment de la vente, et au moment de la tradition. Digeste 41.4. Pro emptore, 2. Comment expliquer cette exception ? L'explication est historique. Elle doit être cherchée dans l'édit Publicien, qui sanctionne la propriété prétorienne. Cet édit contenait les mots: qui bona fide emit, qui a acheté de bonne foi (Dig. 6.2.7.11). On accordait seulement la protection de l'action Publicienne aux individus qui étaient de bonne foi au moment de la vente (voir plus loin Propriété Prétorienne).

La bonne foi se présume.

Quel intérêt y a-t-il à distinguer le juste titre et la bonne foi ? C'est au point de vue de la preuve que cet intérêt apparaît. En effet, la bonne foi se présume. Donc, c'est au propriétaire à prouver la mauvaise foi du possesseur qui prétend usucaper. Au contraire, le juste titre doit être prouvé par le possesseur.

Les conditions de l'ancien droit sont maintenues.

Telles sont les deux nouvelles conditions de l'usucapion, le juste titre et la bonne foi, qui sont apparues à l'époque classique. Mais à côté de ces deux conditions, on a maintenu les conditions de l'ancien droit, notamment celle relative à la prohibition d'usucaper les choses volées et les immeubles acquis par violence. Ces deux systèmes, nés historiquement à des époques différentes, se combinent, se pénètrent l'un l'autre.

Choses imprescriptibles.

Enfin, en matière d'usucapion, de nouvelles conditions sont apparues à l'époque classique, en ce qui concerne la nature de la chose à usucaper. Certaines choses sont déclarées imprescriptibles, par exemple, l'immeuble dotal italique, les biens des personnes en tutelle ou en curatelle visés par l'oratio Severi, les biens du trésor public du prince, comme aujourd'hui, les biens du domaine public.

II - Effets de l'usucapion.

L'usucapion transfère la propriété quiritaire,

L'usucapion transfère le dominium ex jure Quiritium sur les meubles comme sur les immeubles, sur les res mancipi, comme sur les res nec mancipi. La distinction des res mancipi et des res nec mancipi n'offre donc aucun intérêt dans la matière de l'usucapion.

L'acquéreur par l'usucapion acquiert la chose telle qu'elle est, c'est-à-dire avec toutes les charges qui la grèvent du chef des propriétaires pré-

Source : BIU Cujas

avec toutes les charges.

cédents. L'usucapion est donc un mode dérivé d'aliénation involontaire. Cette solution est certaine pour le droit romain. En est-il de même dans le droit moderne ? Il y a discussion en droit français.

III - Sphère d'application de l'usucapion.

L'usucapion est un mode d'acquérir du droit civil.

Par conséquent:

L'usucapion ne fonctionne pas au profit des pérégrins,

1° - elle ne pouvait pas fonctionner au profit des pérégrins. Gaius 2.65: Nam mancipationis et in jure cessionis et usucapionis jus proprium est civium romanorum, car le droit de la mancipation et de l'in jure cessio et de l'usucapion est propre aux citoyens romains.

ni sur les fonds provinciaux.

2° - L'usucapion ne pouvait porter que sur les choses romaines. Elle ne s'appliquait donc pas aux fonds provinciaux. Gaius 2.46: Item provincialia praedia usucapionem non recipiunt, les fonds provinciaux n'admettent pas l'usucapion.

C'est pour combler ces deux lacunes importantes de l'usucapion du droit civil qu'a été imaginée l'institution de la longi temporis praescriptio, origine directe d'une des deux variétés de la prescription acquisitive du droit français, la prescription de 10 à 20 ans.

B - La longi temporis praescriptio.

Notion de la longi temporis praescriptio.

La matière a été renouvelée par les papyrus égyptiens, et on trouvera ici des détails qui ne se trouvent dans aucun manuel. La longi temporis praescriptio est un moyen de défense, praescriptio, en droit grec παραγραφή permettant aux possesseurs de fonds provinciaux et aux pérégrins, qui ne pouvaient pas, nous l'avons vu, se prévaloir de l'usucapion, de repousser, dans le cas où ils auraient possédé pendant un certain délai, tout en réunissant certaines conditions, l'action en revendication que le propriétaire négligeant viendrait à exercer contre eux.

Nous suivrons le plan suivant:

I - Origine et sphère d'application de la longi temporis praescriptio.

II - Ses conditions.

III - Ses effets.

Source : BIU Cujas

I - Origine et sphère d'application.

Le rescrit de Sévère et Caracalla de 199.

Si nous écartons trois textes du Digeste extraits d'ouvrages de Julien, de Javolenus et de Gaius, que tout le monde aujourd'hui s'accorde à reconnaître interpolés, le premier texte sûr où nous voyons mentionnée la longi temporis praescriptio est un rescrit des empereurs Sévère et Caracalla, du 29 Décembre 199, qui nous est parvenu en grec par deux voies différentes.

Les papyrus de Berlin et de Strasbourg.

1° - Dans le fameux papyrus de Berlin n° 267, reproduit dans les textes de Girard, page 225.

2° - Dans le non moins fameux papyrus de Strasbourg n° 22, première partie. Textes de Girard, page 905.

La longi temporis praescriptio est désignée dans ces papyrus par les mots grecs μακρας χρονου παραγραφη dont les mots latins longae possessionis praescriptio, qu'on rencontre dans plusieurs textes du Digeste (de Paul et de Modestin) sont la traduction littérale, la prescription d'une longue possession. Παραγραφη veut dire moyen de défense, en latin praescriptio.

La longi temporis praescriptio est née en faveur des possesseurs de fonds provinciaux.

Notre rescrit a été rendu en réponse à une question posée à l'empereur par une personne qui n'avait pas le droit de cité. Par conséquent, on pourrait croire au premier abord qu'il s'agit là de la longi temporis praescriptio fonctionnant au profit d'un pérégrin. Mais une lecture plus attentive des papyrus nous montre que ce rescrit a été affiché à Alexandrie et nous révèle que ce pérégrin jouit du bénéfice de la longi temporis praescriptio parce qu'il est possesseur d'un fonds provincial.

C'est une institution de droit grec, généralisée par les rescrits impériaux.

L'institution de la longi temporis praescriptio a donc pris naissance en faveur des possesseurs de fonds provinciaux.

La longi temporis praescriptio, telle qu'elle résulte de ce rescrit, est en réalité une institution de droit grec, consacrée et généralisée par des rescrits impériaux de la fin du II° siècle au profit des possesseurs de fonds provinciaux. Et la découverte de ces papyrus a eu pour conséquence de ruiner définitivement la thèse, qui était auparavant universellement admise en matière de longi temporis praescriptio, dans laquelle on voyait une institution du droit honoraire créée par les gouverneurs de provinces et réglementée par l'édit provincial.

2° Phase, la longi temporis praescrip-

Source : BIU Cujas

Caracalla l'étend aux meubles possédés par les pérégrins.

tio; qui a ainsi fonctionné d'abord uniquement pour les fonds provinciaux, reçut une première extension de l'empereur Caracalla. Un fragment du jurisconsulte Marcien inséré au Digeste 44.3.9. nous apprend, en effet, que des rescrits de Caracalla étendirent aux meubles le bénéfice de la longi temporis praescriptio. C'est donc qu'auparavant, la longi temporis praescriptio ne fonctionnait que pour les fonds provinciaux. Avant cette extension, les meubles situés dans les provinces pouvaient, quand ils appartenaient à des citoyens romains, être l'objet de l'usucapion du droit civil,dont le délai était d'un an.

Le papyrus de Strabourg n'admet encore que l'usucapion du droit civil entre citoyens romains.

C'est ce que nous apprend le papyrus de Strasbourg dans sa troisième partie. Il contient une décision du préfet d'Egypte, Mettius Rufus,de 90 après J.C. (Girard,Texte,5° édition,page 905). Le préfet d'Egypte s'adresse à un plaideur appelé Capiton, et lui tient le langage suivant:" Tu n'as pas le droit d'entrer en possession , car la femme (son adversaire) a été en possession longtemps. Chez nous, en effet, on considère que la possession d'un an est suffisante." Comme on l'a fait très justement remarquer, les noms romains, ainsi que le délai requis pour la prescription , un an, et il s'agit de meubles, tout cela prouve qu'il ne peut être question dans ce passage que de l'usucapion du vieux droit quiritaire, dont se prévaut ici un citoyen romain contre une citoyenne romaine.

La réforme de Caracalla eut donc pour effet d'accorder le bénéfice de la longi temporis praescriptio aux prérégrins pour les meubles, aussi bien pour les meubles se trouvant dans les provinces que pour ceux se trouvant à Rome et en Italie.

Extension aux fonds italiques,

3° Phase, la longi temporis preascriptio fut ensuite étendue aux fonds italiques. Digeste 44.3.9. Au profit de qui? Des pérégrins, sans aucun doute.Mais on s'est demandé si l'extension n'avait pas visé aussi les citoyens romains eux-mêmes, Girard se prononce en ce sens. Mais d'après Mr. Fliniaux la question est insoluble. Cependant les citoyens romains, qui pouvaient déjà se prévaloir de l'usucapion du droit civil, auraient pu avoir intérêt de se prévaloir de la longi temporis praescriptio, plutôt que de l'usucapion, malgrè le délai beaucoup plus long, IO à 20 ans au lieu d'un à deux ans. Nous verrons en effet que la longi temporis praescriptio présentait, par rapport à l'usucapion, certains avantages. Mais on ne peut pas affirmer que l'extension a eu lieu au profit des citoyens romains.

Au profit des pérégrins.

Doute pour les citoyens romains.

Connaissant le développement progressif de l'institution, entrons dans la théorie de l'institution de la longi temporis praescriptio, en exposant ses

Source : BIU Cujas

conditions, puis ses effets.

II - Conditions de la longi temporis praescriptio.

Ces conditions doivent être étudiées aux deux, points de vue suivants:

1° - En ce qui concerne le juste titre et la bonne foi.

2° - En ce qui concerne la possession, sa durée et les circonstances qui l'entourent.

§ I - Le juste titre et la bonne foi.

Justinien exige pour usucaper le juste titre et la bonne foi.

D'après les compilations de Justinien, en particulier d'après un texte de Papinien, Digeste 44. 3.II, et d'après un texte du Code de Justinien 7.33.I. qui nous rapporte un rescrit des empereurs Sévère et Caracalla qu'on peut dater de 212, nous savons qu'à l'époque de Justinien on exige pour la longi temporis praescriptio les deux conditions que nous avons vu requises dès l'époque classique pour l'usucapion: le juste titre, et la bonne foi.

Il en est de même à l'époque classique. Le papyrus de Strasbourg.

Mais en a-t-il été toujours ainsi ? Jusqu'à la découverte des papyrus, il y avait chez les auteurs un fort courant d'opinion dans le sens que, en matière de longi temporis praescriptio, on n'aurait exigé que le juste titre, que la bonne foi n'aurait pas été nécessaire. C'est la thèse soutenue déjà par Pernice, et reprise plus tard par Partsch. Mais aujourd'hui, la question est définitivement tranchée, grâce au papyrus de Strasbourg. Voici ce que contient ce document, qu'on reporte à 207. Il s'agit d'un procès qui se déroule devant le préfet d'Egypte. Les plaideurs comparaissent devant lui. Le préfet demande à celle des parties qui joue le rôle de demandeur dans l'action en revendication: "Qu'as-tu à dire au sujet du temps de la possession, attendu que ton adversaire déclare que, depuis l'achat (c'est le juste titre), opéré par l'intermédiaire du mandataire, il s'est écoulé près de 14 ans, et que pendant ce temps, tu as gardé le silence (tu as laissé la personne en possession) ? " Puis le Préfet invoque des constitutions des empereurs concernant les habitants des provinces, d'après lesquelles "si quelqu'un peut invoquer le bénéfice d'un juste motif de possession, si brève d'ailleurs que soit sa durée, alors celui qui croit être propriétaire reste dans l'inac

Source : BIU Cujas

tion, devant cet état de choses, pendant plus de 10 ans, la situation de possesseur sera consolidée".

Le juste motif dont il parle est la bonne foi.

A première vue, le passage ne parle pas expressément de la bonne foi. Mais voici le raisonnement que l'on peut faire. Comme on nous parle d'un juste motif qui s'est prolongé pendant un certain temps et qui a pu disparaître, ce juste motif ne peut pas être considéré, juridiquement parlant, comme un véritable juste titre, parce que, par définition, le juste titre ne peut subir aucune atteinte du fait du temps. Par suite, les termes mêmes du papyrus: si brève d'ailleurs que soit sa durée, ne peuvent s'expliquer que comme étant une allusion à la bonne foi. Le papyrus ne fait, en somme, que reproduire la règle romaine, suivant laquelle la bonne foi n'est requise qu'au moment de l'entrée en possession. Le papyrus prouve donc que la bonne foi était nécessaire. Ainsi il n'y a aucune différence entre l'usucapion du droit civil et la longi temporis praescriptio, en ce qui concerne les conditions de juste titre et de bonne foi.

§ 2 - Conditions tenant à la possession elle-même.

C'est une matière très importante pour le droit moderne. Nous allons voir surgir trois institutions fondamentales du droit moderne de la prescription.

Le délai de possession est de 10 à 20 ans,

Il faut une entrée en possession, comme pour l'usucapion. Mais la durée requise pour la possession n'est pas la même. Pour l'usucapion, le délai est d'un an pour les meubles, de deux ans pour les immeubles. Pour la longi temporis praescriptio, le délai requis est de 10 ou 20 ans. Quel est le champ d'application de ce délai ? Si on consulte les papyriis Egyptiens, on voit que le délai est de 20 ans contre ceux qui habitent une autre ville (πολίς) que le demandeur, et de 10 ans, contre ceux qui habitent la même ville. Chose tout à fait curieuse, le papyrus a l'air de se prononcer contre une opinion soutenue plus tard par Justinien, et qui n'admet pas le système du papyrus. Mais, comme on l'a fait remarquer, le papyrus distingue en réalité entre ceux qui n'habitent pas la même province, et ceux qui habitent la même province. Il ne faut pas prendre le mot πολίς dans le sens étroit de ville, mais dans le sens de district administratif dont dépend la situation de la chose (nome, νομος) Nous verrons que c'est là le système moderne: au lieu de province, on dit aujourd'hui ressort de la Cour d'appel.

suivant que les parties habitent ou non la même province.

Source : BIU Cujas

Pour les circonstances qui entourent la possession, nous voyons le droit romain consacrer, en matière de longi temporis praescriptio, trois innovations des plus importantes par rapport à l'ancienne usucapion du droit civil, et trois institutions du droit moderne se grefferont sur ces innovations:

Innovations en matière de longi temporis praescriptio.

1° - La théorie de l'interruption civile de la prescription.

2° - La théorie de la suspension de la prescription.

3° - La théorie de la jonction des possessions.

Les Romains ont dégagé ces nouveaux principes.

1° - Théorie de l'interruption civile.

L'interruption civile.

Une demande en justice n'interrompait pas le cours de l'ancienne usucapion du droit civil. La preuve en est que, si le délai de l'usucapion s'est accompli au cours du procès, inter moras litis, le juge de l'action en revendication, qui doit, par sa sentence, se reporter au moment de la litis contestatio, prescrira au demandeur de transférer la chose au défendeur. C'est donc que le défendeur avait acquis la chose par usucapion. Il n'y a donc pas d'interruption civile de l'usucapion. Digeste 6.I.8.

Elle n'est pas admise pour l'usucapion.

C'est en matière de longi temporis praescriptio qu'allait se dégager la notion moderne de l'interruption civile de la prescription. Les textes nous disent, en matière de longi temporis praescriptio, que le fait pour le demandeur d'interpellare, inquietare, le défendeur, a pour effet d'interrompre la prescription. Que faut-il entendre par ces expressions? Il faut distinguer suivant les systèmes de procédure du droit romain.

Elle est admise pour la longi temporis praescriptio.

En quoi consiste l'interpellatio.

1° - En ce qui concerne la procédure formulaire, tout le monde s'accorde à reconnaître que cette interpellatio résultait de la litis contestatio.

L'interruption civile par la citation en justice.

2° - Pour le système de la procédure extraordinaire généralisée du Bas-Empire, l'interpellatio consiste simplement dans la citation en justice du défendeur, qui a commencé à fonctionner sous la forme de la litis denuntiatio, et qui, à l'époque de Justinien, consiste dans la remise du libelle.

C'est la solution qui est passée, avec la procédure extraordinaire, dans le droit moderne. Code civil français, article 2244: "Une citation en justice, un commandement ou une saisie signifiés à celui qu'on veut empêcher de prescrire, forment l'interruption civile". Le commandement et la saisie sont les succédanés de la citation en justice, forme première

L'article 2244 du Code Civil.

Source : BIU Cujas

de l'interruption civile de la prescription.

2° - Théorie de la suspension de la prescription.

La suspension n'est pas admise pour l'usucapion.

Le droit romain ancien ne connaissait pas la suspension du délai en faveur du propriétaire absent ou incapable (pour la distinction de l'interruption et de la suspension de la prescription, nous renvoyons au cours de droit civil). Ce système fut changé en ce qui concerne la longi temporis praescriptio. Des constitutions impériales insérées au Code de Justinien 7.35, admirent la possibilité de la suspension du délai en faveur des absents et des mineurs. C'est de ces textes que les légistes du moyen-âge ont tiré la formule contra non valentem agere non currit praescriptio, contre celui qui ne peut agir, la prescription ne court pas. Comparer le Code civil français, article 2252.

Elle est admise pour la longi temporis praescriptio.

3° - Théorie de la jonction des possessions.

La jonction des possessions; Jusqu'à Justinien elle n'a lieu que pour la longi temporis praescriptio.

Cette théorie délicate est la théorie par laquelle on autorise une personne à joindre (d'où son nom) à sa possession personnelle la possession de son auteur. La jonction des possessions ne fut admise en droit romain, dans la matière de l'usucapion, que sous Justinien. Jusque là, elle a été un privilège réservé à la longi temporis praescriptio.

Entrons dans le détail de la théorie de la jonction des possessions. Les Romains ont en cette matière fixé des règles immuables. Il faut distinguer suivant qu'il s'agit d'un acquéreur à titre universel ou d'un acquéreur à titre particulier.

L'acquéreur à titre universel continue la possession de son auteur (successio in possessionem.)

I° Hypothèse: acquéreur à titre universel. C'est celle que les Romains désignent par l'expression technique de successio in possessionem. Le cas pratique est celui de l'héritier. L'héritier continue la possession du défunt, c'est-à-dire de son auteur. Il ne s'agit donc pas là d'une véritable jonction des possessions. En effet, juridiquement parlant, il n'y a pas réunion de deux possessions, mais simplement continuation de la possession première, ce qui fait que l'héritier continuera à usucaper, quand bien même il serait de mauvaise foi, si son auteur était de bonne foi au moment où il est entré en possession. A l'inverse, l'héritier ne pourra usucaper, bien qu'il soit de bonne foi, si son auteur était de mauvaise foi au début de la possession.

Conséquences.

Toutes ces solutions ont été dégagées par les jurisconsultes romains et se retrouvent dans le droit moderne. Elles n'ont été consacrées à Rome que pour la longi temporis praescriptio, quoique Girard

Source : BIU Cujas.

ait soutenu le contraire. Les auteurs récents ont démontré que les textes ont été interpolés en ce qui concerne leur application à l'usucapion.

Acquéreur à titre particulier.

2° Hypothèse: Acquéreur à titre particulier, par exemple: un acheteur. A cette hypothèse, les Romains donnaient le nom technique d'accessio possessionis. Les jurisconsultes romains posèrent les règles de l'accessio possessionis, quand il s'agit d'un successeur à titre particulier, par exemple, un acheteur, un légataire.

Au début, voici quelle était la seule possibilité donnée à l'acquéreur à titre particulier: c'était de commencer une nouvelle possession, laquelle devait réunir les conditions de juste titre et de bonne foi.

Il joint la possession de son auteur si celui-ci était de bonne foi à l'entrée en possession. (accessio possessionis)

Mais en matière de longi temporis praescriptio, on alla plus loin. En partant des règles relatives à l'interdit utrubi, où le délai de la possession était d'un an, on arriva à permettre à l'acquéreur à titre particulier d'atteindre plus vite le délai de la prescription, en joignant à sa propre possession celle de son auteur. Digeste 18.I.76.I. Mais dans la pratique l'ancienne possession n'était invoquée par l'acquéreur à titre particulier, que si elle était de nature à lui être utile, à savoir si son auteur avait été de bonne foi au début de sa possession. Si, par exemple, l'auteur de bonne foi a déjà possédé 9 ans, l'acquéreur n'aura plus à posséder qu'un an, s'il s'agit de la praescriptio de 10 ans.

L'art. 2235 du Code Civil.

Toutes ces règles relatives à la théorie de la jonction des possessions, aussi bien pour l'acquéreur à titre particulier que pour l'acquéreur à titre universel, sont passées dans le Code civil français, article 2235: "Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux".

III - Effet de la longi temporis praescriptio.

La longi temporis praescriptio n'est pas une prescription acquisitive,

D'une part, elle n'est pas une prescription acquisitive, comme l'usucapion, d'autre part, elle n'est pas non plus une prescription extinctive, quoique beaucoup de livres l'affirment.

ni une prescription extinctive.

1° - Elle n'est pas une prescription acquisitive, même de la propriété provinciale. La preuve est que, si celui qui a possédé pendant 10 ou 20 ans vient à perdre la possession, il n'aura pas d'action réelle pour reprendre sa chose.

Cujas

2° - Elle n'est pas non plus une prescription extinctive, c'est-à-dire que celui qui est propriétaire, et qui a une action en revendication, ne perd pas cette action, par le seul fait qu'il a perdu sa chose pendant IO ou 20 ans. Par exemple, un possesseur qui peut se prévaloir de la praescriptio de IO ans vient après les IO ans de possession à perdre la possession de sa chose. Le propriétaire antérieur, quoique resté inactif pendant IO ans, pourra agir contre le nouveau possesseur.

C'est un moyen de défense contre la revendication.

Quel est donc l'effet de la longi temporis praescriptio? C'est simplement d'être un moyen de défense accordé au possesseur de IO ou 20 ans à l'encontre de l'action en revendication. Celle-ci est paralysée au moyen de la praescriptio invoquée par le possesseur de IO à 20 ans.

Elle est devenue une prescription acquisitive.

A partir d'une certaine époque, difficile à préciser, mais certainement bien antérieure à Justinien, car Justinien dit: hoc et veteres sanciebant, la longi temporis praescriptio cesse d'être un simple moyen de défense et finit par devenir, comme l'usucapion, une prescription acquisitive. Elle sert donc à faire acquérir la propriété. Cette transformation eut pour résultat de faire apparaître une distinction qui était jusqu'alors restée inconnue, à savoir la distinction de la prescription acquisitive, portant sur la chose elle-même, et de la prescription, simple moyen de défense, portant sur les charges réelles qui grevaient la chose, par exemple les hypothèques. En effet, ce serait une erreur de croire que, sous sa nouvelle physionomie, la longi temporis praescriptio ait présenté vis-à-vis de l'ancienne usucapion l'avantage d'affranchir la propriété des charges réelles qui la grevaient, en même temps qu'elle faisait acquérir la propriété elle -même. Notre praescriptio se subdivisait en deux prescriptions indépendantes:

Les charges réelles subsistent,

I° - La prescription acquisitive, servant exclusivement à faire acquérir la propriété de la chose.

2° - La prescription, moyen de défense opérant mais, à titre différent, la libération des charges réelles.

à moins qu'elles ne soient elles-mêmes prescrites par une praescriptio indépendante.

Si on suppose une même chose, on peut concevoir que ces deux prescriptions agissent chacune de son côté. Il pourra arriver que les deux marchent de concert, et qu'il y ait en même temps acquisition de la propriété et libération de l'hypothèque. Mais il peut aussi arriver que leur point de départ soit différent. Par exemple, pour la propriété, le défendeur et le demandeur habitent la même province. Pour le rapport hypothécaire, le défendeur et le créancier hypothécai-

Source : BIU Cujas

re n'habitent pas la même province. D'autre part, il peut se faire que les deux prescriptions ne puissent pas exister en même temps, parce que les conditions de juste titre et de bonne foi existent pour l'une, et n'existent pas pour l'autre.

C- Les grandes réformes du Bas-Empire.

La longissimi temporis praescriptio.

C'est dans ces réformes qu'il faut chercher le germe des dispositions du Code civil sur la prescription acquisitive. L'ère des réformes s'ouvre par celles de Constantin et Théodose II. On considéra que le propriétaire, dont la négligence s'était trop prolongée, ne méritait plus la même protection, et on décida que ce propriétaire, alors même que le possesseur posséderait sans juste titre ni bonne foi, perdrait au bout d'un certain temps, sinon sa propriété, du moins l'action dont il ne se serait pas servi. C'est l'institution de la longissimi temporis praescriptio, qui joue sous la forme d'une prescription extinctive.

Théodose réduit le délai à 30 ans.

La réforme entamée par Constantin fut définitivement opérée par une constitution de Théodose II de 454. D'après Constantin, l'action se perdait au bout de 40 ans. D'après Théodose, c'est au bout de 30 ans. Code de Justinien 7.39.3.

C'est une prescription extinctive.

Il s'agit ici non pas d'une prescription acquisitive, mais d'une prescription extinctive. En conséquence, si la personne qui possède vient à être dépossédée par un tiers, elle n'a pas contre lui l'action en revendication. Elle peut seulement paralyser par une exception l'action en revendication du propriétaire. Elle reste sur la défensive; elle ne peut pas aller sur le terrain de l'offensive.

Réformes de Justinien.

Ces réformes sont de deux sortes. On peut les grouper de la façon suivante:

Justinien en fait une prescription acquisitive.

I° - En 528, Justinien attacha à la possession trentenaire, un nouvel effet, celui de faire acquérir la propriété. Nous arrivons à une prescription acquisitive au profit de l'individu qui aura acquis de bonne foi, même sans juste titre, une chose même volée, pourvu qu'il ne l'ait pas ravie par violence. Code de Justinien I7.39.8.I.

L'usucapion des meubles par 3 ans. La prescription des immeubles par IO à 20 ans.

2° - En 53I, Justinien opéra la fusion de l'usucapion et de la longi temporis praescriptio. Code 7.3I.Constitution unique. Il réserva le nom ancien d'usucapion pour les meubles, et il porta le délai à trois ans. Le nom de longi temporis praescriptio fut réservé aux immeubles, avec le même délai de IO à 20 ans. Mais sous ces deux noms différents, nous rencontrons en réalité une institution soumise à des rè-

Source : BIU Cujas

gles communes, nécessité du juste titre et de la bonne foi, prescription acquisitive de la propriété, prescription extinctive pour les droits réels grevant la chose (hypothéques);Nous retrouvons ici les conséquences déjà indiquées. Les deux prescriptions peuvent différer l'une de l'autre. Leur délai peut ne pas être le même.

A côté de ces deux praescriptiones, Justinien laissa subsister:

La prescripsion acquisitive de 30 ans.

I° - La prescription acquisitive de 30 ans, utile pour celui qui a acquis sans juste titre, mais de bonne foi, et aussi pour celui qui a acquis des choses volées, mais non enlevées par violence.

2° -La prescription extinctive de 30 ans, utile pour celui qui a acquis sans juste titre ni bonne foi, ou qui a acquis des choses enlevées par violence.

Telles sont les différentes prescriptions et usucapions dans le droit de Justinien. Le Système est complexe. Mais par le but que poursuivent ces différentes prescriptions et usucapions, il est uniforme. Dans le droit de Justinien, la seule fonction de ces prescriptions et usucapions consiste à faire acquérir la propriété des choses a non domino, d'un non propriétaire.

Fonction de ces institutions.

Le droit moderne.

Tout en s'inspirant des grandes réformes de Justinien, le droit moderne a réduit heureusement cette grande complexité. Pour ne parler que du Code civil français, on y rencontre deux espèces de prescriptions, acquisitives l'une et l'autre.

I° - La prescription acquisitive de 30 ans sans juste titre ni bonne foi. C'est l'ancienne prescription extinctive de Justinien qui finit par devenir dans l'ancien droit français une prescription acquisitive. Au XVI° siècle, le droit coutumier français est fixé dans ce sens, et c'est une prescription acquisitive de 30 ans, sans juste titre ni bonne foi, laquelle est visée dans le principe général de l'article 2262 du Code civil français. "Toutes les actions tant réelles que personnelles se prescrivent par 30 ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi." (I)

La prescription acquisitive de 30 ans.

L'article 2262 du droit civil.

(I) Le droit français dut lutter contre le droit canonique, qui pour toute prescription exigeait la bonne foi et exigeait même que la bonne foi se prolongeât pendant toute la durée de la possession. Voir les références dans Brissaud, Hist. du droit français, tome 2, p. I268 et suiv.

Source : BIU Cujas

La prescription de 10 à 20 ans. (Art.2265 du Code civil).

2° - A côté de cette prescription trentenaire sans juste titre ni bonne foi, le Code civil connaît une prescription acquisitive de 10 à 20 ans, avec juste titre et bonne foi. Ses origines sont la longi temporis praescriptio du droit impérial. Article 2265 du Code civil:" Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par 10 ans si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour d'Appel dans l'étendue duquel l'immeuble est situé et par 20 ans s'il est domicilié hors du dit ressort".

La prescription instantanée pour les meubles (art. 2279.)

Mais ces dispositions du Code civil ne valent que pour les immeubles. En matière de meubles, nous avons le fameux article 2279 qui, s'inspirant de notions germaniques, a consacré ce qu'on appelle la prescription instantanée. Le délai de trois ans de Justinien a semblé trop long. On usucape instantanément, quand on est dans le domaine d'application de l'article 2279.

La prescription de 30 ans des meubles.

Néanmoins, même pour les meubles, dans certains cas exceptionnels, il y a encore place pour la prescription de 30 ans. Il en est ainsi à l'égard du voleur et du recéleur. Ils ne peuvent pas se prévaloir de la prescription instantanée.

2ème Mode dérivé d'acquisition non volontaire; l'adjudicatio.

Caractère exceptionnel de l'adjudicatio.

L'adjudicatio est un mode d'acquérir la propriété qui suppose que les parties sont présentes devant le juge, apud judicem, et c'est le juge qui attribue à l'un des plaideurs la propriété de l'autre. Ce pouvoir du juge a un caractère exceptionnel, car le juge n'a pas en principe, dans une instance, à faire naître des droits nouveaux. Son rôle se borne simplement à constater des droits existants. Aussi était-ce à Rome dans un petit nombre d'actions seulement qu'était conféré au juge un tel pouvoir? Il y avait seulement trois actions.

Elle n'est insérée que dans les actions en partage et l'action en bornage.

I° - Deux actions en partage, l'actio communi dividundo et l'actio familiae erciscundae, suivant qu'il s'agissait du partage d'une chose quelconque ou d'une hérédité.

2° - L'action en bornage , actio finium regundorum.

Dans ces trois actions, le pouvoir pour le juge de faire des attributions de propriété, résultait d'une clause spéciale que renfermait la formule de ces actions. Cette partie spéciale de la formule s'appelait justement adjudicatio.

Sa formule.

Gaius, 4.42, donne la formule de l'adjudicatio.

Quantum adjudicari oportet, judex, tantum adJuge, attribue la propriété de ce qu'il faut attribuer.

Source : BIU Cujas

Ce pouvoir se comprend aisément pour les actions en partage proprement-dites, car dans ces actions, il importe de faire cesser l'indivision. Le juge, en définitive, fait ce que les parties elles-mêmes auraient pu faire, si elles avaient été d'accord.

Pouvoirs du juge dans les actions en partage.

Si le fonds est partageable, le juge le partage également entre les deux co-propriétaires. S'il ne l'est pas, il va l'adjuger entièrement à l'un d'entre eux; mais en même temps, il le condamnera à payer à l'autre une somme d'argent représentant la valeur de la partie du fonds dont il est frustré. On donne à cette somme le nom technique de soulte. Institutes de Justinien 2.7.5.

Effet attributif du partage à Rome.

Après l'adjudicatio, Primus, co-propriétaire de la chose, va donc devenir propriétaire d'une chose dont la moitié appartenait jusque là à l'autre co-propriétaire. Il en résulte qu'en droit romain, celui qui acquiert ainsi la totalité de la chose est tenu de subir les droits réels que l'autre propriétaire a pu pendant l'indivision constituer sur la moitié du fonds qui lui appartenait. Pour exprimer ce résultat les interprêtes disent que, à Rome, le partage a un effet attributif, translatif de propriété. Dans notre droit, au contraire, le partage n'a qu'un effet déclaratif, article 883 du Code civil, qu'on étudiera en troisième année.

Pouvoirs du juge dans l'action en bornage.

Dans l'action en bornage, on ne comprend pas très bien, à première vue, que le juge ait à faire une adjudicatio. En effet, le but de l'action en bornage est de délimiter deux fonds, donc de reconnaître des droits préexistants. A Rome le pouvoir du juge s'explique parce que, dans la législation romaine, le juge saisi de l'actio finium regundorum a plus de pouvoirs que notre juge moderne qui aurait à statuer sur une affaire du même genre. Le juge romain, saisi d'une action en bornage, pouvait, quand il trouvait que la ligne de démarcation entre deux fonds n'était pas naturelle, en substituer une autre. Il se peut alors que, pour établir une ligne de démarcation meilleure, le juge attribue à l'un des plaideurs une parcelle de la propriété de l'autre. Dans ce cas, il condamne le premier plaideur à donner une indemnité en argent au deuxième propriétaire. Institutes de Justinien 4.17.6.

Effets de l'adjudicatio.

L'adjudicatio, dans un judicium legitimum, transfère la propriété quiritaire.

L'adjudicatio ne transfère pas nécessairement la propriété quiritaire, dominium ex jure Quiritium, des choses corporelles mancipi ou nec mancipi. Pour cela il fallait, à l'époque classique, que l'adjudicatio, soit faite dans un judicium legitimum. Le dominium n'était pas transféré, quand il s'agissait d'un judicium imperio continens. Dans ce cas, si la

Source : BIU Cujas

propriété quiritaire n'était pas transférée, c'est la propriété bonitaire qui était transférée. C'est un cas où un individu a une chose in bonis et a droit à la protection prétorienne. Cette distinction entre ces deux espèces de judicia, que nous avons déjà rencontrée n'existe plus sous Justinien. Et, comme on ne distingue plus la propriété civile et la propriété bonitaire, il faut dire que, sous Justinien, le juge transfèrera, par l'adjudicatio, la propriété du droit civil.

Dans un judicium imperio continens, la propriété prétorienne.

3ème mode dérivé d'aliénation non volontaire: la lex.

C'est Ulpien, Règles 19.2., qui cite ce mode d'acquisition. En quoi consiste-t-il ? D'une façon générale, l'acquisition de la propriété civile dérive de la loi. Mais quand on signale la lex comme mode d'acquérir la propriété, on envisage la lex, comme mode d'acquérir, d'une façon plus restreinte. Pour les Romains, on acquiert lege toutes les fois qu'on ne peut pas appliquer un des autres modes que nous avons passés en revue. Cette acquisition lege pouvait se faire soit en vertu de la loi, soit en vertu de la coutume, soit en vertu de constitutions impériales.

Cas d'acquisition lege.

Quels étaient les cas particuliers d'acquisition lege ? Ulpien, Règles 17.9., dit que c'est à la lex qu'il faut rattacher l'acquisition du caducum, c'est-à-dire des choses enlevées à l'héritier pour cause d'incapacité, et aussi l'acquisition de l'ereptorium, c'est-à-dire des choses enlevées à l'héritier pour cause d'indignité, puis l'acquisition de la chose léguée per vindicationem. Enfin, c'est à la loi qu'il faut rattacher l'acquisition des fruits.

Le caducum.

L'ereptorium.

Donnons quelques indications générales sur les caractères spécifiques des fruits, et les différentes façons dont on peut concevoir l'acquisition des fruits, avant de pénétrer dans l'étude juridique de l'acquisition des fruits.

Le lege per vindicationem.

L'acquisition des fruits.

Que faut-il entendre par le mot fruit ? Dans le langage du droit, il faut distinguer avec soin les fruits des produits. Les fruits, comme les produits, proviennent bien de la chose, mais ce sont des produits qui présentent certains caractères particuliers.

Caractères des fruits.

1° - Le caractère de périodicité. Exemples: le produit des arbres fruitiers, qui revient chaque année sur l'arbre, le produit de la taille des bois.

Périodicité.

2° - Les fruits ne doivent pas altérer la substance même de la chose productive. Ainsi les pierres des carrières ne sont pas des fruits.

Source : BIU Cujas

Conservation de la substance. Conformité à la destination.

3° - Enfin les fruits doivent être conformes à la destination de la chose productive. Ainsi on finit, en droit romain, par décider que le part de la femme esclave n'était pas un fruit. Ulpien, Digeste 5.3.27. pr. dit qu'on achète la femme esclave pour s'enrichir de son travail, et non pas de sa fécondité.

En résumé nous dirons qu'un fruit est tout ce qu'une chose produit périodiquement, sans altération de sa substance, et conformément à la destination de la chose productive.

Modes d'acquisition des fruits.

Quelques mots sur la façon dont on peut concevoir l'acquisition des fruits. Il y a deux façons différentes de les acquérir, deux modes d'acquisition différents.

1° - L'acquisition par perception.
2° - L'acquisition par séparation.

La perception.

Il y a acquisition par perception, lorsque l'acquisition exige un acte positif de la personne appelée à en profiter. Ex.:Des fruits se sont détachés de l'arbre. Vous les ramassez. Il y a acquisition par perception.

La séparation.

Il y a, au contraire, acquisition par séparation, quand l'acquisition se fait même à l'insu de la personne appelée à en profiter. Exemple: Pendant la nuit, le vent fait tomber des pommes. Dès qu'elles sont séparées de l'arbre,les pommes vous sont acquises sans qu'il soit besoin d'un acte d'appréhension de votre part.

Intérêt particulier de la distinction, en cas de vol de fruits qui doivent revenir à une autre personne que le propriétaire de la chose. Si les fruits sont réputés acquis par perception, l'action de vol appartiendra au propriétaire; s'ils sont au contraire réputés acquis par séparation, l'action de vol ne lui appartiendra pas.

Théorie juridique de l'acquisition des fruits.

Acquisition des ffuits par un non propriétaire.

En principe, les fruits deviennent la propriété du propriétaire de la chose productive, et il les acquiert par la séparation. Mais les fruits peuvent appartenir à d'autres personnes que le propriétaire de la chose productive, soit en vertu d'un acte juridique constitutif d'un droit réel ou d'un droit de créance, soit en vertu d'un fait matériel.

1° - En vertu d'un acte constitutif d'un droit réel, ou d'un devoir de créance.

L'usufruitier.

a - D'un droit réel. C'est par exemple l'acquisition des fruits par l'usufruitier, car l'usufruit est un droit réel.

Renvoyons à la théorie de l'usufruit que nous rencontrerons bientôt.

Source : BIU Cujas

Le fermier.

b - D'un droit de créance. C'est par exemple l'acquisition des fruits par le fermier. Le propriétaire de la chose, en la donnant à bail, s'est engagé à en procurer la jouissance au fermier, donc à lui en laisser percevoir les fruits. Au moment où le fermier fait cette perception, il prend possession des fruits du consentement du propriétaire, il en acquiert la propriété. Mais quel est le mode juridique d'acquisition ? Ce n'est pas un mode distinct, c'est la tradition. Digeste 39.5.6. Par conséquent, ainsi que le dit ce texte, si le bailleur change d'avis avant la perception, le fermier, n'étant plus dans les conditions translatives de propriété, n'acquiert pas les fruits. Le bailleur sera seulement responsable en vertu du contrat. Au contraire le bailleur à long terme, ayant sur la chose un droit calqué sur le droit de propriété, acquiert les fruits par séparation.

Il acquiert les fruits par tradition.

Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

2° - Acquisition des fruits par une autre personne que le propriétaire, en vertu d'un fait matériel. C'est l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. C'est le second des effets de la possession de bonne foi. Le premier était l'usucapion. Nous trouverons les autres un peu plus loin. Propriété prétorienne. Action en revendication. Pétition d'hérédité.

Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens.

Le possesseur de bonne foi, pour employer l'expression des jurisconsultes romains, fait les fruits siens, fructus suos facit. Quelles conditions sont exigées pour qu'on soit en présence d'un possesseur de bonne foi, en ce qui concerne l'acquisition des fruits? Ce ne sont pas du tout les mêmes règles que pour l'usucapion. Pour être possesseur de bonne foi, il faut avoir possédé la chose de bonne foi. Mais la seule condition requise est la bonne foi. Le juste titre n'est pas nécessaire. Et il ne suffit pas que le possesseur soit de bonne foi, au moment de l'entrée en possession. Il faut qu'il continue à être de bonne foi. Dès que le possesseur cesse d'être de bonne foi, il cesse de faire les fruits siens. C'est une différence avec l'usucapion. On rejette ici la règle: Mala fides superveniens non nocet.

La bonne foi suffit, mais elle doit être continue.

Pomponius distingue les fruits naturels et les fruits industriels.

Pour quels motifs les Romains ont-ils ainsi attribué les fruits au possesseur de bonne foi ? Si on consulte les Institutes de Justinien, 2.I.35., il semble que c'est pour le récompenser du travail qu'il a dû dépenser pour rendre la chose productive. C'est la raison qui se trouve à la base d'une distinction proposée à l'époque classique par Pomponius (Dig. 22. I,45) entre les fruits naturels et les fruits industriels, c'est-à-dire nés du travail. Seuls les fruits

Source : BIU Cujas

industriels pouvaient être faits siens par le possesseur de bonne foi. Mais cette distinction n'a pas prévalu. C'est pourquoi on peut critiquer le Code civil qui, par routine, a maintenu cette distinction qui n'a plus aujourd'hui aucun intérêt. La justification de Pomponius est une justification socialiste, car elle donne comme fondement à la valeur, comme Karl Marx, le travail.

Paul accorde au possesseur de bonne foi tous les fruits.

La justification qui l'a emporté est celle que donne Paul, Digeste 4I.I.48. Paul repousse la distinction des fruits naturels et des fruits industriels, nés du travail, et il accorde au possesseur de bonne foi tous les fruits, quels qu'ils soient, et cela dans une intention équitable. D'une part, le propriétaire négligent qui a abandonné sa chose en recevrait injustement les fruits. D'autre part, le possesseur de bonne foi a dû régler son train de vie sur les fruits qu'il croyait avoir. Paul donne une formule lapidaire: Lautius vixit, non est locupletior, il a vécu plus largement, mais il ne s'est pas enrichi. C'est la justification qui devait l'emporter dans le droit moderne.

Justification.

Mode juridique d'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

Quel est le mode juridique d'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi ? C'est une matière très compliquée, car Justinien est venu tout remanier, si bien qu'il est très difficile de faire revivre la pure physionomie du droit classique.

A l'époque classique, il acquiert les fruits par la séparation.

1° - A l'époque classique, le système qui transpire des textes remaniés par Justinien, c'est que le possesseur de bonne foi acquiert tous les fruits de la chose, comme aurait pu le faire le propriétaire lui-même, et par le même procédé juridique, par la séparation.

Sous Justinien il doit restituer les fruits exstantes.

2° - Malheureusement, Justinien a tout compliqué, et on ne peut comprendre la position prise par le Code civil que par ce remaniement intempestif. Justinien a distingué, Institutes 2.I.35, ce qu'il appelle les fructus exstantes, existant encore, et les fructus consumpti, consommés, et il déclare que le possesseur de bonne foi devra restituer les fructus exstantes.

Critique de cette distinction.

En raison, cette distinction de Justinien paraît tout à fait singulière, et est très critiquable. En effet, la restitution des fructus exstantes ne paraît pas en harmonie avec l'idée d'équité qui a fait attribuer les fruits au possesseur, car, s'il n'a pas consommé ces fruits-là, il en a peut-être consommé d'autres de ses biens personnels. On ne peut donc pas dire qu'il s'est enrichi.

Date de son apparition.

Cette distinction n'existait certainement pas à l'époque classique, malgré plusieurs textes de

Source : BIU Cujas

jurisconsultes classiques, qui ont été sciemment modifiés par Justinien. Cette interpolation apparaît manifeste au Digeste, 4I.I.40. Une constitution des empereurs Valens et Valentinien de 369 expose encore dans un texte pur le système du droit classique. Code Théodosien 4.I8.I.

Motif de cette réforme.

Comment Justinien a-t-il été amené à transformer ainsi le système classique ? C'est qu'il a voulu faire pénétrer dans l'action en revendication des règles que le droit classique avait déjà introduites dans la pétition d'hérédité, action par laquelle une personne revendique une hérédité. Cette distinction a son germe dans une disposition du Sénatusconsulte Juventien de 129 que nous avons déjà rencontré à propos de la procédure administrative. Ce sénatus-consulte a décidé que le possesseur de bonne foi ne serait tenu que dans la limite de son enrichissement. Pour simplifier la recherche de cet enrichissement, Justinien a décidé que le possesseur de bonne foi ne serait tenu que des fructus exstantes dans l'action en revendication.

Le droit français actuel.

Nous allons avoir à dégager deux différences avec le droit romain, et nous verrons si elles sont aussi importantes qu'elles le paraissent, et comment elles peuvent s'expliquer.

Le Code civil exige le juste titre et la bonne foi.

I° différence: pour ce qui est des conditions de la possession. L'article 550 du Code civil exige en effet à la fois le juste titre et la bonne foi. Voici comment il s'exprime: Celui qui possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices. En droit romain, au contraire, le possesseur de bonne foi n'avait besoin que d'être de bonne foi; il n'avait pas besoin d'un juste titre. Cependant, si on va au fond des choses, on s'aperçoit que la différence n'est pas aussi marquée qu'elle le paraît, parce qu'on admet en droit français que le possesseur pourra se prévaloir d'un juste titre putatif. C'est donc que le juste titre, dans l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, ne forme pas une deuxième condition distincte de la bonne foi. Il intervient ici comme la justification de la bonne foi, il est, à la remorque de la bonne foi. Si bien que la différence avec le droit romain s'atténue du fait de l'interprétation ainsi donnée à la notion de juste titre.

Le juste titre n'est pas une condition distincte de la bonne foi.

Autre différence: Quant au mode d'acquisition des fruits. Tandis que, en droit romain, les fruits sont acquis, à l'époque classique, au possesseur de bonne foi par la séparation, en droit français, ils lui sont acquis par la perception. A la vérité,

Source : BIU Cujas

Le possesseur de bonne foi acquiert les fruits par la perception.

les articles 549 et 550 du Code civil, siège de la matière, sont muets sur la question. Mais la doctrine et la jurisprudence se sont toujours prononcées en faveur de la perception, par un argument tiré des articles 138 et 962 du Code civil.

Explication historique de cette différence avec le droit romain.

Comment expliquer cette différence entre le droit romain et le droit français ? C'est que, pendant longtemps, l'ancien droit français, en matière d'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, appliquait la fameuse distinction faite par Justinien des fructus exstantes et des fructus consumpti. Or, de grandes difficultés s'élevaient dans la pratique pour savoir si la valeur des fruits conservés n'avait pas été déjà consommée ou engagée. Aussi, dès le XVIII° siècle, on assiste à une réaction contre la distinction de Justinien. Mais, alors, ne connaissant pas les vrais principes du droit romain de l'époque classique, qu'on a dégagés depuis avec les interpolations, on adopta la perception comme mode d'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, mode qui était déjà appliqué dans d'autres cas d'acquisition des fruits. C'est une explication d'ordre historique.

Section II - Extinction du droit de propriété quiritaire.

Extinction du droit de propriété avec son objet.

Le droit de propriété quiritaire subsiste aussi longtemps que la chose sur laquelle il porte. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'il s'éteindra. Il s'éteindra:

1° - D'abord, avec son objet même, faute d'objet. C'est en principe par la destruction matérielle de la chose, et aussi par sa destruction juridique. Par exemple, je cesserai d'être propriétaire de mon immeuble, s'il devient une res sacra, c'est-à-dire une chose extra commercium.

Sans son objet.

2° - Sans son objet, Le droit de propriété s'éteindra jure postliminii (il ne faut pas confondre avec le postliminium de la théorie de l'esclavage). C'est le cas où un animal sauvage s'échappe, et le cas des choses reprises par l'ennemi.

Arrivée du terme ou de la condition.

3° - La propriété s'éteint-elle par l'arrivée du terme ou de la condition ? C'est une question complexe et difficile, que nous n'étudierons ici qu'en ce qui concerne le terme. Les effets de la condition résolutoire, en ce qui touche le droit de propriété, seront étudiés dans le Cours de 2ème année: Modalités des obligations.

Source : BIU Cujas

La solution de la question, pour ce qui du terme, nous est donnée par la confrontation des 2 versions d'une même const. des Empereurs Dioclétion et Maximien, de 286, l'une, authentique, dans les Frag. Vatic. 283, et l'autre, corrigée, au Code de Just. 8.54 (55)2, et renfermant des solutions contraires. Il s'agit de la donation de la propriété d'un immeuble, laquelle propriété doit faire retour au donateur à la mort du donataire.

La première version I, celle authentique, nous révèle la solution donnée par le droit classique. Une telle donation est nulle, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit, parce que la propriété ne peut pas être transférée à temps, ad tempus.

La seconde version, celle remaniée, vaut pour le droit de Justinien. La donation y est déclarée valable, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, parce qu'elle peut être faite à un temps certain ou incertain.

Section III - Sanctions du droit de propriété quiritaire.

C'est une matière difficile, et une matière d'examen.

Sanctions pénales du droit de propriété.

En dehors de certaines actions pénales, comme l'actio furti, l'action de vol, et l'actio legis Aquiliae, qui sanctionne le délit consistant à détruire ou à endommager la chose d'autrui, nous rencontrons comme actions civiles, par opposition aux actions pénales, comme sanctions du droit de propriété quiritaire:

Sanctions civiles.

1° - L'action en revendication, de beaucoup la plus importante.

2° - Les actions négatoire et prohibitoire.

A - L'action en revendication.

1° - Procédure de cette action.

2° - Ses conditions d'exercice.

3° - Ses effets.

Les trois procédures de l'action en revendication.

I° - Procédure de l'action en revendication.

Si nous passons en revue l'ensemble de l'histoire de l'action en revendication, sans parler de la procédure extraordinaire généralisée, l'action en revendication a pu s'intenter suivant trois procédures différentes.

La procédure per sacramentum in rem.

1°- La procédure per sacramentum in rem. Nous renvoyons à l'étude de cette procédure, et insistons seulement sur ses caractères par rapport aux deux autres procédures.

1° caractère: c'est une procédure double, c'est-à-dire dans laquelle chaque partie joue à la fois

Source : BIU Cujas

le rôle de demandeur et de défendeur. C'est la raison pour laquelle les interdits possessoires retinendae possessionis causa ont également ce caractère double, car ils sont nés dans la procédure du sacramentum in rem.

Elle est double.

Comment est assurée l'exécution.

2° caractère: il n'y a pas d'exécution directe, mais l'exécution est assurée indirectement par les praedes litis et vindiciarum. C'était la personne à qui était confiée la possession intérimaire qui devait les fournir.

La procédure per sponsionem.

2 - La procédure per sponsionem, (Gaius, 4,93 et suivantes), qui est une procédure simple. Il y a d'un côté un demandeur, de l'autre côté un défendeur. Le défendeur sera la personne qui sera en possession. Cette procédure est curieuse, car elle a été inventée par les praticiens. C'est un biais, un subterfuge, destiné à faire trancher par le juge la question de propriété qui divise les deux plaideurs. Pour cela, on va faire trancher cette question de propriété au cours de l'instance d'une action purement personnelle, destinée à sanctionner, non pas le droit réel de propriété, mais un droit de créance.

C'est un biais imaginé par les praticiens.

Voici en quoi consiste cette innovation de la pratique. On va faire faire par le défendeur au demandeur une promesse, par laquelle le défendeur s'engagera vis-à-vis du demandeur à lui payer une certaine somme d'argent dans le cas où le demandeur parviendrait à prouver son droit de propriété. C'est un simple subterfuge. On se contente d'une somme d'argent infime, et qu'on ne réclamera même pas? C'est pour cela qu'on a appelé cette promesse sponsio praejudicialis, promesse préjudicielle.

La sponsio praejudicialis.

Voici la formule même de la sponsio, telle que nous l'a rapportée Gaius , 4.95:

Sa formule.

Si homo quo de agitur ex jure Quiritium meus est, sestertium vinginti quinque dare spondes?	Si l'escalve dont il s'agit m'appartient d'après le droit des Quirites, promets-tu de me donner 25 sesterces?

la satisdatio pro praede litis et vindiciarum.

En même temps il y avait lieu à une promesse, avec garantie de cautions, tendant à la restitution de la chose et des fruits. C'est l'équivalent des praedes litis et vindiciarum de la procédure du sacramentum in rem. C'est pourquoi on l'appelle satisdatio pro praede litis et vindiciarum, Gaius 4.91 et 94.

Date d'apparition de cette procédure.

A quel moment est apparue cette procédure per sponsionem, tendant à faire trancher la question de propriété sous le couvert d'une action personnelle? Elle existait déjà certainement au moment de la loi Silia, qui créa la condictio en matière de

Source : BIU Cujas

somme d'argent. Elle a même dû exister sous le sacramentum in personam, qui est employée pour sanctionner un droit de créance (I).

La procédure per formulam petitoriam vel arbitrariam. C'est une procédure simple.

3° - La procédure per formulam petitoriam vel arbitrariam. Cette procédure apparaît pour la première fois dans les sources en 684, dans un des plaidoyers de Cicéron contre Verrès, et elle tendit à devenir la procédure la plus habituelle. C'est également une procédure simple. Mais ici la question qui est soumise directement au juge est la question de propriété elle-même. Il n'y a donc plus de subterfuge.

La cautio judicatum solvi.

L'exécution se trouve également assurée par une promesse garantie par des cautions, qui porte le nom technique de cautio judicatum solvi, qu'il ne faut pas confondre avec la cautio judicatum solvi, que nous avons déjà rencontrée dans la représentation judiciaire.

Formule de cette action.

Voici la formule de cette action, donnée par Gaius,4.4I et 5I.

Intentio.

Intentio. Supposons qu'il s'agit de la revendication d'un esclave.

Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse.

S'il apparaît que cet esclave appartient à Aulus Agerius d'après le droit des Quirites.

Le nom du défendeur ne se trouve pas dans l'intentio, parce que c'est une action réelle.

Condemnatio.

Voici la condemnatio.

Nisi arbitrio tuo restituat, quanti ea res erit, tantam pecuniam, judex. Numerium Negidium Aulo Agerio condemna. Si non paret, absolve.

A moins qu'il ne restitue conformément à ton arbitrium(c'est une action arbitraire), juge, condamne Numerius Negidius envers Aulus Agerius à une somme d'argent égale à la valeur de la chose. S'il n'apparaît pas, absous.

2° - Conditions d'exercice de la revendication.

Plaçons-nous pour étudier les conditions d'exercice (et aussi les effets de l'action) dans le cas normal où elle est intentée par la procédure per

---

(I) Sur la procédure per sponsionem, cons. en dernier lieu l'article Actio in rem per sponsionem,de Bozza, dans les Mélanges Bonfante II ,p.59I et suiv.

Source : BIU Cujas

formalam petitoriam vel arbitrariam.

Les conditions d'exercice peuvent être étudiées aux trois points de vue suivants:

I° - au point de vue du demandeur.

2° au point de vue du défendeur.

3° - au point de vue de la preuve.

I° au point de vue du demandeur. C'est ce que les Allemands appellent l'Aktiv-légitimation.

Le demandeur ne doit pas posséder.

Quelles sont les conditions que doit remplir le demandeur? Il ne doit pas posséder. Il ne faut pas qu'il possède déjà. Du moins en est-il ainsi dans le droit développé. Voici pourquoi on exige qu'il ne possède pas. S'il possède, dit-on, sa possession lui suffit. Il n'a qu'à agir au possessoire. Il n'a pas besoin de s'adresser au juge du pétitoire.

L'unus casus de Justinien.

Justinien reproduit la règle en vertu de laquelle le demandeur doit ne pas posséder, Institutes, 4.6.2., in fine, en disant qu'il y a un seul cas, unus casus, où la règle ne s'applique pas et où, par conséquent, le demandeur, qui possède, peut intenter l'action en revendication. Mais Justinien ne dit pas quel est ce cas unique et il renvoie au Digeste. On a cherché en vain au Digeste et dans tous les textes du Droit romain des indications à ce sujet. On n'a rien trouvé. Alors, on s'est lancé dans le domaine des hypothèses. Nous n'exposerons pas toutes les théories imaginées autour de l'unus casus. Donnons seulement comme renseignement bibliographique le plus récent: la monographie de l'Allemand Henle intitulée: Unus casus, Leipzig, 1922, et un compte-rendu, qui résume toutes les hypothèses, par Berger, Revue de Grünhut, 1926, page 725.

Conditions en la personne du défendeur.

2° - Au point de vue du défendeur. Quelles sont les conditions exigées en la personne du défendeur? C'est ce que les Allemands appellent la Passiv-legitimation. C'est une question très importante.

Le défendeur peut être un simple détenteur.

I° - Il n'est pas besoin que le défendeur soit possesseur. Il suffit qu'il soit un simple détenteur. Prenons, comme exemple de détenteur, celui d'un fermier. Un fermier a été actionné par un tiers en revendication. Il a défendu au procès. Il a été battu. Que pourra faire le bailleur? Il pourra revendiquer contre le gagnant. On ne peut pas lui opposer l'autorité de la chose jugée, ni l'effet extinctif de la litis contestatio. Il peut donc agir en revendication. Mais quel rôle va-t-il jouer? Le rôle de demandeur; tandis qu'il aurait pu jouer le rôle de défendeur. Or, il est beaucoup plus facile de jouer ce rôle, parce qu'on reste sur la défensive; on

Le bailleur peut agir ensuite, mais comme demandeur.

Source : BIU Cujas

n'a qu'à attendre. Le demandeur, lui, a à prouver son droit.

Depuis Constantin, le détenteur doit déclarer pour qui il possède.

Aussi, au Bas-Empire, nous voyons les Empereurs s'occuper de cette question et essayer de protéger la bailleur. C'est en cela qu'a consisté une réforme de Constantin. Il obligea le détenteur poursuivi , par exemple le fermier, à indiquer immédiatement au demandeur celui pour qui il possède, laudare auctorem suum. Sur cette déclaration, le demandeur devra s'arrêter dans ses poursuites, jusqu'à l'expiration d'un délai dans lequel la demande sera notifiée au possesseur, par exemple au bailleur. Après quoi, ou le possesseur se présentera, et le détenteur sera mis hors de cause, ou il ne se présentera pas, et alors, après un examen sommaire, le juge transfèrera la possession de la chose au demandeur, contre lequel ce sera désormais à l'ancien possesseur de revendiquer en jouant le rôle de demandeur. Code de Justinien,3.I9.2. C'est l'origine directe de l'article I727 du Code Civil : Si ceux qui ont commis les voies de fait, prétendant avoir quelque droit sur la chose louée, ou si le preneur est lui-même cité en justice, pour se voir condamner au délaissement de la totalité ou de partie de cette chose, ou à souffrir l'exercice de quelque servitude, il doit appeler le bailleur en garantie, et doit être mis hors d'instance, s'il l'exige, en nommant le bailleur pour lequel il possède . C'est la traduction presque littérale de laudare auctorem suum.

Notification de la demande au possesseur.

L'art. I727 du Code civil.

2° -Il n'est pas besoin que le défendeur ait la chose entre les mains, en sa maîtrise, la détienne matériellement, effectivement, possidere. Ici, ce mot à un sens tout à fait particulier, non pas posséder juridiquement parlant, mais avoir la chose à sa disposition physique. En effet, (Nous abordons une théorie difficile) des textes du Digeste nous apprennent que l'action en revendication peut être intentée contre certains individus qui, bien que n'ayant pas la chose à leur disposition physique, possidere, seront cependant considérés comme ayant cette chose à leur disposition physique, comme possédant, et seront tenus à l'action en revendication. Naturellement ils ne pourront pas restituer en nature la chose qu'ils n'ont pas, mais ils seront condamnés à restituer la valeur de la chose. Les interprètes ont donné à ces individus le nom de ficte possessores, de possesseurs fictifs, et le principe de leur reponsabilité a été ainsi formulé par les jurisconsultes romains: Dolus pro possessione est, le dol équivaut à la pos-

La théorie des ficti possessores (ou règle Dolus pro possessione est).

Source : BIU Cujas

cession. Dig.50 I7.I3I.

Cas où elle joue.

La théorie des ficti possessores (ou la règle dolus pro possessione est) joue dans deux cas: I° - Contre celui qui a cessé de posséder par dol, qui dolo desiit possidere ante litem contestatam. Pourquoi ante litem contestatam? C'est que, après la litis contestatio, le procès est lié: peu importe qu'il ait cessé de posséder.

2° - Contre celui qui, sans avoir la chose entre les mains, s'est laissé poursuivre comme s'il l'avait, par exemple dans le but de permettre au véritable possesseur d'achever pendant ce temps une usucapion commencée. C'est l'hypothèse de celui qui se liti obtulit, qui s'est offert au procès.

L'action en revendication s'est pénétrée d'éléments personnels.

Ces solutions rapportées par les textes du Digeste sont très intéressantes pour ce qui est de la transformation de l'action en revendication. Nous sommes obligés de dire que l'action en revendication s'est pénétrée d'éléments personnels, n'est plus entièrement réelle. On sait qu'on ne pourra pas avoir la chose, mais une somme d'argent: c'est un élément personnel. Par conséquent, c'est une solution contraire au principe suivant lequel, par l'action en revendication, ce n'est pas la personne qui est obligée, mais la chose. Reprenons ces deux hypothèses. Nous allons voir, d'après les travaux les plus récents, qu'elles n'ont jamais appartenu au droit classique. Elles appartiennent au droit de Justinien, et font corps avec tout un ensemble de modifications touchant à l'action en revendication, ayant pour résultat d'imprégner de plus en plus l'action réelle en revendication d'éléments personnels. Ce sont des cas-limite entre le droit réel et le droit de créance. Par la force des choses, ces deux notions se pénètrent.

Ces deux hypothèses appartiennent au droit de Justinien.

Celui qui a cessé par dol de posséder est réputé possesseur.

I° Hypothèse. L'action en revendication est possible contre celui qui a cessé de posséder par dol. Digeste 50, 17. 131 : Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, celui qui a cessé par dol de posséder est condamné comme s'il possédait. Or, ce principe du droit romain est encore aujourd'hui affirmé solennellement par la Cour de cassation comme existant dans le droit français moderne. Cassation, 7 Février 1910, D. 1910.I.201. Voici l'attendu (On comparera la règle latine et l'attendu de l'arrêt de la Cour de Cassation). Attendu que l'action en revendication est recevable, non seulement contre celui qui possède encore les objets litigieux, mais aussi contre celui qui par fraude, pour échapper à cette action, a cessé de les posséder et qui, en droit, à rai-

Source : BIU Cujas

son de la fraude elle-même, doit être réputé possesseur encore.

Portée de cette règle.

Quelle est la portée exacte de cette règle ? Elle vise tout possesseur qui se dépouille de la chose d'une manière quelconque, c'est-à-dire soit en l'aliénant, soit en l'abandonnant, soit en la détruisant, et cela par fraude, c'est-à-dire pour frustrer le demandeur. La portée de cette règle est donc des plus générales.

La sanction.

Quelle est la sanction de cette règle ? C'est que le demandeur pourra néanmoins intenter l'action en revendication contre l'ancien possesseur, qui reste tenu en raison de son dol, et, comme il ne peut pas restituer la chose, il sera condamné à payer la valeur de la chose.

La date d'apparition.

Telle est la portée juridique de la règle"dolus pro possessione est"dans son application à celui qui a cessé par dol de posséder. Au point de vue historique, la question se pose de savoir à quel moment cette règle s'est introduite dans l'action en revendication. Jusqu'à ces derniers temps, les interprètes du droit romain enseignaient que la règle dolus

Théorie traditionnelle.

pro possessione est, dans son application à celui qui a cessé par dol de posséder, reconnue d'abord en matière d'interdits, puis d'actio ad exhibendum, puis de pétition d'hérédité (disposition expresse du sénatusconsulte Juventien), avait été étendue plus tard à l'action en revendication par les jurisconsultes de l'époque classique. Et ces interprètes, étudiant les textes dans l'ordre chronologique, avaient fixé des dates dans cette évolution. La règle était déjà connue de Julien, Digeste, 6.I.52.,puis elle est donnée comme solidement établie par Paul. Digeste 6.I.27.3. Ainsi donc, en ce qui concerne l'extension de la règle"Dolus pro possessione est"dans notre hypothèse, cette extension se serait produite au commencement du II° siècle.

Telle est la théorie traditionnelle. Mais cette opinion est aujourd'hui complètement abandonnée, à la suite de plusieurs travaux des romanistes allemands, principalement Siber, dans son ouvrage intitulé: "La Passivelegitimation dans l'action en revendication, c'est-à-dire les conditions de cette action

Les textes classiques ont été interpolés.

en la personne du défendeur"(1907),et surtout les grands travaux de Lenel, principalement son article dans la Revue de Grünhut,1910, page 536. D'après ces travaux, ce serait seulement Justinien qui aurait transporté à l'action en revendication la règle"Dolus pro possessione est," dans son application à celui qui a cessé par dol de posséder, en changeant la destina-

Source : BIU Cujas

tion et en modifiant le contenu des textes de l'époque classique par voie d'interpolation. C'est ainsi que le texte précité de Julien ne se rapporte pas à l'action en revendication, sanction de la cessation dolosive de la possession de la chose, mais à la satisdatio pro praede litis et vindiciarum de la procédure per sponsionem. En effet, cette satisdatio comprenait pour le défendeur une promesse particulière de s'abstenir de tout dol. Donc le dol était ici réprimé en vertu d'une promesse expresse sanctionnée par l'actio ex stipulatu, et non pas par l'action en revendication elle-même.

Pour le texte de Paul, Lenel a pu démontrer qu'il était interpolé.

Le demandeur était-il désarmé devant Justinien ?

Voici les résultats de la science romanistique moderne. Mais étant admis que la règle "Dolus pro possessione est," dans son application à celui qui a cessé par dol de posséder, n'est entrée dans le système général de la revendication qu'à l'époque de Justinien, la question se pose: Jusqu'à cette époque, doit-on décider que le défendeur à la revendication était entièrement désarmé en présence d'un défendeur qui avait cessé par dol de posséder ?

Nul n'est tenu de défendre à une action réelle.

A première vue, il semble bien que oui, parce que nous rencontrons un principe théorique général, qui domine à l'époque classique tout le système de l'action en revendication. C'est le principe suivant lequel nul n'est tenu de défendre malgré lui à une action réelle. Ce principe est affirmé solennellement dans un fragment de Digeste 50.17. De regulis juris, 156, pr. Invitus nemo rem cogitur defendere. Mais c'est là de la théorie. Or, on le voit tous les jours, à côté de la théorie, il y a la pratique, et la pratique a justement pour but très souvent de mettre de côté la théorie.

Procédés pratiqués pour protéger le demandeur.

C'est ainsi qu'à Rome la pratique a suppléé, à l'époque classique, la règle "Dolus pro possessione est," qui n'existait pas encore. Pour cela elle utilisa divers procédés.

Ces moyens utilisés par la pratique sont en effet variés. On peut les grouper en deux catégories: un moyen direct et des moyens indirects.

L'Edit de alienatione judicii mutandi causa facta.

1° - Un moyen direct. C'est le moyen qui vise les aliénations frauduleuses faites par un individu pour se soustraire à l'action en revendication. Le préteur, en effet, avait cru devoir intervenir pour réprimer cet abus et, dans son Edit, il avait inséré un edictum au sens étroit, l'édit de alienatione judicii mutandi causa facta, l'édit au sujet de l'aliénation faite en vue de changer le judicium. Voir Edit

Source : BIU Cujas

perpétuel de Lenel, titre X, n° 46, Textes de Girard, page 145. Cons. Pissard, N.R.H. 1910, pp.377 et suiv.

Son insuffisance.

Mais ce moyen direct était beaucoup trop étroit, parce qu'il ne visait que les aliénations. Or, nous avons vu que le danger pouvait résulter d'autres actes que les aliénations: l'abandon, la destruction. D'autre part, la sanction n'est pas du tout l'action en revendication. C'est une sanction indépendante, autonome: ou bien une action in factum, ou bien une in integrum restitutio, sur le domaine respectif desquelles les romanistes sont loin d'être d'accord. Le moyen direct se révèle donc insuffisant. D'où des moyens indirects.

Actions pénales.

2° - Moyens indirects. Comme moyens indirects, nous rencontrons d'abord des moyens indirects spéciaux. Ce sont toutes les actions pénales qui peuvent avoir pour résultat de rendre responsable le défendeur. Si le défendeur a détruit la chose, il peut être tenu de l'actio legis Aquiliae (cf.L'article 1382 du Code Civil français). De même, il peut être tenu de l'action de vol ou de l'action de dol.

Moyens généraux.

La pratique a imaginé aussi des moyens indirects généraux. Le résultat atteint se trouve être alors le même que celui qui sera plus tard atteint par le jeu de la règle"Dolus pro possessione est". Il faut distinguer suivant que la chose est un meuble ou un immeuble.

L'actio ad exhibendum.

En matière mobilière, ce sera l'exercice de l'actio ad exhibendum, par laquelle on demandera l'exhibition de la chose. Si le défendeur n'a pas la chose il sera tenu de son dol, car à l'époque classique, la règle"Dolus pro possessione est"jouait dans l'action ad exhibendum. Ne pouvant exhiber la chose, il sera condamné à payer la valeur de la chose.

L'interdit quem fundum.

L'actio ad exhibendum ne s'appliquait qu'aux meubles. En matière immobilière, on utilisera l'interdit quem fundum qui, dans sa sphère d'application normale, obligeait le défendeur possédant la chose, qui ne voulait pas défendre uti oportet à l'action en revendication, à transférer la possession de l'immeuble au demandeur. Alors les rôles étaient renversés: celui qui aurait été sur la défensive doit prendre l'offensive.

L'interdit quem fundum s'appliquait normalement à celui qui possédait. On va l'étendre à celui qui ne possède pas, parce qu'il a cessé par dol de posséder, ce qui est possible, puisque,nous l'avons vu, la règle"dolus pro possessione est"fonctionne en matière d'interdit à l'époque classique. Alors le défendeur actionné par l'interdit, et qui, par définition

Source : BIU Cujas

ne possède pas, qui par suite se trouve dans l'impossibilité de transférer la possession, sera condamné à payer la valeur de la chose. On arrive ainsi au même résultat auquel on arrive sous Justinien par l'action en revendication.

Hypothèse de celui qui se liti obtulit.

2ème Hypothèse: L'action en revendication est possible contre celui qui se liti obtulit, celui qui s'est offert au procès, celui qui ne possède pas et se laisse actionner. Pendant ce temps, le véritable possesseur pourra achever le délai de l'usucapion. Pour cette hypothèse, nous rencontrons, chez les romanistes, le même revirement constaté dans la première hypothèse. D'après la théorie traditionnelle, la règle "Dolus pro possessione est" se serait appliquée également dans cette seconde hypothèse à l'époque classique. Non encore admise par le jurisconsulte Celse,

Revirement chez les romanistes.

qui déclare encore que le défendeur sera absous sur l'action réelle. Digeste 5.3. De hereditatis petitione, 45, elle est reconnue par Marcellus, Digeste 5.3.13. Omnem qui se offert petitioni quasi possidentem teneri, toute personne qui s'offre à la pétition d'hérédité est considérée comme si elle possédait, et ensuite par Ulpien D.6.1. frag. 25. Aujourd'hui, à la suite des mêmes travaux, on reconnaît que tous ces textes ont été remaniés par Justinien. C'est seulement lui qui a appliqué la règle "Dolus pro possessione est" à celui qui s'est offert au procès.

Responsabilité du défendeur.

Alors, une question se pose: Jusqu'à Justinien, le demandeur était-il désarmé devant un tel défendeur ? Non, car, dans cette hypothèse, la personne qui s'offre défend à la revendication. Elle fournit donc les cautions de procédure, la satisdatio pro praede litis et vindiciarum, s'il s'agit de la procédure per sponsionem, la cautio judicatum solvi, s'il s'agit de la procédure per formulam petitoriam. Or, aussi bien cette satisdatio que cette cautio renfermait une promesse expresse du défendeur de s'abstenir de tout dol. La responsabilité découle donc ici d'un engagement exprès du défendeur.

§ 3 - Conditions quant à la preuve.

La preuve du droit de propriété.

Le demandeur à l'action en revendication doit prouver son droit de propriété. Cette preuve est très difficile. Les anciens commentateurs l'appelaient la diabolica probatio. Mais même s'il prouve son droit de propriété, le demandeur pourra voir sa demande repoussée victorieusement par une exception que le défendeur pourra invoquer contre lui.

Exceptions

Quelle sera cette exception ? La nature de

Source : BIU Cujas

invoquées par le défendeur.

cette exception varie suivant les cas.

D'abord, elle pourra être une exception fondée sur le droit pour le défendeur de conserver la chose en vertu d'un droit réel. L'exemple classique est l'exceptio ususfructus. Le défendeur dira au demandeur: vous êtes bien propriétaire, mais j'ai un droit d'usufruit, droit réel sur la chose.

L'exceptio ususfructus.

Ce sera ensuite une exception fondée sur le droit pour le défendeur de conserver la chose en vertu d'un droit de créance. Par exemple, l'exceptio pignoris, de gage. Le défendeur dira au demandeur: je détiens la chose dont vous êtes propriétaire, parce que vous me l'avez donnée en gage, en garantie de ma créance. Ce sera surtout l'exceptio rei venditae et traditae, l'exception de la chose vendue et livrée. Le droit de créance résulte ici d'une vente. L'acheteur d'une res mancipi invoquera cette exception contre le vendeur qui lui en a fait une simple tradition (Voir plus loin: Propriété prétorienne). Cette exception sera invoquée aussi par l'acheteur d'une chose quelconque contre son vendeur, devenu propriétaire seulement après la délivrance.

L'exceptio pignoris.

L'exceptio rei venditae et traditae.

3° - Effets de l'action en revendication.

C'est une matière difficile, embrouillée dans les livres. Il importe de dégager l'idée générale qui domine toute la matière: à mesure que nous avançons dans la législation romaine, nous voyons la revendication, action réelle, s'imprégner de plus en plus d'éléments personnels, servir à sanctionner des droits de créance, accessoires de la revendication, qui deviennent de plus en plus nombreux.

Supposons que toutes les conditions d'exercice se trouvent réunies et que le demandeur a fait la preuve de son droit de propriété, sans qu'une exception ait pu être prouvée à l'encontre de sa demande. Le juge va condamner le défendeur à une somme d'argent, parce que, ici encore, s'applique le fameux principe qui domine toute la procédure formulaire: le principe des condamnations pécuniaires.

Principe des condamnations pécuniaires.

Mais cette condamnation à une somme d'argent aura, dans l'action en revendication, un caractère subsidiaire. En effet, comme nous l'avons vu par sa formule même, l'action en revendication était une action dite arbitraire. Sa formule contenait la clausula arbitraria: nisi arbitrio tuo res

Caractère subsidiaire de la condamnation subsidiaire.

Source : BIU Cujas

tituat. Donc avant de passer à la condamnation pécuniaire, le juge arbitrera la satisfaction qui se trouve due au demandeur. D'où le plan suivant:

§ I - Objet de l'arbitratus.
§ 2 - Exécution de l'arbitratus.

§ I - Objet de l'arbitratus.

La causa rei.

Quelle va être cette satisfaction due par le défendeur au demandeur ? C'est la restitution de la chose avec tous ses accessoires. Les jurisconsultes romains groupent cela sous l'expression générale: causa rei. Donc la question, au point de vue pratique, se ramène à la question suivante: comment se détermine la causa rei ?

Eléments de la causa rei.

Cette question soulève des problèmes concrets, dont voici l'énumération.

1° - Le problème des fruits. La chose peut être frugifère. Quels fruits devront venir s'ajouter à la chose ?

2° - Le problème des détériorations. Le défendeur a pu commettre des détériorations sur la chose. Quelle va être l'étendue de sa responsabilité quant à ces détériorations ?

3° - Le problème des impenses. Le défendeur a pu avoir apporté des améliorations à la chose. C'est la question des impenses.

Distinctions à faire: droit classique et droit de Justinien.

Au point de vue chronologique, il faut faire une distinction. Il y a eu en effet un système propre à l'époque classique. Tout a été changé par Justinien.

Possesseur de bonne et de mauvaise foi.

Puis une distinction, quant au fond, doit être mise en vedette: la situation du défendeur ne sera pas du tout la même, suivant qu'il est de bonne ou de mauvaise foi. C'est un quatrième intérêt à ajouter à la possession de bonne foi: la situation avantageuse du possesseur de bonne foi dans la revendication et la pétition d'hérédité.

I - Le système de l'époque classique.

1° problème: le problème des fruits.

Quels fruits le défendeur condamné devra-t-il restituer au demandeur, ou rembourser quant à leur valeur ? Une distinction s'impose au point de vue de la procédure, car il y a dans la procédure formulaire un évènement qui modifie le droit du demandeur: la litis contestatio. D'où la nécessité de diviser les fruits en deux catégories: les fruits postérieurs à la litis contestatio et les fruits antérieurs à la litis contestatio, en sous-distinguant suivant que le

Source : BIU Cujas

Distinction à faire entre les fruits.

défendeur est de bonne ou de mauvaise foi.

I - Fruits postérieurs à la litis contestatio.

1° - Le défendeur est de mauvaise foi.

Fruits postérieurs à la litis contestatio.

Que doit le défendeur de mauvaise foi, en ce qui concerne les fruits postérieurs à la litis contestatio ? Sa responsabilité est rigoureuse. Il doit les fruits qu'il a perçus en réalité, ceux qu'il aurait pu percevoir, et aussi ceux que le demandeur aurait été à même de percevoir. Digeste 6.I. De rei vindicatione, 62.I5.

Défendeur de mauvaise foi.

2° - Le défendeur est de bonne foi.

Défendeur de bonne foi.

Il y a des textes du Digeste qui porteraient à croire qu'on appliquait au défendeur de bonne foi les mêmes règles que pour le défendeur de mauvaise foi, car ces textes disent expressément; par la litis contestatio, tous les possesseurs deviennent de mauvaise foi. Le principe est formulé d'une façon générale par Ulpien, Digeste 5.3. De hereditatis petitione, 25.7, texte applicable aussi à la revendication.

Critique de l'assimilation des possesseurs de bonne et de mauvaise foi.

Mais les interprètes du droit romain admettaient généralement que ces textes, ou bien reproduisent seulement un système vieilli, ou bien édictent des règles relatives à une matière spéciale, principalement l'usucapio pro herede, et qu'en conséquence, en droit classique, le possesseur de bonne foi n'était pas mis en demeure par la litis contestatio, ne devenait pas automatiquement possesseur de mauvaise foi. Il n'était donc pas tenu de rendre tous les fruits. En effet, un texte du Digeste semble dire qu'une responsabilité aussi rigoureuse que les textes précités attachent après la litis contestatio, ne s'applique pas d'une façon générale. Julien, Digeste 50.I7. De regulis juris, 63: Qui sine dolo malo ad judicium provocat non videtur moram facere, celui qui sans dol résiste dans un procès ne paraît pas être en demeure.

Interpolation des textes par Justinien.

Mais aujourd'hui, on est allé plus loin. On déclare comme interpolés par Justinien tous les textes indiqués, principalement Ulpien, Digeste 5.3.25.7. qui pose le principe général. C'est un auteur italien, M. Messina Vitrano, qui a eu le mérite de démontrer l'interpolation de ces textes, et, M. Fliniaux a, pour la première fois en France, fait connaître cette théorie, qu'il a appliquée dans son article: Le S.C. Juventien et la litis contestatio, Revue Historique de droit, 1923, pages 198 et suivantes. Tous les romanistes admettent aujourd'hui l'interpolation.

Quelle sera alors la responsabilité du

Source : BIU Cujas

Responsabilité du possesseur de bonne foi.

possesseur de bonne foi pour les fruits postérieurs à la litis contestatio ? Depuis la litis contestatio, ce défendeur sait, alors même qu'il a la plus grande confiance en son bon droit, qu'il peut être soumis à l'obligation éventuelle de rendre la chose. En conséquence, il sera comptable, non pas des fruits que le propriétaire aurait perçus lui-même, mais des fruits que lui-même, défendeur, a perçus, ou qu'il aurait pu percevoir. En effet, il sait qu'il est désormais soumis à une obligation éventuelle de restitution.

II - Fruits antérieurs à la litis contestatio.

Ici encore, il faut distinguer suivant qu'on est en présence d'un possesseur de bonne foi ou de mauvaise foi.

1° Le possesseur est de bonne foi.

Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens par la séparation.

Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens par la séparation. Renvoyons à la théorie de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, étudiée plus haut à propos des modes d'acquisition de la propriété. Si on a comme sujet : l'action en revendication, il faut intégrer ici les développements relatifs à l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

2° Le possesseur est de mauvaise foi.

Le possesseur de mauvaise foi doit les fruits perçus.

Le possesseur de mauvaise foi ne devenait pas propriétaire des fruits de la chose. Par conséquent, quand il les avait perçus, on pouvait les lui réclamer à titre individuel par la revendication, s'ils existaient encore, ou s'ils avaient été consommés, par une condictio, une action personnelle fondée sur l'idée d'enrichissement sans cause.

Il est poursuivi par une action indépendante.

Mais on ne peut pas réclamer ces fruits au possesseur de mauvaise foi, au moyen de l'action en revendication, ayant pour objet la chose elle-même, comme si les fruits étaient considérés comme étant les accessoires de la chose.

Un principe s'y oppose : le vieux principe de la simplicité des actes juridiques, très bien dégagé par Ihering. Par conséquent, la seule voie de droit qui appartient au propriétaire pour les fruits, non seulement au temps d'Ulpien, Digeste I3.7.22.2., mais même encore sous Dioclétien, Code de Justinien, 4.9.3, c'est une action indépendante, qui sera, ou une action réelle en revendication indépendante ayant pour objet exclusif les fruits, ou une action personnelle, une condictio fondée sur l'enrichissement sans cause. Sur cette condictio, consulter en dernier lieu Pesi (en italien). La condictio intentée relativement aux fruits contre le possesseur

Source : BIU Cujas

de mauvaise foi, Atti acc. 55, P. 95 et suiv.

Les fruits antérieurs à la litis contestatio ne pouvaient donc être réclamés que par une action indépendante, différente de l'action en revendication portant sur la chose elle-même. Ce qui fait que la responsabilité du possesseur de mauvaise foi ne peut exister que pour les fruits qui ont été perçus, percepti, et pas pour les fruits à percevoir et qui n'ont pas été perçus, percipiendi.

2° Problème : les détériorations.

Ici encore, il faut distinguer les détériorations postérieures à la litis contestatio et les détériorations antérieures.

I - Détériorations postérieures à la litis contestatio.

Responsabilité du défendeur de mauvaise foi quant aux détériorations postérieures à la litis contestatio.

1° - Si le défendeur est de mauvaise foi, il est responsable des détériorations comme s'il était en demeure, en conséquence, de toutes les pertes, totales ou partielles, même survenues par cas fortuit, à moins que, conformément au principe de la demeure, que nous étudierons en seconde année, il ne prouve que la chose aurait péri en totalité ou en partie, si elle était restée chez le demandeur.

Responsabilité du défendeur de bonne foi.

2° - Si le défendeur est de bonne foi, il faut décider, malgré les textes du Digeste qui déclarent qu'après la litis contestatio tous les possesseurs deviennent de mauvaise foi, qu'il n'est pas en demeure. Mais comme il est toutefois averti par la litis contestatio de l'éventualité où il se trouve d'une restitution possible, s'il perd le procès, il est tenu des pertes résultant de sa faute, mais non des pertes par cas fortuit.

II - Détériorations antérieures à la litis contestatio.

Détériorations antérieures à la litis contestatio.

1° - Le possesseur est de bonne foi. Il ne doit rien, en vertu du principe général que voici : res extinctae vindicari non possunt, les choses détruites ne peuvent faire l'objet d'une action en revendication.

2° - Le possesseur est de mauvaise foi. On applique ici le même principe, res extinctae..... donc il n'est pas tenu.

3° Problème : les impenses.

Distinction entre les impenses.

Dans le cas où le défendeur a fait sur la chose des impenses, il peut émettre la prétention de les réclamer au demandeur. Le droit romain a fait, nous l'avons déjà vu à propos de la dot, une distinction, encore admise aujourd'hui, entre les impenses nécessaires, les impenses utiles et les impenses voluptuaires.

Source : BIU Cujas

Les impenses nécessaires se rattachent à des travaux sans lesquels la chose aurait péri. Les impenses utiles se rattachent à des travaux entraînant une plus-value certaine de la chose. Les impenses voluptuaires sont celles qui n'ont pas causé de plus-value, et ont eu pour but unique de satisfaire les goûts personnels du défendeur.

Interpolation des textes classiques.

Au sujet de ces diverses sortes d'impenses, quel était le droit du défendeur à l'époque classique?

La solution à donner à la question a été complètement renouvelée (on ne l'indique pas dans les ouvrages français) par les travaux récents de l'école italienne, principalement de Riccobono, résumés avec des références par Bonfante, 8° édition de ses Institutions de droit romain, 1925, page 287. Ces travaux ont eu pour résultat la découverte de nombreuses interpolations des textes classiques. Voir en note dans Bonfante les principaux textes avec les parties interpolées.

Il résulte de ces interpolations qu'à l'époque classique le possesseur de mauvaise foi, n'avait aucun droit à faire valoir du fait des impenses.

En ce qui concerne le possesseur de bonne foi :

Droit du défendeur de bonne foi.

I° - Il avait le droit d'être indemnisé intégralement du montant des impenses nécessaires.

2° - Quant aux impenses utiles, il n'avait qu'un droit de rétention sur la chose. Il pouvait se refuser à rendre la chose, tant qu'il n'était pas remboursé.

3° - Il n'avait droit à aucune indemnité pour les impenses voluptuaires.

Tel est d'après les derniers travaux de la science romanistique le système du droit classique.

II- Système du droit de Justinien.

I° - Problème: Le problème des fruits.

I - Fruits postérieurs à la litis contestatio.

Fruits postérieurs à la litis contestatio.

Si l'on admet, comme M. Fliniaux, l'interpolation des textes du Digeste, déclarant que tous les possesseurs deviennent de mauvaise foi à partir de la litis contestatio, l'innovation du droit de Justinien est simple: il y a eu assimilation du possesseur de bonne foi au possesseur de mauvaise foi, mais seulement à l'époque de Justinien.

II - Fruits antérieurs à la litis contestatio.

Une grande modification résulte du fait

Source : BIU Cujas

Extension à la revendication des règles sur la pétition d'hérédité.

qu'on a appliqué à l'action en revendication des règles qui avaient pris naissance à l'époque classique en matière de pétition d'hérédité avec le sénatusconsulte Juventien.

Possesseur de bonne foi.

I° - Si le possesseur est de bonne foi, il devra restituer les fructus existantes par opposition aux frutus consumpti, distinction déjà étudiée à propos de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. Ce sont les fruits qui n'ont pas été consommés. C'est l'extension à la revendication des règles relatives à la pétition d'hérédité.

Possesseur de mauvaise foi.

2° - S'il est de mauvaise foi, il est comptable, non seulement des fruits qu'il a perçus, comme à l'époque classique; mais encore des fruits, qu'il a omis de percevoir, fructus percipiendi. C'est la conséquence d'une importante réforme, grande différence avec le droit classique, quant à la voie de droit existant pour réclamer les fruits, le propriétaire peut les réclamer par l'action en revendication portant sur la chose. Il n'a plus besoin d'intenter une action indépendante, réelle ou personnelle. Cette théorie nouvelle remonte à une constitution des empereurs Valens et Valentinien de 369, Code Théodosien, 4.I8. De Fructibus I. Elle nous montre comment l'action en revendication, purement réelle à l'origine, qui a tendu d'abord exclusivement à la restitution de la chose, est devenue peu à peu pour partie une action personnelle, sanctionnant des droits de créance accessoires à la restitution de la chose. Cette constatation, nous allons pouvoir la faire encore pour le problème des détériorations.

Le propriétaire peut réclamer les fruits par l'action en revendication sur la chose. Caractère mixte de l'action en revendication.

2° Problème .- Les détériorations.

I- Détériorations postérieures à la litis contestatio.

Si l'on admet, comme M. Fliniaux, l'interpolation des textes du Digeste, déclarant que tous les possesseurs deviennent de mauvaise foi à partir de la litis contestatio, c'est à l'époque de Justinien seulement que le possesseur de bonne foi a été assimilé au possesseur de mauvaise foi.

II- Détériorations antérieures à la litis contestatio.

I° - Le défendeur est de bonne foi. Il n'y a rien de changé au système de l'époque classique. Le principe: res extinctae vindicari non possunt, continue à être appliqué, et empêche de prendre en considération les détériorations.

2° - Le défendeur est de mauvaise foi. Nous assistons alors à la reconnaissance; à l'époque

Source : BIU Cujas

Responsabilité du défendeur de mauvaise foi.

de Justinien, de sa responsabilité. Quelle va être la source de sa responsabilité? - a) Application de la règle:Dolus pro possessione est, en ce qui concerne les pertes totales. Si on a à traiter cette règle, il ne faut pas oublier de parler de la question des détériorations. b) Le possesseur de mauvaise foi est tenu de la perte partielle occasionnée par son dol et aussi par sa faute, et même de la perte totale occasionnée par sa simple faute, car le défendeur est responsable aussi de sa faute. C'est là encore l'influence du Sc. Juventien. Digeste 5. 3.25.2.

3ème problème: Les impenses.

Justinien a réformé toute cette matière par voie d'interpolation, principalement d'une constitution de Gordien, Code de Justinien, 3.32.5.I. Voici les nouvelles solutions:

Droits du défendeur quant à ses impenses.

I° - En ce qui concerne les impenses nécessaires, Justinien accorde le remboursement à tout possesseur, qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi.

2° - En ce qui touche les impenses utiles, il accorde: d'abord au possesseur de bonne foi seul, le droit de remboursement dans la mesure de la plus-value; puis, aussi bien au possesseur de mauvaise foi qu'au possesseur de bonne foi, le jus tollendi, c'est-à-dire le droit d'enlever les améliorations, quand il est possible de le faire.

Le jus tollendi.

3° - Pour les impenses voluptuaires, le jus tollendi fut finalement accordé, au possesseur de mauvaise foi comme au possesseur de bonne foi.

Caractère mixte de l'action en revendication.

A l'époque de Justinien, l'action en revendacation comprend ainsi des quantités de chefs portant sur des droits de créance, d'où la complexité de la revendication sous Justinien, son caractère mixte, à la fois personnel et réel. Nous voyons comment le droit réel et le droit personnel se combinent l'un et l'autre, Si les Romains n'ont pas connu la distinction théorique du droit réel et du droit personnel, ils ont dû fatalement en faire état dans la procédure.

§ 2 - Exécution de l'arbitratus.

Ici encore, il faut distinguer le droit classique et le droit de Justinien.

I - L'époque classique.

A l'époque classique. l'arbitratus ne peut être

C'est la question de savoir si l'arbitratus du juge pouvait être exécuté par la force publique, manu militari. Un texte célèbre d'Ulpien, Digeste 6.I. De rei vindicatione, 68, dit expressément que l'arbitratus du juge peut être exécuté manu militari.

Source : BIU Cujas

exécuté par la force publique.

Mais depuis très longtemps, l'interpolation de ce texte a été démontrée. C'est là du droit de l'époque de Justinien et non du droit de l'époque classique. En effet, à l'époque classique, l'arbitratus est tout simplement une invitation, une communication par laquelle le juge fait connaître au défendeur un moyen d'éviter la condamnation pécuniaire. Mais le défendeur n'est pas toujours libre de dédaigner ce moyen impunément, car s'il omet volontairement d'exécuter l'arbitratus, ou s'est mis volontairement dans l'impossibilité de le faire, le montant de la condamnation pécuniaire, rendue à défaut d'exécution de l'arbitratus, pourra assez souvent être déterminé sous la foi du serment du demandeur. C'est le jusjurandum ad litem.

Le jusjurandum ad litem.

Pour ce qui est des garanties données au demandeur pour l'exécution de la sentence, elles résultaient de la cautio judicatum solvi, sous la procédure per formulam petitoriam.

II - Droit de Justinien.

L'arbitratus du juge pourra être exécuté manu militari toutes les fois que cela sera possible. Mais ce ne sera pas toujours possible, surtout avec l'envahissement de l'action en revendication par les créances accessoires, ces créances ayant beaucoup augmenté en nombre et ne pouvant être exécutées manu militari.

L'exécution de l'arbitratus sous Justinien.

Le principe reçoit donc de nombreuses exceptions.

L'action en revendication dans le droit moderne.

Ce sont les règles du droit de Justinien qui dans l'ensemble sont appliquées dans le droit moderne. Toutefois on assiste à une réaction en ce qui concerne le principe suivant lequel les possesseurs deviennent tous de mauvaise foi à partir de la demande en justice. Consacrée chez nous par Pothier, Traité de la propriété, 2ème partie, ch. I, art. 5 § 4, et en Allemagne par le Code général prussien de 1794. Ière partie, titre 7 § 222. "Le possesseur de mauvaise foi est présumée du jour où la demande a été communiquée au possesseur par les magistrats quand rien ne prouve qu'elle a commencé plus tôt ", et encore appliquée par la jurisprudence française (Voir en dernier lieu Cass. civ. 21 décembre 1903. D. 1908. I. 477), cette règle a été vivement critiquée en Allemagne par les Pandectistes (par exemple Windscheid § 124, p 547), et elle est aujourd'hui repoussée en France

Défaveur du principe suivant lequel tous les possesseurs de bonne foi deviennent de mauvaise foi à partir de la demande en justice.

Source : BIU Cujas

par l'ensemble des civilistes (voir entre autres Planiol I.n°2300; Colin et Capitant,I, 7ème édition, n° 906). On revient donc au système du droit classique romain, tel qu'il a été ressuscité par les derniers interprêtes du droit romain (Messina; Vitrano, etc...)

B - Les actions négatoires et prohibitoires.

Pour en terminer avec les sanctions de la propriété quiritaire, il reste à dire deux mots de l'action négatoire et de l'action prohibitoire.

L'action négatoire.

1° - Si le tiers, sans contester le droit de propriété, prétend avoir un droit de servitude sur la chose, par exemple une servitude de passage, le propriétaire a contre lui l'actio negatoria, ainsi appelée parce qu'il nie, negat , l'existence de la servitude.

L'action prohibitoire.

2° - Pour arriver au même résultat, c'est-à-dire faire cesser l'exercice de la prétendue servitude par le tiers, le propriétaire pourra intenter une action, l'actio prohibitoria, dans laquelle il affirmera son droit de défendre au tiers d'exercer la servitude.

Tout est controversé, relativement aux conditions d'exercice de ces deux sortes d'action.

Chapitre II.

LA PROPRIETE PRETORIENNE.

C'est une question difficile , très importante pour le droit moderne. Il est nécessaire, pour dissiper toute équivoque, de distinguer , deux acceptions différentes du terme propriété prétorienne.

Les deux acceptions de la propriété prétorienne.

Lato sensu.

1° - Une acception large. Sont propriétaires prétoriens lato sensu tous les individus qui, n'ayant pas sur une chose le droit de propriété quiritaire, seront néanmoins protégés quant à cette chose par le préteur, jusqu'à ce qu'ils aient acquis le droit de propriété quiritaire sur la chose par l'usucapion.

Stricto sensu.

2° - Une acception étroite. Sont propriétaires prétoriens stricto sensu (propriétaires bonitaires) certains individus seulement, parmi tous ceux ayant droit à la protection du préteur. Ce sont

Source : BIU Cujas

ceux qui ont acquis la chose a domino, du véritable propriétaire, par opposition à ceux ayant acquis la chose a non domino. On dit qu'il ont la chose dans leur patrimoine. C'est l'in bonis habere.

Ainsi il y a deux grandes catégories parmi les personnes ayant à Rome droit à la protection du préteur. Entrons dans le détail de l'une et de l'autre.

Propriétaires prétoriens proprement dit: acquéreurs a domino.

Ière catégorie: Propriétaires prétoriens proprement dits ou propriétaires bonitaires.

I° - C'est d'abord, et, à l'origine, il n'y a eu que celui-là; l'acheteur d'une res mancipi qui a reçu la chose par tradition, Gaius, 2.41.

Mais d'autres cas sont venus s'ajouter à ce cas originel:

2° - Le bonorum possessor, en matière de succession, l'héritier prétorien. Le préteur l'apelle à la possession des choses héréditaires, mais il n'a pas la propriété quiritaire.

3° - Le bonorum emptor, dans la venditio bonorum.

4° - En cas de damnum infectum, le propriétaire est envoyé en possession de la maison voisine qui menace ruine. Le préteur lui accorde la propriété prétorienne.

5° - En matière d'adjudicatio, quand il s'agit d'un judicium imperio continens.

6° - En cas de deditio noxalis, d'abandon noxal d'un esclave donné à la victime. A la suite de l'addictio du préteur, la victime en a la propriété prétorienne.

Dans tous ces cas, il y a acquisition a domino.

Acquéreurs a non domino.

2° Catégorie: ce sont les acquéreurs a non domino, ceux qui sont in causa usucapiendi, sont en train d'usucaper, avec juste titre et bonne foi. Il faudrait en parler dans une question d'examen sur la possession de bonne foi.

Telles sont les différentes personnes auxquelles le préteur va accorder sa protection, qui aura pour résultat de leur attribuer presque tous les avantages de la propriété quiritaire. Comment cette protection du préteur va-t-elle se manifester? Quels sont les moyens de droit qui l'assurent? On les protégera, sur le terrain de la procédure, de deux manières: par voie d'action, ou par voie d'exception.

Moyens de protection.

I° - Par voie d'action.

Le préteur, dans le cas où ces personnes

Source : BIU Cujas

L'action Publicienne.

viendront à perdre la chose, leur permettra de la revendiquer par une action dérivée de l'action en revendication, et calquée sur elle, une action utile sous la forme d'action fictice. C'est l'action appelée Publicienne, actio Publiciana, créée par un préteur ignoré, appelé Publicius. Du point de vue de la technique procédurale, cette action n'est qu'une modification de la formule pétitoire de l'action en revendication. C'est une revendication fictice,

C'est une revendication fictice.

dans laquelle on dit au juge de statuer comme si le délai de l'usucapion était déjà accompli, parce que, le délai accompli, la propriété prétorienne se convertit automatiquement en propriété quiritaire.

Voici l'intentio de la formule donnée par Gaius, 4.36 (qui, selon nous, vaut aussi en ce qui concerne les acquéreurs a non domino).

Formule de l'intentio.

Si quem hominem Aulus Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ex jure Quiritium ejus esse oportet.	En supposant que, si Aulus Agerius avait possédé pendant un an (délai de l'usucapion des meubles), l'esclave qu'il a acheté et dont il lui a été fait tradition, il eût été propriétaire de cet esclave d'après le droit civil.

Effet de la Publicienne.

L'action publicienne étant une action utile, ses effets sont absolument les mêmes que ceux de l'action directe qui lui sert de modèle, l'action en revendication.

2° - Par voie d'exception.

L'exception Publicienne.

Le préteur accordera au propriétaire prétorien une exception pour lui permettre de paralyser l'action intentée contre lui, en vertu de l'idée que celui qui a une action pour réclamer une chose doit aussi avoir une exception pour la conserver . Ici l'exception est le pendant de l'action Publicienne. Aussi l'appelle-t-on exceptio Publicienne.

Mais sous ces deux formes, la protection, pour pouvoir être invoquée, exige que celui qui s'en prévaut, soit in causa usucapiendi. Par conséquent, il devra réunir toutes les conditions que nous avons étudiées comme étant nécessaires pour pouvoir usucaper d'après le droit civil . Il

Source : BIU Cujas

n'y a qu'une condition dont on lui fera remise: celle du délai requis pour usucaper. Toutes les autres restent exigées. Il y a donc un rapport étroit entre la propriété prétorienne et la propriété quiritaire. Il faut une chose romaine, une chose qui n'ait pas été volée. Quant à la personne, il faut être citoyen romain, et, s'il s'agit d'un acquéreur a non domino, il faut le juste titre et la bonne foi.

Les conditions de l'usucapion, sauf le délai, doivent être réunies.

Mais cette protection est simplement relative, c'est-à-dire qu'elle pourra dans certains cas échouer. Cela en effet dépend des personnes à l'égard desquelles cette protection sera demandée, et surtout, des personnes qu'elles trouveront en face d'elles. L'emportera définitivement la personne qui a un droit meilleur.

Caractère relatif de la protection prétorienne.

Voici le tableau de tous les cas de conflit possible montrant le jeu d'actions, d'exception, de répliques et de dupliques.

DU CÔTÉ DU DEMANDEUR	DU CÔTÉ DU DEFENDEUR.
I - Le demandeur est propriétaire prétorien stricto sensu, un acquéreur a domino; par exemple, c'est l'acheteur d'une res mancipi auquel a été faite simple tradition. Voyons les individus qui vont se trouver en sa présence. La possession lui a été enlevée:	I - Le défendeur est propriétaire prétorien stricto sensu, un acquéreur a domino. Par exemple, c'est l'acheteur d'une res mancipi auquel a été faite simple tradition. Le demandeur est:
I° - Par un individu quelconque. Alors triomphe l'action publicienne, à laquelle ne peut être opposée aucune exception.	I° - Un individu quelconque. L'action en revendication de celui-ci se trouve paralysée par l'exception Publicienne.
2°- Par le véritable propriétaire quiritaire, en l'espèce, le vendeur de la chose. L'action publicienne est d'abord paralysée par l'exceptio justi dominii (si ea res possessoris non sit), invoquée par le propriétaire quiritaire, qui oppose à la propriété prétorienne son droit de propriété quiritaire.	2° - Le propriétaire quiritaire lui-même. L'action en revendication intentée par le propriétaire quiritaire va se trouver paralysée par l'exception Publicienne, opposée par le propriétaire prétorien. A cette exception le véritable propriétaire va répondre par une replicatio justi dominii, et cette replicatio va être enfin paralysée par une duplicatio rei venditae et traditae.

Source : BIU Cujas

Mais cette exception à son tour va être victorieusement repoussée par la replicatio rei venditae et traditae, la réplique de la chose vendue et livrée. Donc c'est le propriétaire prétorien qui triomphe contre le propriétaire quiritaire.

3° - par un autre propriétaire prétorien stricto sensu. Dans ce cas, c'est le plus ancien en date qui triomphe.

Exemple: Deux acheteurs ont acquis par tradition la même chose mancipi du même vendeur. L'acheteur premier en date intente contre l'acheteur second en date l'action Publicienne. Celui-ci paralyse l'action Publicienne par l'exception Publicienne, laquelle est à son tour paralysée par l'acheteur premier en date au moyen de la réplique de priorité (replicatio rei prius venditae et traditae).

4° - par un acquéreur a non domino. C'est le conflit entre le propriétaire prétorien stricto sensu et l'acquéreur a non domino. Qui va l'emporter ? C'est l'acquéreur a domino, à la suite du jeu de procédure suivant. L'action Publicienne, intentée par le propriétaire prétorien stricto sensu, est paralysée par l'exception Publicienne, invoquée par l'acquéreur a non domino, et celle-ci sera paralysée par la replicatio d'acquisition a domino. Digeste 19.I. 31,2.

II - Le demandeur est un simple acquéreur a non domino, et la possession lui a été enlevée:

I° - Par un individu quelconque. Alors triomphe l'action Publicienne, à laquelle ne peut être opposée aucune exception.

2° - Par le véritable propriétaire quiritaire. L'action Publicienne sera paralysée par l'exceptio justi dominii, à laquelle

3° - Un autre propriétaire prétorien stricto sensu. Le plus ancien en date triomphera.

Exemple: L'action Publicienne intentée par l'acheteur premier en date sera paralysée par l'exception Publicienne qu'opposera l'acheteur second en date. Mais l'exception Publicienne sera à son tour paralysée par l'acheteur premier en date au moyen de la réplique de priorité (replicatio rei prius venditae et traditae).

4° - Un acquéreur a non domino. L'action Publicienne de celui-ci sera paralysée par l'exception publicienne du propriétaire prétorien stricto sensu, exception à laquelle ne pourra pas être opposée de réplique. C'est donc l'acquéreur a domino qui l'emporte.

II - Le défendeur est un simple acquéreur a non domino, et le demandeur est:

I° - un individu quelconque. L'exception Publicienne triomphe.

2° - Le véritable propriétaire quiritaire. L'action en revendication du propriétaire quiritaire sera paralysée par

Source : BIU Cujas

ne pourra pas être opposée une réplique. C'est le propriétaire quiritaire qui l'emporte. Digeste, 6,2. 16 et 17.

3° - Par un propriétaire prétorien stricto sensu. Qui l'emporte ? C'est l'acquéreur a domino. L'action Publicienne sera paralysée par l'exception d'acquisition a domino. Digeste 19.I. 3I.2.

4° - Par un autre acquéreur a domino. Il faut distinguer suivant qu'ils tiennent la chose d'un auteur commun, ou d'auteurs différents.

a) S'ils tiennent la chose d'un auteur commun, d'un même vendeur par exemple, le plus ancien en date l'emporte.

Exemple: l'acquéreur a non domino premier en date intente l'action Publicienne; l'acquéreur second en date la paralyse par l'exception Publicienne, laquelle sera à son tour paralysée au moyen de la réplique de priorité (replicatio rei prius venditae et traditae). Digeste. 6.2.9.4.

b) S'ils tiennent la chose d'auteurs différents, on a fini par régler le conflit par l'application de la règle: melior causa est possidentis, la cause la meilleure est celle de celui qui possède. Ulpien citant Julien, Digeste 6.2.9.4. Mais nous savons qu'il y a eu une autre solution, proposée par Neratius, qui paraît avoir admis que, même quand les deux possesseurs de bonne foi tenaient la chose de deux auteurs différents, c'était le plus ancien en possession qui devait l'emporter. Digeste 19.I.3I.2.

l'exception Publicienne, laquelle à son tour est paralysée par la replicatio justi dominii. C'est le propriétaire quiritaire qui l'emporte.

3° - Un propriétaire prétorien stricto sensu. L'action publicienne est paralysée par l'exception Publicienne, laquelle est ensuite paralysée par la replicatio d'acquisition a domino C'est l'acquéreur a domino qui l'emporte.

4° - Un autre acquéreur a non domino. On distingue suivant qu'ils tiennent la chose d'un auteur commun ou d'auteurs différents.

S'ils tiennent la chose d'un auteur commun, c'est le plus ancien en date qui l'emporte. S'ils tiennent la chose d'auteurs différents, c'est celui qui est en possession qui l'emporte. Melior est causa possidentis. (Pour la solution proposée par Neratius, voir en face).

Voilà tous les conflits possibles avec leur solution.

Source : BIU Cujas

LA PROPRIETE DANS LE DROIT MODERNE.

Facilité de la preuve dans la Publicienne.

Etant donné les avantages que présentait l'action Publicienne sur l'action en revendication, principalement en ce qui concerne la preuve de la propriété, qui était beaucoup plus facile sous le régime de l'action Publicienne que sous le régime de la revendication (qui l'emporte ? C'est celui qui a un droit meilleur), l'action Publicienne ne tarda pas à être employée à Rome à la place de la revendication par le propriétaire quiritaire lui-même. Dans le dernier état du droit romain, l'action en revendication se trouve gouvernée par les principes mêmes de la Publicienne, en ce qui concerne la question de la preuve.

L'action en revendication du droit moderne ressemble à la Publicienne.

C'est ce que nous voyons aujourd'hui en droit moderne. L'action en revendication du droit moderne, quand on l'envisage, nous apparaît comme étant bien plus l'action publicienne que l'action en revendication du droit romain, en ce sens que, pour ce qui est des règles relatives à la preuve du droit de propriété, le demandeur aujourd'hui n'est pas obligé de prouver absolument sa propriété, il a simplement à prouver un droit meilleur que celui de son adversaire. Voir le Cours élémentaire de droit civil français de Messieurs Colin et Capitant, 7° édition, n° 962 ss., qui consacre des développements à la comparaison du système français de la preuve de la propriété avec le système romain de la Publicienne.

TITRE II

LES DROITS RÉELS AUTRES QUE LA PROPRIÉTÉ.

Les jura in re aliena.

Les jurisconsultes romains appellent ces droits réels jura in re aliena, droits réels sur la chose d'autrui. Parmi ces jura in re aliena qu'a connus le droit romain figurent dans un premier groupe les servitudes. Dans un second groupe nous ferons rentrer les jura in re aliena autres que les servitudes.

Source : BIU Cujas

LES SERVITUDES

La possessio juris.

Les servitudes sont spécialement importantes à étudier en droit romain, en ce qu'elles nous font assister à une autre conception de la possession. A côté de la possession corporelle (possessio corporis), nous allons voir les Romains amenés par la force même des choses à la notion de la possession d'une chose incorporelle, d'un droit, possessio juris.

Les deux catégories de servitudes:

Les servitudes peuvent être définies: les droits réels établis sur la chose d'autrui, soit au profit d'un fonds, soit au profit d'une personne. D'où deux grandes catégories de servitudes:

prédiales;

1° - Les servitudes prédiales, servitutes praediorum, établies au profit d'un fonds.

personnelles.

2° - Les servitudes personnelles, servitutes personarum, établies au profit d'une personne (1)

Insistons sur ces deux grandes catégories de servitudes.

I. Les servitudes prédiales.

Le fonds servant.

La servitude prédiale suppose deux fonds voisins. Elle consiste dans l'attribution à l'un de ces deux fonds de certains avantages compris dans la propriété de l'autre. Cet autre fonds est ainsi démembré de certains avantages. Ce dernier fonds, supportant une charge dont l'autre fonds profite, lui est comme asservi. C'est pour cela qu'on l'appelle fonds servant. Le droit qui le grève est une servitude. Servitus vient d'une racine qui marque l'idée d'asservissement.

e fonds dominant.

Quant au fonds qui profite de l'avantage, on l'appelle le fonds dominant, parce qu'il est, dans une certaine mesure, le maître, dominus, du fonds servant.

Les servitudes prédiales sont les plus anciennes. Elles ont leur origine dans les entraves

---

(1) Il semble bien que l'expression servitude personnelle et l'assimilation de ces droits aux servitudes ne datent que de Justinien. Cf. la démonstration de Longo, Bull. dell'Ist. di dir. rom.,11 (1898),p. 281. En conséquence les manuels récents italiens et allemands traitent séparément les servitudes et les jura in re aliena établis au profit d'une personne (usufruit, usage, etc,..)

Source : BIU Cujas

Utilité des servitudes prédiales.

que la division du sol en propriétés distinctes apporte à la commodité et à la jouissance des héritages. L'exemple classique est la servitude de passage. De même que les hommes vivant en société ont besoin les uns des autres, de même , les fonds distincts, mais voisins, ont à se rendre des services réciproques, sans lesquels la propriété ne pourrait pas procurer aux propriétaires tous les avantages qu'elle confère.

II - Les servitudes personnelles.

Notion de la servitude personnelle.

La servitude personnelle est constituée au profit d'une personne autre que le propriétaire et lui confère un ou plusieurs avantages de la propriété. L'exemple type est l'usufruit. La servitude personnelle met donc en présence une personne, sujet du droit réel, et une chose, sur laquelle ce droit s'exerce. Cette chose peut être aussi bien un meuble qu'un fonds.

Les servitudes prédiales sont attachées à un fonds.

Mais alors, dira-t-on, quelle différence y a-t-il entre une servitude personnelle et une servitude prédiale ? En cas de servitude prédiale, il est clair que c'est toujours une personne, le propriétaire du fonds dominant, qui retire tout l'avantage que procure le droit de servitude. Cela est vrai, mais cette circonstance ne saurait modifier le caractère de la servitude, qui ne devient pas pour cela personnelle. En effet, elle ne profite au propriétaire du fonds dominant que par l'intermédiaire de ce fonds, sans lequel il n'en jouirait pas. Aussi la personne du titulaire actuel de la servitude est-elle complètement indifférente. Le droit appartient en réalité au fonds lui-même, quel qu'en soit le propriétaire. C'est donc à juste titre que ces servitudes sont nommées servitudes prédiales, pour bien marquer qu'elles sont inhérentes au fonds et indépendantes des personnes qui les exercent.

Les servitudes personnelles, à une personne.

Il en est tout autrement des servitudes personnelles. Celles-ci sont établies sur une chose, mais au profit d'une personne déterminée, en considération de cette personne. Celle-ci en profite directement, à l'exclusion de toute autre personne.

Cette différence de destination entre la servitude prédiale et la servitude personnelle, sur laquelle il était nécessaire de bien attirer l'attention, entraîne entre les deux espèces de servitude des diversités nombreuses. Mais nos deux espèces de servitudes présentent aussi certains caractères communs, que nous commencerons par passer en revue.

Caractères généraux des servitudes.

Les traits communs à toutes les servi-

Source : BIU Cujas

tudes peuvent se ramener aux trois caractères suivants:

Les servitudes sont des droits réels.

1° - Etant des droits réels, et non pas des droits de créance, elles portent toutes sur la chose elle-même. En conséquence, leur sanction consistera en une action réelle appelée action confessoire. Autre conséquence: le titulaire de la servitude n'a le droit de rien exiger à titre personnel du propriétaire du fonds grevé de servitude. Il ne peut pas y avoir de servitudes quae in faciendo consistunt, qui consistent en une obligation pour le grevé de faire quelque chose. La servitude ne peut consister que dans le fait de laisser faire quelque chose, servitutes quae in patiendo consistunt(par exemple, laisser passer, dans la servitude de passage), ou de s'abstenir de faire quelque chose, servitutes quae in non faciendo consistunt(par exemple dans la servitude de ne pas bâtir.)

Les servitudes ne peuvent obliger à un fait positif.

Ce sont des droits réels sur la chose d'autrui. Nemini res sua servit.

2° - Etant des droits réels sur la chose d'autrui, nos servitudes, d'une part, sont des choses incorporelles: la possession ordinaire ne peut leur être appliquée; et, d'autre part, ne peuvent exister sur une chose au profit de son propriétaire. Nemini res sua servit, on ne peut pas constituer une servitude sur sa propre chose.

Elles ne peuvent exister que dans l'intérêt d'une personne ou d'un fonds.

3° - Etant des dérogations au droit commun de la propriété, permises par le législateur dans l'intérêt d'une personne ou d'un fonds, les servitudes ne peuvent exister que dans l'intérêt d'une personne ou d'un fonds. Il en résulte:

La servitude prédiale ne peut consister en un avantage personnel.

a - pour la servitude prédiale, que, étant permise seulement dans l'intérêt d'un fonds, elle ne pourra avoir pour objet des avantages étrangers aux besoins de ce fonds, et exclusivement relatifs à l'intérêt direct du propriétaire. Par exemple, n'est pas une servitude, le droit pour une personne de se promener sur le fonds voisin. Digeste 8.I.8. pr. Pour la servitude personnelle, étant établie dans l'intérêt exclusif d'une personne, elle s'éteindra au plus tard par la mort de cette personne.

La servitude ne peut être aliénée ni grevée d'une servitude.

b - que la servitude, une fois constituée au profit d'une personne ou d'une chose, ne peut être transférée à une autre personne ou à une autre chose. Ce qui fait qu'elle ne comporte ni aliénation totale, ni aliénation partielle. On ne peut grever une servitude d'une nouvelle servitude. C'est ce que dit l'adage romain: servitus servitutis esse non potest.

Voici le plan que nous suivrons.

Chapitre I - Différentes espèces de servitudes.

Source : BIU Cujas

Chapître II - Modes de constitution des servitudes.

Chapître III - Extinction des servitudes.

Chapître IV - Sanction des servitudes.

Chapître I°

DIFFERENTES ESPÈCES DE SERVITUDES.

Nous avons déjà rencontré la distinction fondamentale des servitudes prédiales et des servitudes personnelles.

Section I - Les servitudes prédiales.

§ I - Caractères des servitudes prédiales.

Caractères particuliers des servitudes prédiales.

Les servitudes prédiales présentent trois caractères particuliers.

Elles sont perpétuelles. Cas du terme ou de la condition.

1° - elles sont perpétuelles, c'est-à-dire elles doivent subsister aussi longtemps que le fonds contre lequel elles ont été établies. Les Romains en tiraient la conséquence qu'il n'était pas possible d'établir une servitude prédiale à terme ou sous condition. Cependant le préteur intervint. Quand le terme était arrivé, et que le propriétaire du fonds dominant voulait exercer la servitude, il donnait au propriétaire du fonds servant une exception de dol pour repousser l'action confessoire intentée par le propriétaire du fonds dominant.

Elles ont une causa perpetua.

2° - Elles doivent avoir une causa perpetua, c'est-à-dire être constituées dans des conditions telles que l'exercice actuel de ces servitudes ne peut pas être considéré comme compromettant l'exercice futur de la servitude. Par exemple, une servitude de prise d'eau ne peut être établie sur un étang ou une citerne. Cependant ce caractère n'est pas exigé avec beaucoup de rigueur par les jurisconsultes, qui permettent d'établir des servitudes sur des carrières de sable, de grès.

Elles sont indivisibles.

3° caractère, le plus important: les servitudes prédiales sont indivisibles, en ce sens qu'on ne conçoit pas qu'une servitude puisse subsister à la charge ou au profit d'une portion indivise d'un fonds. Il faut conclure de là que, si un fonds appartient à plusieurs co propriétaires, une servitude ne pourra être constituée au profit ou à la charge

Source : BIU Cujas

du fonds sans l'autorisation de tous les co-
taires du fonds, et que, quand un fonds est grevé de servitude, pour que la remise de la servitude éteigne la servitude, il faut qu'elle soit faite à tous les co-propriétaires; sinon la servitude existera toujours

§ 2 - Classification des servitudes prédiales.

Il y a deux sortes de servitudes prédiales:

Distinction des servitudes prédiales rurales et urbaines.

1° - les servitudes prédiales rurales, servitutes praediorum rusticorum.

2° - Les servitudes prédiales urbaines, servitutes praediorum urbanorum.

Cette distinction présentait des intérêts pratiques dont voici les deux principaux:

Intérêts de la distinction.

1° Intérêt, les servitudes prédiales, rurales seules constituaient des res mancipi: Ce sont les plus anciennes servitudes.

2° intérêt: au point de vue de l'extinction, les servitudes prédiales rurales sont les seules qui s'éteignent par le non usage.

Nous aurons à nous demander les raisons d'être de ces différences.

Quel est le critérium auquel les Romains se sont attachés pour distinguer les servitudes prédiales rurales des servitudes prédiales urbaines ? Voici quel a été exactement le vrai système romain. Il faut considérer la nature du fonds dominant. Si le fonds dominant est un praedium rusticum, c'est-à-dire un fonds rural, la servitude sera rurale. Si le fonds dominant est un praedium urbanum, c'est-à-dire un fonds urbain, la servitude sera urbaine. C'est là le pur système romain.

Le critérium est tiré de la nature du fonds dominant.

Il faut donc écarter, comme n'étant pas romain, le système, proposé par d'autres romanistes, intéressant à connaître parce qu'il a été adopté par le Code civil français, d'après lequel il faudrait voir si la servitude implique oui ou non l'idée de construction. Si oui, elle serait une servitude prédiale urbaine. Sinon, elle serait une servitude prédiale rurale. C'est là le système de nos anciens auteurs, qui avaient cru le dégager des textes romains. Ils se sont trompés. C'est ce système qui est passé dans le Code civil français, article 687: "les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre. Celles de la première espèce s'appellent urbaines soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne. Celles de la secon-

Ce système diffère du système du Code civil.

Source : BIU Cujas

de espèce se nomment rurales.

A Rome une même servitude peut être urbaine ou rurale.

Ce système est certainement contraire aux textes romains, qui nous prouvent qu'une même servitude à Rome peut être, suivant les circonstances, ou urbaine ou rurale. Par exemple, un texte du Digeste, 43,19.I.pr. suppose qu'une servitude ordinairement rurale, comme la servitude de passage, peut être urbaine. Un autre texte du Digeste 8.3.2. pr. suppose que des servitudes ordinairement urbaines, comme la servitude de ne pas bâtir au-dessus d'une certaine hauteur, peuvent être rurales. Mais en se plaçant au point de vue abstrait et du quod plerumque fit, les Romains ont donné l'énumération des servitudes prédiales urbaines et rustiques en se basant sur ce qui se passe ordinairement. Ainsi les Institutes de Justinien 2.3. pr. et § 3, énumèrent presque complètement les servitudes prédiales rurales et urbaines. Mais une de ces servitudes, quoique ordinairement urbaine, peut très bien être rurale ou inversement.

Les principales servitudes prédiales rurales.

Passons d'abord en revue les principales servitudes prédiales rurales qu'a connues le droit romain.

La servitude de passage, iter,

1° - La servitude de passage: iter, actus, via. En effet, il y a trois espèces de servitudes de passage, suivant le droit conféré.

Iter, c'est le droit pour le propriétaire du fonds dominant de passer sur le fonds servant, soit à pied, soit à cheval, soit en litière.

actus,

Actus, c'est le droit de passer avec des troupeaux (agere, c'est pousser un troupeau) et avec des véhicules.

via,

Via, confère le droit de passage le plus complet, même de transporter à travers le fonds servant des matériaux de construction.

La loi des XII Tables avait fixé la largeur du chemin pour la via, à huit pieds en ligne droite, et 16 pieds dans les courbes. Dans le cas d'iter et d'actus, la détermination de la largeur était laissée à un arbitre.

L'aquae ductus

2° - L'aquae ductus, le droit pour le propriétaire du fonds dominant de faire passer de l'eau sur le fonds servant, le droit de construire un aqueduc, de faire des rigoles.

L'aquae haustus.

3° - L'aquae haustus, servitude de puisage.

Autres servitudes prédiales rurales.

4° - Le pecoris ad aquam adpulsus, servitude d'abreuvage des troupeaux.

5° - Le jus pascendi, la servitude de passage; de faire paître les troupeaux sur le champ.

6° - Le jus arenae fodiendae, le droit

Source : BIU Cujas

d'extraire du sable.

7° - Le jus calcis coquendae, le droit de faire de la chaux.

Voilà les principales servitudes prédiales rurales, qui peuvent exceptionnellement, avec le criterium romain, être urbaines.

Principales servitudes prédiales urbaines.

Passons en revue les principales servitudes prédiales urbaines.

1° - Le jus oneris ferendi, le droit d'appuyer des constructions sur le mur du voisin.

2° - Le jus tigni immittendi, le droit d'appuyer sur le mur du voisin une poutre ou un ouvrage léger.

3° - Le jus stillicidii vel fluminis recipiendi, le droit de recevoir l'eau qui découle du toit voisin, soit goutte à goutte, soit par un conduit.

4° - Le jus altius non tollendi, le droit d'empêcher le voisin d'élever sa construction, expression encore employée en latin dans le langage pratique.

5° - Le jus prospiciendi, la servitude de vue.

6° - Le jus projiciendi, le droit d'avoir des balcons ou une saillie sur le fonds voisin.

Section II.

Les servitudes personnelles.

Ce sont les servitudes qui existent au profit d'une personne déterminée. Elles ne méritent pas la même faveur que les servitudes prédiales. Elles portent une atteinte grave au droit de propriété, sans qu'il en résulte des avantages pour la richesse publique. Aussi sont-elles moins anciennes que les servitudes prédiales. A l'époque de Cicéron, il n'y avait encore comme servitude personnelle que l'usufruit.

Les servitudes personnelles présentent les caractères particuliers que voici.

Caractères particuliers des servitudes personnelles.

1° - elles sont temporaires, limitées à la vie de la personne au profit de laquelle elles sont constituées.

2° - le nombre des servitudes personnelles est limité. En voici l'énumération: l'usufruit, l'usage, l'habitation, les operae servi aut animalis, les services d'un esclave ou d'un animal. Reprenons-les dans le détail, en suivant cet ordre.

I - L'USUFRUIT.

C'est une question très fréquente d'examen et une matière intéressante, car elle nous met en

Source : BIU Cujas

présence d'un cas limite du droit réel et du droit de créance

Définition de l'usufruit.

L'usufruit peut être défini: une servitude qui implique pour son titulaire, appelé usufruitier, le droit de se servir et de jouir de la chose sur laquelle porte l'usufruit. Cette servitude apporte par conséquent une restriction considérable du droit de propriété du propriétaire de la chose. Aussi qualifie-t-on la propriété de la chose sur laquelle a été constitué un usufruit du nom de nuda proprietas, nue propriété, et le propriétaire s'appelle nu propriétaire.

Choses sur lesquelles il peut porter.

Le droit d'usufruit peut porter sur les meubles et les immeubles, à condition qu'il ne s'agisse pas de choses qui se consomment par le premier usage.

Voici le plan que nous suivrons:

§ I - Droits de l'usufruitier.

§ 2 - Obligations de l'usufruitier.

§ 3 - Espèce particulière d'usufruit: le quasi-usufruit.

§ I - Droits de l'usufruitier.

Le jus utendi.

L'usufruitier, d'où le nom d'usufruit, d'une part, a le droit de se servir de la chose (jus utendi) et, d'autre part, le droit de jouir, d'avoir les fruits (jus fruendi). Ce droit s'applique à tous les fruits, non seulement aux fruits naturels ou industriels, mais encore aux fruits civils,

Le jus fruendi.

c'est-à-dire ceux qui sont perçus à l'occasion de la jouissance qu'on procure de la chose à une tierce personne. L'usufruitier peut en effet louer la chose sur laquelle porte son droit d'usufruit.

L'usufruitier n'a droit qu'aux fruits.

L'usufruitier n'a pas droit aux produits.

Il n'a pas droit aux produits qui n'ont pas le caractère de fruits. Pour cette distinction des fruits et des produits, renvoyons aux règles données à propos de l'acquisition des fruits. L'usufruitier n'a donc pas droit au part de la femme esclave, aux bois de hautes futaies, aux produits des mines et des carrières ouvertes après la naissance de l'usufruit. Tous ces produits, n'ayant pas le caractère de fruits, doivent revenir au nu-propriétaire.

Comment l'usufruitier va-t-il devenir propriétaire des fruits ?

Il acquiert les fruits naturels et industriels

En ce qui concerne les fruits naturels et industriels, entre lesquels il n'y a pas de distinction à faire, il en deviendra propriétaire par la perception. Conséquence: Si les fruits sont volés sur

Source : BIU Cujas

par la perception.

l'arbre par un tiers, c'est le nu propriétaire qui deviendra propriétaire de ces fruits; c'est lui seul qui aura l'action en revendication et la condictio furtiva. pour se faire restituer ces fruits, ou obtenir leur valeur (Dig. 7,1,12,5.) C'est là une différence entre l'usufruitier et le possesseur de bonne foi, lequel fait les fruits siens par la séparation.

Comment acquiert-il les fruits civils ?

Pour les fruits civils, fermages, loyers, il n'est pas nécessaire qu'il y ait perception, donc qu'il y ait paiement du loyer ou du fermage. Dans quelle mesure les fruits civils sont-ils dûs à l'usufruitier ? Il faut, en droit romain, distinguer suivant que la chose louée est une chose frugifère ou une chose non frugifère.

Chose frugifère proportionnellement à la récolte faite.

a) Dans la première hypothèse, dans l'hypothèse du fermage de biens ruraux, comme les fruits civils dûs par le fermier sont la représentation de la récolte faite par lui, il faut voir si la récolte à laquelle ces fruits correspondent a été faite. Si elle a été faite intégralement, les fruits civils sont dus intégralement à l'usufruitier. Cette hypothèse se présente ordinairement à la mort de l'usufruitier. Les fruits civils ne sont dus à ses héritiers que proportionnellement à la récolte faite. Le fermage correspondant à la partie de la récolte non encore faite au moment du décès de l'usufruitier devra donc revenir au nu propriétaire.

Chose non frugifère: jour par jour.

b) Dans la seconde hypothèse, celle de loyers de biens urbains, de maisons, les fruits civils correspondent à la jouissance qui a été procurée au locataire. Ils seront dûs au prorata de la jouissance procurée par l'usufruitier au locataire. C'est la solution admise par l'article 586 du Code civil français, ainsi conçu; les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour, et appartiennent à l'usufruitier, à proportion de la durée de son usufruit. Mais le Code civil ne fait plus la distinction du droit romain entre le fermage des biens ruraux et le loyer des biens urbains. Sa règle s'applique à tous les fruits civils. Il entend repousser la solution romaine relative aux fermages. L'article 586 continue: cette règle s'applique aux prix des baux à ferme, comme aux loyers des maisons et autres fruits civils.

Le Code civil écarte cette distinction

L'usufruitier peut céder son droit.

L'usufruit confère à son titulaire un troisième droit, l'usufruitier peut vendre ou donner son droit d'usufruit. Mais alors il ne cède que l'exercice de son droit. La mort de l'usufruitier entraînera toujours la disparition de l'usufruit. Ce n'est donc pas la personne du cessionnaire qui est prise en considération.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Obligations de l'usufruitier.

L'usufruitier et le nu propriétaire n'ont pas d'obligations personnelles en principe.

Cette matière est intéressante au point de vue de la distinction du droit réel et du droit de créance. En principe l'usufruitier, titulaire d'un droit réel, n'est soumis à aucune obligation spéciale vis-à-vis du nu propriétaire. En effet, ces deux personnes, le nu propriétaire d'une part, l'usufruitier d'autre part, ont l'une et l'autre, juridiquement parlant, sur la chose un droit réel. Comme un droit réel ne peut pas obliger son titulaire, ces deux personnes se trouvent être vis-à-vis l'une de l'autre, en droit, comme deux propriétaires. C'est donc le droit commun qui règle les rapports respectifs de l'usufruitier et du nu propriétaire. Le nu propriétaire, du point de vue du droit réel, n'est tenu qu'à laisser l'usufruitier user et jouir de la chose. Et l'usufruitier, de son côté, n'est tenu qu'à respecter le droit du nu propriétaire. C'est ainsi que l'usufruitier, n'ayant pas le jus abutendi:

L'usufruitier n'a pas le jus abutendi.

1° -ne peut pas détériorer la chose par son fait. La sanction sera l'action délictuelle née du dammum injuria datum, l'actio legis Aquiliae, origine de l'article 1382 du Code civil.

Devoirs qui, pour l'usufruitier, découlent de l'absence de ce droit.

2° - Ne peut pas transformer la chose, en modifier la substance. La sanction est ici l'extinction de l'usufruit.

L'usufruitier n'est donc pas tenu personnellement de restituer la chose à la fin de l'usufruit.

Il n'a pas d'obligation personnelle de restituer.

Le propriétaire, en droit, pour reprendre sa chose, n'a que l'action qu'il a contre un tiers quelconque, l'action en revendication.

Voilà la théorie juridique. Si on analyse la notion du droit réel, on ne peut arriver à d'autres conséquences.

Cette théorie primitive, n'envisageant que le droit réel, protégeait mal le nu propriétaire.

Inconvénient pour le nu propriétaire.

1° - Dans l'actio legis Aquiliae, le défendeur n'est tenu que de sa faute, et non de simple négligence. En matière de délits, le droit romain exige en effet un acte positif.

2° - Dans l'action en revendication, le nu propriétaire, comme tout propriétaire, sera obligé de prouver son droit de propriété, ce qui n'est pas toujours facile.

Devant les inconvénients que présentait la théorie juridique découlant de la rigueur des

Source : BIU Cujas

principes, le préteur est intervenu pour faire naître artificiellement à la charge de l'usufruitier des obligations nouvelles, qui ne pouvaient pas découler de la notion de droit réel. Pour cela, il fallait les fonder sur la notion de contrat, puisque le droit réel était impuissant à les faire naître. Ce sera par une promesse que le préteur imposera à l'usufruitier que ces obligations prendront naissance. Cette promesse, réalisée au moyen d'une stipulation, s'appelle cautio usufructuaria. C'est un exemple de stipulation prétorienne.

Les promesses imposées par le préteur à l'usufruitier. La cautio usufructuaria.

En réalité, deux promesses étaient imposées à l'usufruitier par le préteur:

Promesse de jouir en bon père de famille, et de restituer la chose.

1° - La promesse de jouir de la chose en bon père de famille. C'est l'obligation de garder la chose, de réparer la maison, de combler par le croît les vides du troupeau, d'exercer les servitudes actives qui menaceraient de s'éteindre par le non usage, etc,...

2° - La promesse de restituer la chose à la fin de l'usufruit. Il n'est plus besoin d'intenter l'action en revendication. L'actio ex stipulatu, résultant de la stipulation intervenue, suffit.

Comment le nu propriétaire pouvait-il forcer l'usufruitier à faire cette double promesse, si l'usufruitier refusait d'obéir à l'ordre du préteur ?

Sanction du refus de fournir la cautio.

1° - Le nu propriétaire, avec l'assentiment du préteur, pourra refuser la délivrance de la chose à l'usufruitier tant que celui-ci n'aura pas fourni la cautio, et si l'usufruitier attaque le nu propriétaire par l'action qui sanctionne toute servitude, l'action confessoire, le nu propriétaire paralysera l'action par une exception de dol. Digeste 6.I.I3 pr.

L'exception ou réplique de dol.

2° - Le nu propriétaire peut agir par l'action en revendication. Si l'usufruitier lui oppose l'exceptio rei traditae nomine usufructus, de la chose livrée à titre d'usufruit, le nu propriétaire paralysera cette exception par une réplique de dol.

Aujourd'hui, en ce qui concerne les obligations à la charge des personnes qui n'ont que des droits réels, nous voyons naître la même difficulté. Vous achetez un appartement dans une maison. Il y a plusieurs propriétaires d'appartements. Chacun a un droit réel. Des difficultés se posent: par exemple la question de l'ascenseur, du chauffage central.

Source : BIU Cujas

§ 3 - Espèce particulière d'usufruit:

le quasi-usufruit.

Le quasi-usufruit des choses consomptibles.

L'usufruit ne se conçoit pas portant sur des choses qui se consomment par le premier usage, puisque l'usufruitier est obligé de restituer la chose à la fin de l'usufruit. Cette solution, admise encore du temps de Cicéron, était fâcheuse, principalement quand l'usufruit avait été légué dans un testament. Quand le testateur avait légué tout ou partie de son patrimoine en usufruit, et que son patrimoine comprenait des choses consomptibles par le premier usage, le legs était inefficace pour ces choses-là. Aussi un Sc. rendu sous Auguste ou Tibère décida qu'on pourrait dorénavant léguer l'usufruit de toutes les choses comprises dans le patrimoine. Mais on ne pouvait pas établir un véritable usufruit sur ces choses. On ne pouvait que constituer ce que les interprètes du droit romain ont appelé quasi-usufruit.

Situation du quasi-usufruit.

Le quasi-usufruit confère un véritable droit de propriété sur les choses consomptibles. Le quasi usufruitier peut en disposer en toute liberté. Mais à l'expiration de l'usufruit, il est obligé de fournir des choses de même nature. Ou bien on estimera les choses, et, à la fin de l'usufruit, il devra restituer une somme égale à la valeur d'estimation.

Ici encore la restitution est assurée par des promesses avec cautions.

L'usufruit des res incorporales.

La possibilité de constituer un quasi-usufruit sur les choses consomptibles par le premier usage n'est pas la seule conséquence que les jurisconsultes romains ont tirée de ce Sc. Ils en déduisirent aussi la possibilité de constituer un usufruit sur des res incorporales, par exemple sur une créance, au moyen d'un legs. Quels vont être les droits du légataire d'usufruit ? Il faut distinguer deux hypothèses.

Legs de l'usufruit d'une créance.

1° - Si c'est au débiteur lui-même que l'usufruit est légué, il pourra se dispenser de payer le capital de la créance, nonobstant l'échéance du terme, et de payer les intérêts de la dette. Pratiquement, cet avantage était assuré par une exception de dol opposable à l'action du créancier.

2° - Si c'est à un tiers que l'usufruit a été légué, le légataire de l'usufruit aura le droit d'exiger du débiteur les intérêts de la dette et le

Source : BIU Cujas

remboursement du capital qui arriverait à échéance de son vivant.

2° - Deuxième servitude personnelle: L'usage.

Différence entre l'usus et l'usufruit.

L'usage, usus ou jus utendi, dont Justinien traite dans ses Institutes 2.5., est une servitude qui confère à son titulaire le droit d'user de la chose sans en jouir, c'est-à-dire sans en percevoir les fruits. L'usager, comme on appelle le titulaire de cette servitude, devait exercer son droit lui-même. Il ne pouvait ni louer la chose, ni céder son droit, car ce qu'il aurait tiré du louage aurait constitué des fruits civils, et il n'a pas le jus fruendi.

L'usage est régi en principe par les mêmes règles que l'usufruit. L'usager doit fournir la double promesse de jouir en bon père de famille et de restituer la chose à l'expiration de son droit.

Extension des droits de l'usager à une partie des fruits.

Si on avait appliqué la règle que l'usus ne comprend pas le jus fruendi, mais seulement le jus utendi, le droit de l'usager aurait été le plus souvent illusoire. Prenons par exemple l'usage d'un troupeau de moutons. Si on retranche le jus fruendi, que reste-t-il à l'usager ? Le droit d'utiliser le fumier. Digeste 16 - 8 - 12. De même, si on prend l'exemple de l'usage d'une paire de boeufs, l'usager aurait simplement le droit de les faire labourer, et d'utiliser le fumier. Aussi comprend-on que ce droit, dont le mode de constitution était ordinairement un legs, était vraiment trop rigoureux, et s'accordait mal avec l'habitude constante des jurisconsultes qui est d'interpréter largement les libéralités testamentaires (1). Aussi les jurisconsultes furent-ils amenés à adoucir la rigueur du principe et à reconnaître à l'usager le droit à une certaine partie des fruits; un peu de lait, dit Ulpien, Digeste 7 - 6 - 12 - 2, parce qu'il ne faut pas que les volontés des testateurs soient interprétées trop rigoureusement, puis des fleurs, des légumes, le blé pour la consommation de l'usager et aussi de sa famille; pourvu qu'il habite la maison, il pourra louer les chambres qu'il n'occupe pas. C'est ainsi que les jurisconsultes romains ont donné à l'usage le caractère d'un petit usufruit. Ce caractère est passé dans notre ancien droit, et aussi dans le code civil français, article 625.

(1) C'est principalement dans la matière des libéralités testamentaires que les jurisconsultes romains appliquèrent la distinction, tirée de la rhétorique grecque, du scriptum et de la voluntas. Cons. Guido Donatuti, Dal regime dei verba al regime della voluntas, I. Nei legati, Bull. dell' Ist. di dir. rom. 34 (1925), pp. 185 et suiv.

Source : BIU Cujas

Troisième servitude personnelle: l'habitation.

Quand on a l'usus sur une maison, on ne peut pas la louer. Au contraire, celui qui a un droit d'usufruit sur une maison peut la louer. Supposons qu'un testateur lègue l'habitation elle-même d'une maison. Dans ce cas, quels seront les droits de l'usager ? On considère que ce qui est légué est moins un droit qu'un fait. On en conclut que le légataire, devant retirer un avantage direct, pourra louer la maison, s'il ne peut que de cette façon retirer un avantage de la Maison. Institutes de Justinien,2.5.5.

Quatrième servitude personnelle: Les operae servi aut animalis.

Droit de l'usager des operae.

Quand on a l'usus d'un esclave, on a le droit de s'en servir, mais on ne peut pas louer ses services. Au contraire, quand on a l'usufruit d'un esclave, on peut louer ses services. Que décider, quand un testateur a déclaré léguer les operae d'un esclave ou d'un animal ? Quels vont être les droits du légataire sur cet esclave ou cet animal ?

A l'époque classique, les jurisconsultes considèrent que ce qui est légué est moins un droit qu'un fait. Ils en concluent que le bénéficiaire des operae a le droit, non pas d'en disposer à titre gratuit, mais d'en faire argent. Dig. 33.2.2. Un texte nous apprend même que le droit du légataire ne s'éteint pas par sa mort, si l'esclave dont les services ont été légués n'est pas mort, parce que, dit le texte, ici le légataire n'est pas un usufruitier. Digeste 33.2.2.

Chapitre II

MODES DE CONSTITUTION DES SERVITUDES.

Les deux modes de constitution des servitudes.

C'est une matière très fréquente d'examen. Avant d'exposer les modes spéciaux de constitution des servitudes, il importe de dégager les deux façons générales dont on peut concevoir la constitution d'une servitude. Il y a en effet deux modes généraux de constitution des servitudes auxquels les Romains ont donné des noms techniques: la translatio servitutis et la deductio servitutis. D'où deux grands modes de constitution des servitudes: per translationem et per deductionem, qu'il faut toujours avoir présents à l'esprit. Voici les différences. Il y aura translatio d'une servitude quand la servitude est constituée directe-

La translatio et la deductio servitutis.

Source : BIU Cujas

ment sans l'aliénation de la propriété d'une chose au profit d'un tiers. Au contraire, il y aura deductio de la servitude, quand le propriétaire, qui aliène sa chose à un tiers, retient, déduit une servitude sur cette chose. Exemple déjà rencontré: une personne retient un usufruit, (retentio usus fructus) . Etudions en détail les modes de constitution des servitudes. Nous suivrons un plan historique.

Section I - L'ancien droit.
Section II - Le droit classique.
Section III - Le droit de Justinien (1).

Section I - L'ancien droit.

Les modes de constitution des servitudes sont certains modes d'acquérir la propriété.

Les Romains auraient pu imaginer, pour constituer les servitudes, des modes originaux. Ils ne l'ont pas fait. Ils se sont contentés d'utiliser certains des modes d'acquérir la propriété. Il y a donc un rapport étroit entre la théorie de l'acquisition des servitudes et la théorie de l'acquisition de la propriété. Mais parmi ces modes d'acquérir la propriété qui vont être utilisés pour constituer les servitudes, il y en a qui s'appliquent à toute espèce de servitudes, d'autres au contraire ont été limités à des espèces particulières de servitudes. Nous étudierons d'abord les modes de constitution s'appliquant à toutes les servitudes, puis les modes propres à certaines servitudes.

§ I - Modes de constitution applicables à toutes les servitudes.

Le legs per vindicationem.

1° - Le legs per vindicationem. Cela n'est pas étonnant, car souvent des servitudes étaient constituées par libéralités testamentaires. Il s'agit ici d'une espèce particulière de legs, le legs per vindicationem. Il va être utilisé avec des formules différentes suivant qu'il s'agit de constituer une servitude per translationem ou per deductionem. C'est un

---

(1) Tous les manuels français adoptent la division en modes du droit civil, modes du droit prétorien (ou honoraire), modes du droit de Justinien. Mais aujourd'hui il y a chez les romanistes étrangers tendance à penser que les modes ainsi nommés "prétoriens" parce que constitués tuitione praetoris (Cf. le titre de l'article de Rabel dans les Mélanges Girard 1912. Zu den sogenannten praetorischen Servituten) sont une création de Justinien par voie d'interpolation de textes du Digeste.

Source : BIU Cujas

des intérêts de la distinction.

Per translationem. Supposons que la servitude est constituée per translationem. Voici la formule: Titio usumfructum fundi Corneliani lego, je lège à Titius l'usufruit du fondsCornélien. La servitude est ici constituée directement.

Per deductionem. Supposons que la servitude est constituée per deductionem. La formule est: Titio fundum Cornelianum, deducto usufructu, lego, je lège à Titius le fond Cornélien, l'usufruit étant déduit (pour mon héritier).

L'adjudicatio. 2° - L'adjudicatio.- Il s'agit nécessairement d'un judicium legitimum. La servitude est ici constituée per translationem.

L'in jure cessio. 3° - Le mode normal de constitution des servitudes entre vifs, est l'in jure cessio. Nous l'avons déjà rencontré dans le droit des personnes et le droit des choses. L'in jure cessio a pour base l'idée d'un procès simulé. On va intenter fictivement une action, en vue d'un résultat juridique déterminé à atteindre. Quelle est ici l'action ? Cela va dépendre suivant qu'il s'agit de constituer la servitude per translationem ou per deductionem.

Constitution per translationem. En effet, s'agit-il d'une constitution per translationem ? L'action, dont on va simuler l'exercice, est l'action qui sanctionne la servitude elle-même, l'action confessoire. Elle sera intentée fictivement par le bénéficiaire de la servitude. Voici la formule: Aio mihi esse jus utendi fruendi fundo Corneliano. J'affirme que j'ai le droit d'user et de jouir du fonds Cornélien.

Constitution per deductionem. Au contraire, s'agit-il de constituer une servitude per deductionem ? La formule dont on simule l'exercice sera celle de l'action en revendication avec une réserve de l'usufruit. Aio hunc fundum meum esse ex jure Quiritium, deducto usufructu, j'affirme que ce fonds m'appartient en vertu du droit civil, sous déduction de l'usufruit.

La mancipation per deductionem. 4° - Toute espèce de servitude pouvait être constituée per deductionem par mancipation (Gaius II, 33). Le propriétaire d'une res mancipi (fonds de terre), l'aliène à un tiers en retenant pour lui une servitude sur cette chose.

§ 2 - Modes de constitution propres à certaines servitudes.

La mancipation sert à A. La mancipation a servi à constituer per translationem une servitude prédiale rurale. Gaius

Source : BIU Cujas

constituer les servitudes prédiales rurales per translationem.

2.29: Jura praediorum rusticorum etiam mancipari possunt les servitudes prédiales rurales peuvent aussi être mancipées (1). Si on peut les manciper, c'est qu'elles sont considérées comme des res mancipi. Les historiens ont tâché d'expliquer pourquoi, à la différence des autres servitudes, les servitudes prédiales rurales sont considérées comme des res mancipi. On peut trouver deux explications.

Pourquoi sont-elles seules des res mancipi ?

1° explication. Les servitudes prédiales rurales ont pour but de faciliter l'exploitation des fonds ruraux. Elles furent considérées, au point de vue économique, comme faisant partie des éléments les plus importants du patrimoine, base que nous avons donnée à la distinction des res mancipi et des res nec mancipi.

Leur importance économique. A l'origine la servitude se confondait avec la propriété.

2° explication, celle-ci d'ordre juridique et historique. Comme les servitudes prédiales rurales sont les plus anciennes servitudes, elles existaient déjà à une époque où la notion de servitude, res incorporalis, ne s'était pas encore dégagée. A cette époque, il est vraisemblable que la servitude se confondait avec la propriété de la fraction du sol sur laquelle elle s'exerçait. Prenons la plus ancienne servitude prédiale rurale, la servitude de passage. On passe sur une bande de terrain. Le droit de servitude de passage se confond avec la propriété de cette bande de terrain.

La jurisprudence française sur le droit de passage.

On peut comparer le système jurisprudentiel français. D'après l'article 690 du Code Civil, les seules servitudes qui peuvent s'acquérir par prescription sont les servitudes qui sont tout à la fois continues et apparentes. Or une servitude de passage n'est pas à la fois continue et apparente, car il lui manque la continuité. Donc, en droit, d'après l'article 690, on ne peut pas prescrire une servitude de passage. Qu'a fait la jurisprudence ? Ne pouvant, devant le texte formel de l'article 690, reconnaître un droit de servitude par prescription à celui qui passe depuis 30 ans sur le fonds d'autrui, elle le reconnaît propriétaire du terrain utilisé par lui comme sentier. Elle rejoint ainsi le droit romain primitif. Cassation, 7 Février 1883.D. 84.I.128.

---

(1) Les formes de cette mancipation devaient être les mêmes que celles de la mancipation des choses corporelles, avec toutefois une différence en ce qui concerne les paroles solennelles. S'il s'agissait par exemple d'une servitude de passage, elles peuvent être ainsi reconstituées: Aio mihi esse ius eundi per fundum Cornelianum idque mihi emptum est (ou esto) hoc aere aeneaque libra.

Source : BIU Cujas

Contradiction entre la notion de res mancipi et celle de res incorporalis.

Mais en droit romain, ce n'est qu'à l'origine que la servitude a été considérée comme une res corporalis. De bonne heure, on l'a considérée comme une res incorporalis, comme un droit. Mais, lorsqu'on eût considéré les servitudes comme des res incorporales, on continua, sans s'apercevoir de ce que cela avait d'étrange, à reconnaître aux servitudes prédiales rurales le caractère de res mancipi. On comprend donc l'étonnement de Gaius, 2.I7, en constatant que les servitudes prédiales rurales peuvent faire l'objet d'une mancipation, car il est certain qu'elles sont des res mancipi, nam eas res mancipi esse constat, bien qu'elles soient au nombre des choses incorporelles, quamvis sint ex numero rerum incorporalium.

B - Jusqu'à une loi Scribonia, de date ignorée, les servitudes purent être constituées par usucapion . Dig. 4I, 3, 4, 28 (29): eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, la loi Scribonia abolit cette usucapion qui établissait une servitude. Il s'agit là, croyons-nous, exclusivement des plus anciennes servitudes prédiales, les servitudes prédiales rurales, qui purent être constituées au début du droit romain par usucapion parce qu'on ne les distinguait pas du droit de propriété et qu'on les considérait comme des choses corporelles (En ce sens Bonfante, Istituzioni, 8° éd.,p. 33I) . Lorsque les servitudes en général furent devenues des res incorporales, la possibilité de les usucaper, apparut comme un contre-sens juridique, que la loi Scribonia vint supprimer. En effet, de tous les modes d'acquisition de la propriété, que nous avons étudiés, il en est deux qu'il était impossible d'utiliser pour constituer une servitude, celle-ci étant considérée comme une res incorporalis: la tradition et l'usucapion. Pourquoi ? C'est parce que la tradition et l'usucapion, comme modes de transfert de propriété, ont à leur base, nous l'avons vu, un transfert de possession. Or, en droit romain, comme nous l'avons aussi vu à propos de la possession des droits, seules les res corporales peuvent être possédées (Dig. 4I, 2,3), les res incorporales ne le peuvent pas (Dig. 4I, 3,4,26). Etant insusceptibles de possession, les servitudes ne pouvaient donc pas être constituées par tradition et par usucapion. Pour la tradition: Gaius II, 28 et 29; pour l'usucapion Dig. 4I,3,4,28 (29).

Section II - Le droit classique.

Comme modes de constitution des servitudes nous rencontrons:

D'une part les modes de l'ancien droit,

Source : BIU Cujas

à savoir pour toute espèce de servitude: le legs per vindicationem, l'adjudicatio (aussi quand il s'agit d'un judicium imperi continens. Dans ce cas la servitude est constituée jure praetorio), l'in jure cessio, la mancipation (lorsqu'il s'agit de la constitution per deductionem); seulement pour les servitudes prédiales, la mancipation quand il s'agit d'une constitution per translationem.

D'autre part, certains nouveaux modes, dont le fonctionnement nous est attesté, par des textes de l'époque classique, mais dont l'existence ou le champ d'application à l'époque classique se trouve discutée aujourd'hui chez les interprètes du droit romain. Ce sont:

1° - La constitution des servitudes par les pactes et stipulations.

2° - La constitution des servitudes par la quasi-tradition et par la possession prolongée, qui serait une conséquence de la reconnaissance à l'époque classique de la théorie de la quasi-possession des servitudes, une des manifestations, en droit romain, de la notion moderne de la possession des droits.

§ I - Constitution des servitudes par les pactes et stipulations.

La matière a été entièrement renouvelée par d'importants travaux, pour la plupart italiens et allemands (1)

---

(1) Ce sont dans l'ordre chronologique: Perozzi, I modi pretorii d'acquisto delle servitu, Riv. it. per le sc. giur. 23 (1897), pp.3 et suiv.); Istituzioni, Ière éd. 1906, 2° éd. 1928, t.I, p. 770; Ferrini, Manuale di Pandette, 1900, pp.475, 493; Krueger, Die prätorische Servitut, 1911, pp.8 et suiv.; Kniep, gai institutionum commentarius, II, 1, 1912, pp.141 et suiv.; Rabel, zu den sogenannten praetorischen servituten, mélanges Girard, 1912, II, pp.389 et suiv.; Collinet, Etudes hist. sur le Droit de Justinien, I, 1912, pp.161 et suiv.; Peters, Compte-rendu de Krueger, dans la Revue de la Fondation Savigny, 33 (1912), p. 595; Berger, compte-rendu de Krueger, dans la Zeit. für Privat und öffentl. Recht (Revue de Grünhut) 40 (1914), pp.299 et suiv. A ajouter les manuels de Arangio Ruiz, 2° éd., p. 223; Bonfante, 8° éd., p. 330; Jörs, p. 102, Siber, p. 110.

Source : BIU Cujas

P L A N:

I° - Sphère d'application des pactes et stipulations.
2° - Formes.
3° - Effets.

1° - Sphère d'application. D'après une opinion qui fut longtemps communément admise, les pactes et stipulations qui auraient d'abord servi à constituer les servitudes (aussi bien personnelles que prédiales) sur les fonds provinciaux (Gaius II,3I) et par conséquent auraient comme institution du droit provincial été visées par l'édit provincial, se seraient dès l'époque classique appliquées à Rome et en Italie et auraient figuré à ce titre dans l'édit du préteur, jusqu'au jour où ce mode de création devint à l'époque de Justinien le mode général de constitution des servitudes par suite de la disparition de l'in jure cessio et de la mancipation.

Pendant toute l'époque classique ils furent restreints aux fonds provinciaux.

Mais aujourd'hui cette opinion est complètement abandonnée (voir les auteurs cités en note). Pendant toute l'époque classique les pactes et stipulations sont exclusivement restés une institution du droit provincial. Les extraits des jurisconsultes classiques insérés au Digeste qui parlent des pactes et stipulations comme étant d'application générale, sont ou bien interpolés (Dig. 8,3,33 § I; 7,I,25 § 7) ou se rapportaient peut-être originairement aux seuls fonds provinciaux (Dig. 7,I,27 § 4. Cf. le rescrit de 223 d'Alexandre Sévère, au Code de Just. 3,34,3). Justinien en fit un mode général de constitution et il faut voir là une conséquence de la disparition de la différence entre les fonds provinciaux et italiques.

2° - Formes. Gaius II, 3I, dit que la constitution des servitudes peut avoir lieu pactionibus et stipulationibus. On s'est demandé si à la fois une pactio et une stipulatio étaient exigées, ou au contraire si l'une des deux ne suffisait pas (et devant être pris dans le sens de aut) ? Cette dernière opinion qui a été soutenue par Perozzi dans son article: Les modes prétoriens d'acquisition des servitudes, paru en 1897, et par Krueger, a été abandonnée par Perozzi lui-même dans ses Istituzioni et ne trouve plus aujourd'hui de défenseur.

D'après M. Fliniaux elles constitueraient un acte écrit, renfermant la convention et ensuite l'affirmation qu'une stipulation est intervenue sur

Mais l'accord est loin d'exister entre les interprètes en ce qui concerne le rôle respectif du pacte et de la stipulation. Il n'y a pas lieu, croyons nous, de considérer la stipulatio comme une stipulatio poenae, une clause pénale, qui aurait servi à sanctionner le pacte, comme plusieurs auteurs le soutiennent en se fondant sur la paraphrase grecque de Théophile des

Source : BIU Cujas

l'ensemble de celle-ci.

Inst. de Justinien, II, 3,4. Nous inclinons plutôt à nous représenter les pactes et stipulations sous la forme d'un acte écrit exprimant la volonté (pactio) de créer la servitude et affirmant à la fin, comme cela nous est attesté par de nombreux actes de la pratique romano-egyptienne, qu'une stipulation (stipulatio) est intervenue sur l'ensemble de la convention.

Les pactes et stipulations créent-ils un droit réel de servitude?

3° - Effets.- La question qui se pose est de savoir si les pactes et stipulations font naître un véritable droit réel de servitude ou au contraire s'ils n'engendrent qu'un simple droit de créance, la promesse de constituer la servitude. Si les pactes et stipulations font naître un droit réel, le stipulant aura l'action qui sanctionne le droit réel, c'est-à-dire une action réelle. Si, au contraire, le stipulant n'a pu obtenir qu'une simple promesse, un droit de créance, on dira qu'il n'a pas droit à une action réelle, mais simplement à une action personnelle. C'est toujours la fameuse distinction du droit réel et du droit de créance. Ici encore, nous sommes sur les frontières du droit réel et du droit de créance.

Comment devons-nous résoudre la question ainsi posée ? La question est très discutée parmi les romanistes. Jusqu'à une époque peu éloignée de nous, tous les commentateurs du droit romain affirmaient avec force que, même à l'époque de Justinien, les servitudes n'ont pu être constituées par des pactes et stipulations faisant naître directement un droit réel.

Objection: les pactes et les stipulations ne créent pas de droit réel en général.

La raison de douter de l'effet réel, attaché aux pactes et stipulations vient de ce que notre question relative aux servitudes se rattache en définitive à la question générale du transfert du droit réel par le simple consentement. Or, aucune législation n'a mieux distingué les actes productifs d'obligations et les actes constitutifs de droits réels que la législation romaine. A Rome, le pacte n'est pas par lui-même un acte de transfert de la propriété. C'est ce qu'affirme, nous l'avons vu, la fameuse loi 20 de Pactis au Code de Justinien: traditionibus vel usucapionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferuntur. Et ce n'est pas une stipulation adjointe au pacte qui peut changer la nature de l'effet de celui-ci.

Réfutation de l'objection en ce qui concerne les servitudes.

A nous en tenir à l'époque classique où les pactes et stipulations ne sont pas encore sortis du droit provincial, l'objection ne nous semble pas devoir être retenue pour les deux raisons suivantes:

a) Gaius, II, 31, met sur le même pied d'une part la mancipation et l'in jure cessio, et de l'autre les pactes et stipulations, se contentant de les opposer les uns aux autres en ce qui concerne leur

Source : BIU Cujas

sphère d'application, les premiers étant employés à l'égard des fonds italiques, les seconds in provincialibus praediis. Or, la mancipation et l'in jure cessio ayant sans nul doute un effet réel, les pactes et stipulations devaient avoir un semblable effet.

b) D'autres droits réels sur la chose d'autrui que les servitudes, comme par exemple l'hypothèque, elle-même d'origine provinciale, pouvaient être constitués par une simple convention.

§ 2 - Constitution des servitudes par la quasi-tradition et par la possession prolongée (conséquence de la reconnaissance de la quasi-possession des servitudes).

Toute cette matière a été aussi entièrement renouvelée par d'importants travaux italiens et allemands qui, presque tous, sont ceux que nous avons signalés pour la constitution des servitudes par les pactes et stipulations (1).

Ces travaux ont eu pour résultat de répandre le doute sur le système jusqu'alors universellement enseigné et suivant lequel la reconnaissance de la quasi-possession des servitudes avec, comme corrollaire, la possibilité de les constituer par la quasi-tradition et par la possession prolongée, remonterait à l'époque classique. Les auteurs de ces travaux pensent en effet qu'il s'agissait là plus ou moins entièrement d'une création du droit de Justinien. Avant que d'exposer les deux thèses divergentes, relatives à la théorie de la quasi-possession des servitudes, il convient d'indiquer le point de départ, les précédents de la théorie, sur quoi tout le monde est d'accord.

---

(1) A ajouter Albertario, La protezione pretoria delle servitii romane (à propos de l'ouvrage de Krueger), Revue "Il Filangieri", 1912. Il quasi possesso dell' usufrutto nella dottrina romana, Rendiconti del. R. Ist. Lomb. di sc. e lett. Ser. II, Vol. 45 (1912), pp.465 et suiv.; L'origine postclassica del possesso dell' usufrutto (résumé de l'article précédent), Bull. dell' Ist. di dir. rom., 25 (1912), pp. 1 et suiv.

Source : BIU Cujas

Théorie de la quasi possession des servitudes.

§ I - Les précédents.

Il faut aller chercher les origines lointaines de la théorie de la quasi-possession des servitudes dans la création, de nature toute empirique, par le préteur, de certains interdits destinés à sanctionner aussi bien l'exercice de servitudes prédiales que celui de servitudes personnelles.

Les interdits spéciaux créés empiriquement par le préteur pour sanctionner l'exercice des servitudes prédiales.

a) En ce qui concerne les servitudes prédiales, il s'agit d'une série d'interdits spéciaux créés par le préteur à une époque assez reculée de l'histoire de Rome, pour protéger l'exercice de certaines servitudes prédiales rurales, celles qui étaient les plus anciennes. Tous ces interdits apparaissent comme pleinement développés à l'époque de Cicéron, ainsi qu'il résulte d'un passage du Pro Caecina, 13,39. Le principal était en matière de servitude de passage, vraisemblablement la plus ancienne servitude prédiale rurale, l'interdit de itinere actuque privato, appartenant à celui qui a exercé une servitude de passage, nec vi nec clam nec precario ab adversario, au moins à trente jours différents de la dernière année, et qui est empêché de continuer à l'exercer, Digeste 43,19.I. Pr. L'interdit de itinere actuque reficiendo est le complément du premier. Il a pour but de protéger non plus seulement la possession, mais le droit de réparer le chemin qui en permet l'exercice. Digeste, même titre 3.II et 13.

Des interdits semblables existaient aussi en matière d'aqueduc, par exemple l'interdit de aqua appartenant à celui qui a usé de l'aqueduc au moins une fois nec vi nec clam nec precario, mais à condition qu'il soit de bonne foi. Digeste 43.20.I. pr. Citons enfin l'interdit de rivis, pour réparer la conduite d'eau. Digeste 43.28.I. pr.

Ils ne peuvent être assimilés aux interdits possessoires.

Tous ces interdits, soumis, comme nous venons de le voir, à des conditions tout à fait particulières, ne peuvent être assimilés aux autres interdits relatifs à la possession des choses corporelles, c'est-à-dire les interdits uti possidetis, unde vi. Ils appartiennent à un groupe entièrement distinct de celui de ces derniers interdits, et s'ils paraissent aussi anciens qu'eux, ils sont nés sous le coup de besoins pratiques entièrement différents. Ils remontent, sinon

Source : BIU Cujas

tous, du moins vraisemblablement certains d'entre eux, notamment l'interdit de itinere actuque privato, à l'époque où les servitudes prédiales rurales étaient encore considérées comme des res corporales, c'est-à-dire susceptibles de possession. Plus tard, quand les servitudes devinrent des res incorporales, et par suite non susceptibles d'être possédées, le prêteur, sans se douter de ce qu'il y avait de contradictoire à protéger par des interdits, l'exercice d'un pareil droit, continua à en créer de nouveaux et toujours sous le coup et au fur et à mesure des nécessités pratiques.

C'est ainsi que nous voyons créer un nouvel interdit, destiné, celui-ci, à protéger une servitude prédiale urbaine, l'interdit de cloacis, donné à celui qui veut nettoyer ou réparer un égout, et dans lequel il n'a besoin de prouver que l'existence du canal, sans qu'on puisse lui opposer les vices de la possession. Digeste 43.23.de Cloacis.

b) En ce qui concerne les servitudes personnelles pour lesquelles l'exercice du droit de servitude se confond nécessairement avec la détention de la chose, elles furent protégées également par le préteur au moyen d'interdits, et ces interdits, ce sont les interdits mêmes qui sanctionnent la possessio corporis sur un fonds, l'interdit uti possidetis et l'interdit unde vi. Mais le préteur, sanctionnant les servitudes personnelles par ces interdits, ne les a pas donnés directement, mais seulement, ce qui montre la séparation des deux domaines de la possessio corporis et de la possession des servitudes, à titre utile.(Frag. du Vatican, 90, 9I). Or, ces interdits possessoires donnés à titre utile pour sanctionner les servitudes personnelles, si on va au fond des choses, apparaissent comme présentant les mêmes caractères que ceux que nous avons attribués aux interdits sanctionnant les servitudes prédiales. Comme eux, ce sont des interdits donnés sous le coup des mêmes besoins pratiques, des moyens empiriques. Fragments du Vatican, 9I. Ideo specialiter hoc interdictum eo casu desideratum est. Un interdit de ce genre fut demandé et créé spécialement pour le cas visé.

Création d'interdits possessoires utiles pour sanctionner l'exercice des servitudes personnelles.

§ 2 - Formation historique de la théorie.

Nous commencerons par exposer la thèse traditionnelle, celle qui se trouve encore admise par les manuels français.

A. La thèse traditionnelle.

Le jurisconsulte Javolenus, qui vivait

Source : BIU Cujas

Javolenus et la quasi-possession des servitudes.

à la fin du premier siècle et au commencement du IIe siècle après Jésus-Christ, est présenté comme le promoteur de la théorie. Dans un passage de son livre 5, Ex Posterioribus Labeonis, commentaire sur un ouvrage de Labéon, reproduit au Digeste 8.I., de Servitutibus, fragment 20, après avoir exposé l'opinion de Labéon, qui se prononçait pour la nullité de la tradition d'une servitude prédiale, en l'espèce d'une servitude de passage, il émet l'avis que l'usage de cette servitude doit être considéré comme la tradition de la possession: Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Mais je pense au contraire que l'usage de ce droit (à savoir de cette servitude de passage) doit être considéré comme tenant lieu de la tradition de la possession. Puis, après avoir émis cette opinion, Javolenus, en tire la conséquence suivante: Idcoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt, et c'est pourquoi les interdits en quelque sorte possessoires ont été établis.

Les interdits veluti possessoria auxquels Javolenus fait allusion sont, sans aucun doute, les interdits créés, nous l'avons vu, empiriquement, par le préteur pour sanctionner l'exercice de servitudes prédiales. Il semble vouloir dire que ces interdits sont une conséquence de l'idée nouvelle de quasi-possession. Mais c'est là certainement une erreur de sa part, comme on l'a fait depuis longtemps remarquer. L'existence de ces interdits doit être plutôt considérée comme le point de départ que l'aboutissement de la théorie de la quasi-possession des servitudes.

Résistances contre la théorie de Javolenus.

Quoi qu'il en soit, Javolenus, apparaît comme étant le promoteur de la théorie de la quasi-possession des servitudes. Il est le premier passé de la possessio corporis à la possession d'un droit, possessio juris. Son opinion rencontra de la résistance. Javolenus avait d'ailleurs conscience que son opinion était une opinion hardie, personnelle. Il dit: Ego puto. C'est pourquoi, l'on rencontre des jurisconsultes postérieurs à Javolenus qui admettent encore l'opinion de Labéon combattue par Javolenus, d'après laquelle il était impossible de constituer une servitude par tradition. C'est l'opinion de Gaius (II, 28); res incorporales traditionem recipere non possunt.

Cependant, c'est cette opinion encore isolée de Javolenus qui devait finir par l'emporter. Elle fut consacrée complètement par le grand jurisconsulte classique Ulpien. Digeste 8,3,I,2; Digeste

Source : BIU Cujas

Elle est admise à l'époque d'Ulpien.

6.2.11.1. Voici le progrès. Javolenus disait timidement: ego puto. Ulpien dit: Constat, il est constant; c'est un principe généralement admis. Nous voyons alors la pratique romaine mettre à jour les manuels de droit anciens, pour faire état de la nouvelle théorie dans une édition revue et refondue. C'est une édition de cette espèce qui nous est parvenue dans le manuscrit de Vérone des commentaires de Gaius. Alors que Gaius (II,28) disait: les choses incorporelles (donc les servitudes) ne peuvent faire l'objet d'une tradition, on voit, dans un autre passage du manuscrit, 4,139, à côté du mot: possessione les mots: aut quasi possessione. Il s'agit là d'un glossème, introduit plus tard pour mettre le livre de Gaius en harmonie avec la nouvelle idée. Voir Charles Appleton. Les interpolations de Gaius, Revue historique de Droit, 1929, page 207, avec les références aux travaux d'Albertario.

Les modes d'acquérir les servitudes fondés sur la quasi-possession.

La conséquence logique de la reconnaissance de la théorie de la quasi-possession fut l'apparition de deux nouveaux modes de constitution des servitudes, fondés sur l'idée même de quasi-possession:

1° - La quasi-tradition des servitudes.

2° - La longa possessio, acquisition des servitudes par la possession prolongée, équivalent de l'usucapion. Mais ce n'est plus la vieille usucapion des servitudes, qui avait été abrogée par la loi Scribonia, fondée sur la possessio corporis, mais un mode d'acquérir fondé sur la possessio juris.

I. La quasi-tradition des servitudes.

La quasi-tradition des servitudes.

Le texte précité de Javolenus donne, comme corollaire de sa théorie de la quasi-possession, la possibilité de constituer les servitudes prédiales par la tradition. Il ne s'agit pas ici d'une véritable tradition, mais d'une quasi-tradition, comme l'ont appelée les interprètes du droit romain. Javolenus dit lui-même: pro traditione.

A côté du texte de Javolenus, nous trouvons dans les textes précités d'Ulpien, qui consacrent la théorie de la quasi-possession, des renseignements précis sur l'acquisition des servitudes par la quasi-tradition et le procédé de la quasi-tradition y est présenté comme s'appliquant à toute espèce de servitudes.

Ses éléments:

Commençons par indiquer quels sont les éléments constitutifs de la quasi-tradition des servitudes; la quasi-tradition des servitudes implique un double élément:

L'usus.

1° - de la part du titulaire de la servitude, l'usus, c'est-à-dire l'usage, l'exercice que celui-ci fait du droit de servitude.

Source : BIU Cujas

La patientia.

2° - de la part du constituant, ce que les textes appellent la patientia, c'est-à-dire le fait de tolérer de la part du titulaire de la servitude l'exercice de son droit.

Voilà en quoi s'analyse la quasi-tradition des servitudes. Ses éléments constitutifs sont bien dégagés dans les deux textes d'Ulpien.

Son domaine d'application.

Quel est le domaine d'application de la quasi-tradition des servitudes ? Peut-on, par ce mode, constituer toute espèce de servitudes ? Il en est qui y échappent.

Servitudes per translationem.

1° - On ne peut constituer une servitude par quasi-tradition que per translationem. Il y a bien des textes du Digeste qui parlent d'une servitude constituée per deductionem, en retenant la servitude dans l'aliénation d'un fonds par tradition. Mais ces textes comme l'a démontré, dans sa Palingénésie, Serrel sont interpolés; la mention de la mancipation qu'ils renfermaient originairement a été remplacée par celle de la tradition (1).

Positives.

2° - Ce mode ne peut servir à constituer que des servitudes positives, par opposition aux servitudes purement négatives, par exemple la servitude de ne pas bâtir.

La sanction est prétorienne.

Quelle est la sanction de la quasi-tradition des servitudes ? C'est une sanction prétorienne. Ulpien, dans un des fragments précités, Dig.6, 2,11,1 nous parle d'une action Publicienne. En effet, la théorie de la quasi-tradition, une fois construite par les jurisconsultes, c'est le préteur qui lui a donné sa consécration effective en la sanctionnant. La constitution d'une servitude par quasi-tradition, dit l'autre fragment précité d'Ulpien, Dig. 8,3,I,2, inducet officium praetoris, met en activité l'officium du préteur. La quasi-tradition était donc considérée comme un mode prétorien de constitution des servitudes. Le préteur vient ici en collaboration avec la doctrine, il homologue les nouvelles théories construites par les jurisconsultes.

II. La longa possessio des servitudes.

Deuxième mode de constitution des servitudes découlant de la théorie de la quasi-possession; la longa possessio. L'acquisition des servitudes par la possession prolongée avait été écartée par la loi Scribonia, le jour où les servitudes avaient été considérées en droit comme des res incorporales (2)

La longa possessio.

---

(1) Ex. Gaius,7, ad Ed. provinc. Dig. 8,4,3 (Palingénésie, Gaius,n° 177); Ulpien, 28 ad Sabinum. Dig.8,4,6 (Palingénésie,Ulpien n° 2704.)

(2) Cf. Gaius, Dig. 41.I.43.I.Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.

Source : BIU Cujas

Mais maintenant qu'on reconnaît une possessio juris, idéale, des servitudes, on va être amené à consacrer à nouveau l'acquisition des servitudes par la possession prolongée.

Elle diffère de l'ancienne usucapion.

Mais il y a une différence profonde entre la théorie de l'acquisition des servitudes par la possession prolongée, issue de la théorie de la quasi-possession des servitudes, et l'ancienne usucapion des servitudes fondée sur une véritable possessio corporis.

La durée est appréciée par le juge.

1° - Pour ce qui est de la durée, l'usucapion des servitudes, avant la loi Scribonia, était d'un an. La durée de la nouvelle acquisition par la longa possessio est un temps indéterminé, laissé à l'appréciation du juge. C'est une question de fait que de savoir si la servitude était exercée depuis assez longtemps pour que l'acquisition dût s'ensuivre. Ce que le demandeur doit démontrer, c'est qu'il a possédé un nombre d'années suffisant, per annos tot, pendant tant d'années (Ulpien, Dig. 8,5,10pr.) ou pendant un temps immémorial, vetustas (Ulpien, Dig. 39, 3,1,23).

La possessio justa suffit.

2° - L'usucapion des Servitudes avant la loi Scribonia exigeait les conditions de juste titre et de bonne foi. Au contraire, le nouveau mode d'acquisition des servitudes par la longa possessio n'exige pas ces conditions. On se contente d'une possessio justa. Il faut que celui qui argue de cette acquisition par la possession prolongée démontre qu'il a une possession nec vi nec clam nec precario ab adversario (Ulpien, Dig. 39.3.I.23; Dig. 8,5,10, pr.)

Il n'y a donc pas la moindre confusion entre l'usucapion ancienne des servitudes, née quand les servitudes étaient des res corporales, et la nouvelle acquisition par la longo possessio, fondée sur la possessio juris.

Terminologie.

Aussi, voyons-nous les jurisconsultes ne pas donner à cette institution nouvelle le nom d'usucapio, mais au contraire des noms très vagues. Ils l'appellent tantôt longa possessio (Ulpien, Dig. 8.5.10,pr.), expression employée ordinairement dans les ouvrages modernes de droit romain, Ou bien diurnus usus (Ulpien, Dig.8,5,10 pr.), longa consuetudo (Ulpien Dig. 39.3.I.23), et encore vetustas (Ulpien Dig. 39.3.I.23).

B.- La thèse nouvelle (Mr. Fliniaux s'y rallie aujourd'hui).

Le problème doit être examiné séparément, suivant qu'il s'agit de la constitution par quasi traditio ou de la constitution par la possession prolongée.

Source : BIU Cujas

a) constitution par quasi traditio.- Ce mode de constitution n'appartient pas au droit classique. Il s'agit là d'une création entière du droit de Justinien, et les compilateurs, dans ce but, ont interpolé plus ou moins fortement les textes classiques:

En premier lieu, le fameux fragment de Javolenus, Dig. 8,1,20. Mais quelle est l'étendue de l'interpolation ? Certains auteurs, comme Albertario, Rendiconti, 1912, p. 466, et Perozzi, Istituzioni, 2° éd., p. 771, note 4, p. 780, note 1, pensent que toute la finale: Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. Mais comme l'a fait justement remarquer Rabel, p. 398, note 1, il est impossible que les compilateurs aient en même temps écrit ces deux membres de phrase qui ne se rattachent pas logiquement l'une à l'autre. Le seul membre qui soit de la main des compilateurs est la finale: ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt, cas à l'époque classique les interdits donnés en matière de servitudes prédiales rurales ne sont jamais appelés quasi-possessoires.

Reste alors à expliquer dans le texte pur de Javolenus la finale ego puto usum juris, sans la présenter comme la conséquence nécessaire de l'idée d'une possessio juris. Rabel, p. 397, dans une fine exégèse du fragment, montre qu'il s'agit seulement dans le texte de l'application de l'Actio empti en ce qui touche le droit de l'acquéreur d'une servitude à l'usage de la servitude.

Quant aux textes d'Ulpien relatifs à l'usus et à la patientia, en tant qu'il s'agit des éléments constitutifs de la quasi traditio, Rabel, p. 395, à la suite de Perozzi, n'a pas grand peine à montrer qu'ils sont presque en entier l'oeuvre des compilateurs.

Mais s'il apparaît aujourd'hui que l'époque classique n'a pas connu une quasi traditio du droit de servitude lui-même, fondée sur l'idée d'une possessio juris, il est possible d'admettre que les jurisconsultes classiques avaient été amenés par la force même des choses à reconnaître la possibilité d'une tradition fondée sur une possessio corporis dans le cas où l'exercice du droit de servitude se confond nécessairement avec la détention de la chose, par exemple dans le cas de l'usufruit. Pratiquement, la question se posa pour l'exécution d'un fideicommis d'usufruit. L'exécution du fideicommis sera dite avoir lieu par la remise de la chose objet de l'usufruit:

Source : BIU Cujas

Gaius, livre I, fideicommissorum, Dig. 33,2,29: Si quis usum fructum legatum sibi alii restituere rogatus sit eumque in fundum induxerit fruendi causa.

Tout naturellement, de même que, nous l'avons vu, le préteur donnait dans de tels cas les interdits possessoires à titre utile, les jurisconsultes préconisent comme sanction une action utile: Dig. 7,4,29,2, utilem actionem eum habiturum (1)

b) Constitution par la possession prolongée.- Il apparaît aujourd'hui certain que l'exercice prolongé de la servitude n'entraînait pas à l'époque classique la prescription acquisitive du droit de servitude fondée sur la possessio juris. Mais il paraît par contre bien difficile de ne pas tenir compte pour l'époque classique des textes assez nombreux qui parlent de longa possessio, longa concretudo, diuturnus usus, vetustas. Mais les auteurs ne sont pas d'accord sur l'effet qu'il convient d'assigner à l'exercice prolongé de la servitude à l'époque classique. Pour les uns (Perozzi, Istituzioni, 2° édition, p. 772), loin de créer le droit de servitude, un tel exercice aurait simplement constitué la preuve que la servitude a été jadis valablement créée par un des modes légaux, mancipation, in jure cessio (2). Pour d'autres (Bonfante, Istituzioni, 8° éd., p. 331), sans aller jusqu'à la création du droit lui-même, il aurait constitué au moins une présomption de l'existence du droit, présomption que le préteur aurait fait respecter par un moyen de droit spécial appelé dans les sources action utile.

Section III - Le droit de Justinien.

A l'époque de Justinien, on ne trouve plus comme modes de constitution des servitudes ni la mancipation, ni l'in jure cessio (Ces modes n'existent plus non plus, nous l'avons vu, pour le transfert de la propriété).

En dehors du legs per vindicationem qui existe pour les servitudes constituées à cause de mort et de l'adjudicatio (avec ceci de nouveau que sous Justinien l'adjudicatio fait naître toujours une servitude du droit civil puisqu'il n'y a plus la distinction entre les judicia legitima et les ju-

Modes spéciaux sous Justinien.

---

(1) Tous les textes relatifs à l'usufruit portent la marque des compilateurs qui y ont introduit la terminologie nouvelle de possessio usus fructus, quasi possessio ususfructus. Cf. Rabel, p. 404.
(2) Argument tiré de tametsi jus non probaretur de Scaevola, Dig. 39.3.26.

Source : BIU Cujas

dicia imperio continentia). Voici quels étaient à l'époque de Justinien les modes de Constitution des servitudes.

Les pactes et les stipulations. La quasi - tradition.

I° - Le mode général qui a remplacé l'in jure cessio, ce sont les pactes et stipulations avec l'effet réel que nous leur avons reconnu. Institutes de Justinien, 2, 3.4.2.4.I.

2° - Les modes dérivant de la quasi-possession des servitudes, à savoir;

a) la quasi traditio, impliquant à la fois l'usus et la patientia, et ne servant à constituer des servitudes que per translationem.

La possession prolongée. (longi temporis praescriptio.)

b) la possession prolongée, qui se présente dans la forme de la praescriptio longi temporis avec le délai de I0 à 20 ans (Const. de Just. de 53I, Code, 7.33.I2.4. .. Il s'agit là d'un véritable mode de constitution fondé sur la possessio juris: Eodem observando et si res non soli sint, sad incorporales, quae in jure consistunt, usufructus et ceterae servitutes.

3° - La tradition, nous ne disons plus la quasi-tradition, pour constituer une servitude per deductionem, quand eut disparu à l'époque de Justinien la mancipation et l'in jure cessio. Il s'agit ici de la tradition translative de propriété et non pas de la quasi -tradition des servitudes; cf. la retentio usufructus des Papyrus de Ravenne).

Droit français.

Certains modes de constitution des servitudes qu'a connus le droit Romain sont visés par l'article 690 du code civil qui parle; I° - de constitution par titre. Cette expression comprend les contrats et les testaments. Donc, comme en droit romain, les servitudes peuvent être constituées par une convention et par un legs.

2° - de constitution par la possession de trente ans, seulement pour les servitudes continues et apparentes).

Quant à la constitution par destination du père de famille (art. 692 et s.), on la voit apparaître timidement dans le droit de Justinien. Certains textes interpolés, entre autres Dig. 33,2, frag. I5 § I, (voir leur énumération dans Bonfante, Istituzioni, 8° édition, p. 333, note I), nous montrent que lorsque deux fonds voisins appartenant à un même propriétaire sont légués respectivement par celui-ci à deux personnes différentes, l'état de dépendance qui pouvait exister entre les deux fonds du vivant du testateur se trouve maintenu après sa mort. Cons. Ric-

Source : BIU Cujas

cobono. La destinazione del padre di famiglia, Rev. Ital. per le scienze giur.21 (1896), pp.380 et suiv.

Chapître III.

EXTINCTION DES SERVITUDES.

Les servitudes peuvent s'éteindre de quatre manières:

1° - Par l'absence d'une des conditions essentielles à leur constitution.

2° - Par la renonciation du bénéficiaire de la servitude.

3° -Par l'arrivée d'un terme ou d'une condition extinctifs.

4° - Par le défaut d'exercice.

Section I.

Extinction par défaut d'une des conditions de constitution.

La servitude s'éteint: 1° - pour les servitudes personnelles, par la disparition du fonds ou de la personne qui en profite ; pour les servitudes prédiales: par la destruction du fond dominant.

Disparition du fonds.

2° - La servitude personnelle s'éteint par la mort naturelle et la capitis deminutio. Depuis Justinien, n'entraînent la disparition des servitudes que la capitis deminutio maxima ou media, mais non minima.

mort ou capitis deminutio.

3° - Disparition de la chose sur laquelle porte la servitude: démolition matérielle, ou juridique: la chose devient une res sacra, et devient ainsi extra patrimonium.

Disparition de la chose.

4° - Réunion sur la même tête des qualités de titulaire de la servitude et de grevé de la servitude. C'est ce qu'on appelle la confusion.

Confusion.

Section II.

Renonciation du bénéficiaire de la servitude.

Procédés de renonciation.

Ces moyens ont varié suivant les époques de l'histoire du droit romain.

Source : BIU Cujas

tion du bénéficiaire.

I° - Dans l'ancien droit, on emploie l'in jure cessio, donc un simulacre de procès. L'action dont on simule l'exercice est l'action négatoire.

2° - Sous la procédure formulaire, nous rencontrons l'in jure cessio et la simple convention. Celle-ci suffit pour éteindre la servitude. La sanction sera une exception de dol qui paralysera l'exercice de l'action confessoire.

3° - A l'époque de Justinien, il n'y a plus d'in jure cessio, il n'y a plus que la simple convention.

Section III.

Arrivée du terme et de la condition extinctifs.

Il faut avec soin distinguer les 2 cas suivants:

Ier cas: Une personne a acquis la propriété d'un fonds sous un terme extinctif ou sous une condition résolutoire. Elle a ensuite constitué une servitude sur ce fonds. A l'époque de Justinien, où la propriété peut-être acquise ad tempus, avec la propriété du fonds lui-même, disparaîtra la servitude qui a été constituée sur lui.

2° cas: Une personne a constitué une servitude pour IO ans, terme extinctif, ou jusqu'à l'arrivée de tel évènement, condition résolutoire. S'il s'agit d'une servitude personnelle, une telle constitution est parfaitement valable d'après le droit civil. Elle ne l'était pas au contraire s'il s'agissait d'une servitude prédiale. Un texte de Papinien, Dig. 8.I.4. pr., nous apprend que le prêteur donnait pour faire respecter une telle modalité l'exceptio pacti ou l'exceptio doli. Bonfante, Corso, VI, p. I2I, note 4, croit, à tort selon nous, ce texte interpolé.

Section IV.

Défaut d'exercice de la servitude.

C'est une matière importante, qui va nous mener jusqu'au code civil. A la différence de la propriété, qui ne s'éteint pas par l'inaction du propriétaire, les servitudes peuvent s'éteindre par défaut d'exercice, mais à ce point de vue, il faut établir une distinction fondamentale entre les différentes espèces de servitudes. Il convient de mettre

Source : BIU Cujas

Distinction à faire entre les servitudes.

dans un premier groupe, les servitudes prédiales rurales et les servitudes personnelles et dans un deuxième groupe, les servitudes prédiales urbaines. En effet les conditions d'exercice ne sont pas les mêmes en ce qui concerne l'extinction par défaut d'exercice.

Le non-usage éteint les servitudes personnelles ou prédiales rurales.

Le simple non-usage, non usus, disent les textes, suffit à éteindre les servitudes du premier groupe, les servitudes prédiales rurales et les servitudes personnelles. Cela veut dire que le propriétaire du fonds servant, ou le grevé de la servitude personnelle n'avait rien à faire pour reconquérir la liberté de son fonds. La négligence du propriétaire du fonds dominant dans la servitude rurale, la négligence du bénéficiaire de la servitude personnelle, prolongée pendant le délai de la prescription, un ou deux ans, mettait à néant la servitude, qui périssait ainsi, faute d'être exercée.

Pour les servitudes urbaines l'usucapio libertatis est exigée.

Au contraire, pour les servitudes prédiales urbaines, le nom-usage ne suffit pas à les éteindre. On exigeait pour elles qu'il y eût ce que les textes appellent l'usucapio libertatis, c'est-à-dire que le propriétaire du fonds servant, se révoltant en quelque sorte contre la servitude, fît un acte destiné à en empêcher désormais l'exercice, et la libération n'était acquise qu'autant que le nouvel état de chose à partir de cet acte s'était maintenu jusqu'au moment où expirait le délai de l'usucapion.

Il y avait donc deux façons différentes de concevoir l'extinction des servitudes par défaut d'exercice. Les textes nous renseignent avec précision. Paul, Sentences I. 17.I., donne la règle de l'extinction par non-usage à l'occasion du droit de passage et du droit d'aqueduc. Il applique la même règle, § 2, à la servitude de puisage. Ce sont là des servitudes prédiales rurales. Donc le non-usage éteint ces servitudes. Puis nous avons un texte fondamental qui met en opposition, pour le défaut d'exercice, les servitudes prédiales rurales et les servitudes prédiales urbaines. Etant donné son importance, en voici la traduction. Digeste 8.2.6." Tous les droits dont nous avons déjà parlé (il s'agit des servitudes prédiales urbaines), de même que les servitudes rurales, se perdent par le défaut d'exercice dans le temps prescrit, avec cette différence cependant que le seul non-usage ne suffit pas pour faire perdre les servitudes urbaines, mais qu'il faut par ailleurs que le voisin prescrive la liberté de son fonds (Usucapio libertatis). Par exemple, si ma maison a un droit de servitude sur la vôtre, en vertu duquel vous ne devez pas exhausser votre bâtiment ou ne pas nuire au jour de ma maison,

Source : BIU Cujas

et que, pendant le temps prescrit, j'ai bouché la fenêtre, je ne perds mon droit qu'autant que pendant le même temps vous aurez eu votre bâtiment exhaussé".

Cette différence est impossible à justifier.

Comment justifier cette différence de traitement ainsi établie entre les servitudes prédiales urbaines et les servitudes prédiales rurales, par les jurisconsultes romains? Il faut reconnaître que la difficulté est inextricable avec le critérium, le seul qui ait été véritablement admis par les Romains, suivant lequel une servitude est rurale ou urbaine d'après la nature du fonds dominant. Une servitude de passage peut, suivant les circonstances, être urbaine ou rurale. Comment admettre pour une même servitude une différence de traitement quant au défaut d'exercice? Mais même en supposant que les Romains n'aient eu en vue que les servitudes urbaines et rurales envisagées à titre abstrait, la difficulté subsiste, car la tentative faite par les romanistes de trouver une justification rationnelle de la différence de ces deux sortes de servitudes, en disant que les servitudes rurales correspondent en réalité aux servitudes présentant le caractère d'être discontinues tandis que les servitudes prédiales urbaines seraient continues, se heurte au texte des Sentences de Paul I, I7,I.,qui déclare expressément que la servitude d'aqueduc s'éteint par le simple non-usage.

Or la servitude d'aqueduc est une servitude continue. La conduite une fois installée, l'eau s'écoulera d'elle-même.

Conclusion: Il est impossible de trouver une justification à cette différence de traite - ment , si on la rattache,comme le faisaient les Romains, à la distinction des servitudes en rurales et urbaines. Aussi comprend-on que le droit moderne,en particulier le Code civil français, tout en maintenant cette différence de traitement, l'ait rattachée non à la distinction des servitudes rurales et des servitudes urbaines, mais à la distinction des servitudes continues et discontinues.

Le Code Civil distingue entre les servitudes continues et discontinues.

Le Code civil pose la distinction de ces servitudes dans l'article 688 et les articles 706 et 707 appliquent la distinction pour l'extinction par défaut d'exercice.

Art. 706. La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans.

Art. 707. Les trente ans commencent à courir selon les diverses espèces de servitudes ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude lorsqu'il s'agit de

Source : BIU Cujas

servitudes continues.

Chapitre IV.

SANCTIONS DES SERVITUDES.

En plus des interdits les servitudes ont pour sanction une action réelle.

Si, d'une part, nous laissons de côté les servitudes constituées par pactes et stipulations sur les fonds provinciaux qui devaient être sanctionnées par l'édit provincial, si, d'autre part, nous laissons de côté la sanction générale consistant dans les interdits, étudiés en détail à propos de la théorie de la quasi-possession des servitudes, nous trouvons les servitudes sanctionnées au moyen d'une action réelle. Cette action réelle, d'après les textes de l'époque classique, nous apparaît tantôt comme une action du droit civil, tantôt comme une action du droit prétorien.

1 - Sanction civile des servitudes.

L'action confessoire.

La sanction civile est constituée par l'action dite confessoire (I), qui, comme l'action en revendication, s'intente, sous les actions de la loi, par le sacramentum in rem; à l'époque formulaire, ordinairement par la formule pétitoire. Il y a entre la revendication et l'action confessoire des différences qu'il importe de mettre en lumière. L'action en revendication était refusée au possesseur; au contraire, l'action confessoire appartient aussi bien au titulaire de la servitude qui l'exerce, qu'à celui qui ne l'exerce pas. Elle est donnée contre quiconque trouble en fait l'exercice de la servitude.

Différence avec la revendication.

2 - Sanction prétorienne des servitudes.

Pour ceux qui admettent qu'à l'époque classique les servitudes pouvaient être constituées par quasi- tradition, la sanction de telles servitudes aurait été une action prétorienne qu'un texte du Digeste, qui a donné beaucoup de fil à retordre aux

---

(I) Aujourd'hui on s'accorde à reconnaître que le nom de confessoria donné par les textes classiques à l'action civile sanctionnant le droit de servitude est une création de Justinien. Voir l'article de Segré dans les Mélanges Girard, Tome 2, 1913, pp. 511 et suiv.

"Les Cours de Droit" 3, Place de la Sorbonne
RÉPÉTITIONS ÉCRITES ET ORALES
Q
Source : BIU Cujas

Servitudes constituées par quasi-tradition.

La Publicienne.

commentateurs, Ulpien 6,2,II,I, déclare une Publiciana actio. Comment faut-il se représenter cette action ? De nombreux systèmes ont été imaginés: action fictice, avec la fiction que la loi Scribonia n'aurait pas été rendue ? Action in factum ? Il est difficile de se prononcer. En tous cas, il s'agit certainement d'une action prétorienne.

Mais pour ceux qui estiment - et ce sont aujourd'hui la majorité - que la constitution des servitudes par quasi-tradition est une création du droit de Justinien, la mention de cette actio Publiciana au Digeste constitue une interpolation. C'est ce qu'a fini par admettre Lenel dans la 3ème édition de son Edictum perpetuum, p. 172.

2° - Reste comme sanction prétorienne des servitudes à l'époque classique l'action utile donnée par Dig. 7,4,29,2, dans le cas où il s'agit d'une servitude personnelle (usufruit) constituée par la tradition de la chose elle-même qui constitue l'objet de la servitude, et aussi l'action utile qui aurait sanctionné l'exercice prolongé d'une servitude (Dig. 8,5,10,pr.). L'action directe à laquelle se rattache cette action utile nous paraît ne pouvoir être que l'action confessoire elle-même, et s'il s'agit d'une servitude d'aqueduc comme dans le cas de Dig. 8,5,10, pr., l'action civile d'aqueduc, variété de l'action confessoire. En ce sens Lenel, Edictum perpetuum, 3° édition, p. 374.

Il faut ajouter que la servitude constituée par adjudicatio dans un judicium imperio continens comporte nécessairement une sanction prétorienne.

LES JURA IN RE ALIENA AUTRES QUE LES SERVITUDES.

Les jura in re aliena autres que les servitudes sont: la superficie; la locatio conductio agri vectigalis; l'emphythéose; l'hypothèque. Conformément à l'usage, nous étudierons l'hypothèque dans le Cours de 2ème année, où elle trouve en effet naturellement sa place parmi les sûretés réelles servant de garantie aux obligations.

Source : BIU Cujas

§ I - La superficie.

La superficie tire son origine, comme l'a montré Degenkolb, Platzrecht und Miethe, 1867, de l'habitude qu'avait l'Etat qui devenait propriétaire de constructions élevées par les particuliers sur le sol public, conformément à la règle générale que nous avons déjà rencontrée, superficies solo cedit, de laisser à titre de louage de telles constructions à ceux qui les avaient édifiées aussi longtemps qu'ils lui paieraient une redevance (solarium, Dig. 43,8,2,17). Souvent une telle convention précédait la construction, laquelle était alors faite sur le sol public du consentement de l'Etat. C'est ainsi que nous voyons les magistrats concéder à des particuliers la faculté de construire sur le forum ou sur des voies publiques des boutiques (tabernae), par ex. destinées à des banquiers (tabernae argentariae. Dig. 18.I.32). Plus tard de tels usages furent pratiqués entre particuliers, usages ayant toujours à la base une convention de louage (lex locationis sive conductionis. D.43,18, 1 pr.) pour un temps très long et moyennant le paiement d'une redevance (pensio, Dig. 6,I,74).

La situation du superficiaire fut protégée par le préteur qui lui accorda un interdit calqué sur l'interdit uti possidetis, l'interdit de superficie, pour lui permettre de défendre de son chef l'exercice de son droit contre ceux qui le troubleraient. (Dig. 43,18,1,pr.). Mais il ne peut s'agit ici d'un véritable interdit possessoire, fondé sur la possessio corporis (1). Comparer avec les interdits possessoires donnés à titre utile à l'usufruitier et autre titulaire de servitude personnelle.

La question qui se pose est celle de savoir si on n'alla pas plus loin à l'époque classique, si à côté de l'interdit de superficie et des actions personnelles de louage, contre le propriétaire du sol, et de vente contre celui à qui on a acheté la superficie, le superficiaire ne fut pas armé d'une action

---

(1) L'existence de cet interdit indépendant a même été contestée par Baviera en 1902. Leggitimazione passiva nell'actio aquae pluviae arcendae, pp.32 et suiv. (Sor. giur. I. p. 177) et par Beseler dans ses Beitraege. Voir la réfutation de cette thèse par Albertario, Compte-rendu de Beseler dans Riv. ital. per sc. giur. 1911, pp.80 et suiv; Il possesso del superficiario, Pavie 1912 (compte rendu par Mitteis, Rev. de Savigny 33,1912, p. 638.

Source : BIU Cujas

réelle qui aurait été erga omnes la sanction du véritable droit réel que lui reconnaissent des textes de l'époque classique (droit de disposer à titre de vente. Dig. 6,2,12,3; à titre de donation ou de legs, D.43,18, 1,7, de grever la chose de servitude personnelle. D.h.t. 1,6, etc,..). Le texte de l'édit du préteur, tel qu'il nous a été rapporté au Dig. h.t. 1. pr.,après la clause relative à l'interdit, s'exprime en effet ainsi: Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo, Si quelque autre action est demandée au sujet de la superficie, je la donnerai après connaissance de l'affaire (1). Contre la classicité de l'actio in rem se sont prononcés Albertario dans sa monographie, Il possesso del superficiario, Pavie, 1912; Arangio Ruiz, Istituzioni, 2° éd. p. 237. En faveur de la classicité, après Riccobono, Dal diritto romano classico al diritto moderno, Annales du séminaire juridique de l'Université de Palerme, III-IV, 1917, p. 510, Lenel qui, dans sa 3ème édition, pp.476 et suiv.,examine le problème dans son ensemble. Se montrent hésitants: Jörs, Römisches Recht, p. 105, Bonfante, Istituzioni, 8° éd. p. 340. En tout cas tout le monde s'accorde aujourd'hui à reconnaître interpolés les textes du Digeste accordant des actions utiles confessoria, communi dividundo, hypothecaria (Lenel, Ed. perp. 3° éd. p. 478)

§ 2 - La locatio conductio agri vectigalis (2)

Parmi les terres italiques, propriété de l'Etat, l'on rencontrait, à côté de celles qui, nous l'avons vu, avaient été assignées ou vendues à des particuliers, ou enfin concédées à des particuliers qui en avaient la libre disposition (agri occupatorii) . Voir plus haut: L'occupation, des terres qui avaient été données en location par l'Etat à des particuliers pour une durée supérieure à 5 ans (durée normale des baux publics) moyennant le paiement d'une redevance appelée vectigal. D'où le nom d'agri vectigales donné à ces terres. Furent soumises à un semblable régime les terres appartenant à des cités (Hyginus, l'un des agrimensores dont les écrits nous sont parvenus. De condicione agrorum, Ed. Lachmann,p. 116, pour les ter-

Locations à long terme et même perpétuelles consenties à des particuliers sur des

(1) L'action visée par l'Edit est appelée actio utilis au Dig. 43,18,1,4.

(2) A consulter principalement (et aussi pour l'emphytéose) le travail de Mitteis, zur Geschichte der Erbpacht in Alterthum 1901, Abhand. der philolog. hist. Classe der König. Sächsischen gesellschaft der Wissenschaften, vol. 20; cahier n° 4)

Source : BIU Cujas

terres appartenant à l'Etat ou à des cités.

res appartenant à l'Etat ou à des cités; Gaius 3,145 et Paul Dig. 6,3,1 pour les terres des cités). La durée du bail est donnée par Hyginus comme étant de 100 ans ou plus (in annos centenos pluresve) et par Gaius et Paul comme étant perpétuelle (in perpetuum). Les terres étaient louées, nous dit Gaius, 3,145, avec cette clause que, aussi longtemps que le vectigal serait payé, elles ne pourraient être enlevées ni au preneur ni à son héritier, ea lege locantur, ut quamdiu vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi ejus praedium auferatur (Cf. Paul, Dig. 6,3,1 pr.)

Droits du fermier de l'ager vectigalis (jus in agro vectigali).

A cause de la longue durée de leur bail, les fermiers de l'ager vectigalis se virent reconnaître une situation supérieure à celle du fermier ordinaire (jus in agro vectigali). Ils acquièrent les fruits par la séparation (Dig. 22,1,25,1). Ils sont considérés comme de véritables possesseurs (possessio corporis) ayant droit, comme tels, à la protection des interdits possessoires (Dig. 2,8,15,1) (1). Et l'Edit contenait à leur profit une action réelle tendant aux mêmes fins que la revendication (Dig. 6,3,1,1) et appelée actio vectigalis au Dig. 39,2,15,26.

Le jus perpetuum du Bas-Empire.

Au Bas-Empire, au IV° siècle, le jus in agro vectigali prit le nom de jus perpetuum. Cela fut la conséquence de l'étatisation par les empereurs des biens des cités et des temples. Ces biens furent incorporés à la res privata, c'est-à-dire aux biens de la couronne, et furent donnés à bail perpétuel (jus perpetuum) à des particuliers, appelés perpetuarii. Le même régime fut appliqué aux autres fundi rei privatae.

Le jus perpetuum apparaît avec les caractères suivants:

1° - le perpetuarius est dominus fundi. En ce sens Mitteis, op. cit. p. 44, qui invoque une const. de Constance et Constant de 341 (C. Th. 5,14,1 = C. Just. 11,66,1- Contrà Beaudouin. Les grands domaines dans l'empire romain, 1899, p. 252.

2° - il a le droit d'affranchir les esclaves du fonds. En ce sens Mitteis, p. 45; Contrà Beaudouin, p. 252, n. 3.

L'institution de la locatio conductio agri vectigalis et celle du jus perpetuum, ont été fusionnées à l'époque de Justinien avec l'emphytéose. Titre du Digeste 6,3. Si ager vectigalis, id est emphyteuticarius, petatur ; Code de Justinien I,33,2; perpetua-

(1) Albertario, Il possesso dell'ager vectigalis, Revue Il Filangieri, 1912, Compte-Rendu par Mitteis dans Revue de Savigny, 33 (1912), p. 639.

Source : BIU Cujas

rii, hoc est emphyteuticarii, juris, confronté avec Code Théodosien, 1, 11, 1.

§ 3 - L'emphytéose.

L'amodiation des grands domaines de l'Afrique du Nord au Haut-Empire.

A l'imitation et sous l'influence de pratiques, selon les uns, du droit grec (Beaudouin, ouvrage cité, pp.269 et suiv.), selon d'autres, du droit égyptien (Rostowzew, Studien zur Geschichte des römischen Kolonates, 1910 (Erstes Beiheft zum Archiv. für Papyrusforschung), passim; Mispoulet, Compte rendu de l'ouvrage de Rostowzew dans le journal des savants, 1911), et selon d'autres, du droit carthaginois (Hazze, Etude sur les locations à long terme et perpétuelles dans le monde romain, Thèse Paris 1926, pp.95 et suiv.) nous voyons fonctionner au Haut-Empire dans les grands domaines (saltus) de l'Afrique du Nord une espèce d'amodiation des terres qui ressemble à l'institution juridique qui, sous le nom d'emphytéose, se trouve pour la première fois consacrée de façon générale pour tout l'Empire dans une const. de Constantin de 315 (Code Just. 11, 62,1). Ce régime applicable aux grands domaines de l'Afrique du Nord nous est connu par 3 inscriptions découvertes à la fin du XIX° siècle en Tunisie: 1° - l'inscription découverte en 1892 à Aïn Ouassel; 2° - l'inscription découverte en 1896 à Henchir Mettich; 3° - l'inscription découverte en 1906 à Aïn-el-Djemala par Mr. Jérôme Carcopino. Dans l'ordre chronologique ces inscriptions se présentent ainsi: 1° - l'inscription d'Henchir Mettich, qui est du temps de Trajan (année 116-117). Girard, Textes, p. 875; 2° - l'inscription d'Aïn-el-Djemala, qui est du temps d'Hadrien (117-138), Girard, Textes, p. 879; 3° - l'inscription d'Aïn Ouassel qui est du temps de Septime Sévère, Caracalla et Géta (189-212), Girard, textes, p. 881.

Les inscriptions découvertes en Tunisie.

Régime de l'amodiation tel qu'il résulte de ces inscriptions.

Dans ces inscriptions, il est parlé d'une lex Manciana et d'une lex Hadriana, lois qui ont eu pour objet d'organiser la mise en culture des domaines impériaux. Ces leges s'y trouvent invoquées en vue de régler les rapports entre les fermiers principaux d'un domaine (conductores) et les sous-fermiers ou colons. Ceux-ci sont autorisés à occuper les parcelles incultes du domaine, en particulier les subcesiva, terres situées à la périphérie du domaine (Ins. d'Henchir Mettich Ière face, ligne 5), à condition de les mettre en valeur en les défrichant et en y plantant des figuiers, des vignes, des oliviers. Aucune redevance n'est exigée d'eux pendant le temps nécéssaire pour mettre les terres au point; après quoi ils doivent une

Source : BIU Cujas

redevance en nature. C'est ainsi qu'en ce qui concerne les oliviers l'Ins. d'Henchir Mettich, 3ème face, lignes 2 à 10, déclare que celui qui les aura plantés et cultivés ne paiera rien pendant 10 ans pour ces oliviers, et pourra disposer à son gré de tous les produits. Passé ce délai, il devra fournir une redevance égale au tiers du revenu des oliviers.

Le droit reconnu ainsi aux colons est dans l'inscription d'Henchir Mettich, Ière face, ligne 9, qualifiée d'usus proprius, et dans celle d'Aïn Ouarsel, 2° face, ligne 10, de jus possidendi ac fruendi hereditique suo relinquendi. Il s'agit donc d'une tenure héréditaire (en allemand Erbpacht) (1). Toutefois, si le colon reste deux ans sans cultiver la terre, celle-ci peut lui être reprise (Insc. d'Henchir Mettich, 4° face, ligne 15)

L'emphytéose du Bas-Empire.

Au Bas-Empire, au IV° siècle, nous voyons apparaître le contrat d'emphytéose proprement dit (du grec ἐμφύτευσις, plantation). Il s'applique aux terres incultes faisant partie des fundi patrimoniales, c'est-à-dire des biens personnels des Empereurs, par opposition à la res prevata, moyennant le paiement d'une faible redevance appelée canon.

Terres auxquelles elle s'applique.

Ses différences avec le jus perpetuum.

Comme l'a nettement montré Mitteis, op. cit p. 43, l'emphytéose, qui ressemble au jus perpetuum (que l'on rencontre, nous l'avons vu, à la même époque) en ce qu'il est, comme lui, un droit réel, diffère de lui aux points de vue suivants:

1° - En ce qui touche leur fonction économique, le jus perpetuum porte sur des terres déjà mises en culture, l'emphytéose, sur des terres incultes que le preneur est obligé d'améliorer.

2° - Le jus perpetuum était perpétuel, l'emphytéose n'avait qu'une durée limitée.

3° - Tandis que le perpetuarius est dominus fundi, l'emphytéote ne l'est pas, C. Just. 11,63,2 (année 367).

4° - L'emphytéote, à la différence du perpetuarius, n'a pas le droit d'affranchir les esclaves du fonds. Const. précitée du Code Just.

Son application entre particuliers.

Réservée d'abord de façon exclusive aux domaines impériaux, l'emphytéose finit par entrer dans le Droit privé et à être appliquée entre particuliers. C'est ce qui ressort d'une const. de l'empereur Zénon (entre 476 et 484) rapportée au Code Just. 4,66,1.

---

(1) Il importe de noter que le droit du colon n'est pas fondé, comme l'emphytéose du Bas-Empire, sur un contrat, mais simplement sur une occupation. En ce sens Cuq, Le Colonat partiaire dans l'Afrique Romaine, p. 43; Mitteis, ouvrage cité, p. 32.

Source : BIU Cujas

Zénon jugea à propos de préciser la nature juridique du contrat d'emphytéose. On s'était demandé en effet s'il fallait y voir un louage ou une vente. Zénon trancha la controverse en décidant que l'emphytéose devait être considérée comme un contrat d'une nature spéciale, ayant, comme dit la Const. sa conceptio et definitio propria.

Sa sanction.

Quelle était la sanction de l'emphytéose aussi bien du droit privé que du droit public ? Comme nous le verrons, Justinien, en fusionnant l'emphytéose avec le jus perpetuum, celui-ci dérivant du jus in agro vectigali, sanctionna du même coup l'emphytéose par l'action in rem qui sanctionnait auparavant le jus in agro vectigali (Digeste, 6, 3,1). Mais la question se pose de savoir comment, avant cette réforme de Justinien, l'emphytéose se trouvait sanctionnée dans le droit du Bas-Empire. Il n'y a pas de texte sur la question, et l'on en est réduit aux conjectures. Les uns pensent que l'emphytéote avait déjà une actio in rem semblable à celle sanctionnant le jus perpetuum (Wiart. Le régime des terres du fisc au Bas Empire, Thèse Paris 1894, p. 88); d'autres, comme [illegible], thèse précitée, pp.138 et suiv.,p. 144, se prononcent en faveur d'une sanction purement administrative se présentant sous la forme d'une contrainte émanant des fonctionnaires du fisc.

L'emphytéose dans le droit de Justinien: Sa fusion avec le jus in agro vectigali et le jus perpetuum.

Justinien fusionna sous le nom de jus emphyteuticum les institutions complètement différentes de l'emphytéose d'une part, et, de l'autre, de la locatio conductio agri vectigalis et du jus perpetuum. Il formula pour l'institution nouvelle un certain nombre de règles:

1° - Le droit de l'emphytéote s'éteint faute du paiement du canon pendant trois ans (C. de Just. 4,66,2) ou pendant deux ans s'il s'agit de biens ecclésiastiques (Nov. 7,3,2)

2° - Si l'emphytéote veut aliéner son droit, il doit notifier sa volonté au propriétaire, qui aura le choix ou bien de reprendre par droit de préemption la chose sur laquelle porte le droit d'emphytéose ou bien de consentir à l'aliénation moyennant le paiement à son profit d'une taxe de 2 % sur le prix (C. de Just. 4,66.3)

3° - L'emphytéote a un droit réel sanctionné par une action réelle (Dig. 6,3, rubrique interpolée).

L'Emphytéose, depuis le droit romain jusqu'au droit moderne.

La pratique de l'emphytéose se perpétua après l'Empire romain. C'est sur les textes du droit romain relatifs à l'emphytéose que les légistes cons-

Source : BIU Cujas

La théorie féodale du domaine divisé et l'emphytéose.

truisirent la théorie célèbre du droit féodal, dite théorie du domaine divisé (distinction du domaine direct ou éminent et du domaine utile, le premier appartenant au seigneur, le second au vassal). En effet l'emphytéote apparaissait comme investi d'un droit réel effectif vis-à-vis du propriétaire auquel n'était reconnu qu'un droit réel virtuel. La terminologie: domaine (propriété) direct (ou éminent), domaine utile, semble venir de l'action réelle utile, que les textes romains donnaient au superficiaire et au fermier de l'ager vectigalis auquel fut assimilé l'emphytéote. C'est ce qui apparaît au XIII° siècle chez Azon, Commentaire du Code de Justinien, titre De jure emphyteutico (IV,66), f° 119, 4° col. n° 11,et dans les gloses sur les Libri feudorum, Ex: II, 3, gl. De suis rebus: "Imo dominium alienat, sed utile, retinet tamen directum: unde utilis et non directa vindicatio datur. Cons. Ed. Meynial. Notes sur la formation du domaine divisé dans les romanistes du XII° au XIV° siècle, Mélanges Fitting, t. 2, pp.409 et suiv.; Declareuil, Hist. générale du droit français, 1925, pp.272 et suiv.

L'emphytéose dans la législation française.

Le Code civil français est muet sur l'emphytéose. En conséquence la jurisprudence dut élaborer tout un système de bail emphytéotique dont elle trouvait le critérium dans les caractéristiques suivantes, modicité des redevances, obligation d'améliorer,et à qui elle reconnaissait pour effet de faire acquérir au preneur un droit réel de jouissance analogue à l'usufruit.

La loi du 25 Juin 1902.

L'emphytéose a été ressuscitée en France par la loi du 25 Juin 1902 sur le bail emphytéotique, destinée à être incorporée dans le Code rural. La loi consacre expressément, comme en droit romain, le caractère de droit réel immobilier analogue au domaine utile du droit féodal. Elle en déduit la possibilité d'hypothéquer pour le preneur (art.1) et la nécessité de la capacité d'aliéner pour pouvoir consentir un bail emphytéotique (art. 2). Le bail doit être consenti pour plus de 18 années et ne peut dépasser 99 ans (art. 1). Consulter Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, 7° édition, I (193I), n° 829. On trouvera le texte de la loi avec l'indication des travaux préparatoires dans les Lois annotées de Sirey, Nouvelle série, 1er Volume, 190I-1905, p. 505.

L'emphytéose en Italie.

C'est surtout en Italie, pays aux vastes territoires incultes, que l'emphytéote devait connaître la plus grande faveur. A la différence du Code Civil français, le Code Civil italien de 1865 lui consacre plusieurs dispositions (art. 1556 et suiv.). Dans ce Code l'emphytéose présente les caractères particuliers

Source : BIU Cujas

de pouvoir être une concession faite à perpétuité, et de permettre à l'emphytéote de rédimer le fonds emphytéotique moyennant le paiement d'un capital en argent (art. 1564). Tout un mouvement a été tenté dans ces dernières années en Italie pour organiser une renaissance de l'emphytéose et de nombreuses lois ont été votées dans ce but. Cons., en plus de l'ouvrage classique de Simoncelli, Dell'enfiteusi, dans la grande collection de Pasquale Fiore, relative au Code Civil italien, F. Luzzatto, La rinascita e la reforme della enfiteusi, dans la Riv. di diritto agrario, 1922, pp. 9 et suiv.; Emile Demontès, La question agraire dans l'Italie contemporaine, Thèse Paris 1923, pp. 159 et suiv.

Source : BIU Cujas

LIVRE III

MODES D'ACQUISITION A TITRE UNIVERSEL.

LES SUCCESSIONS A CAUSE DE MORT.

Les manières d'acquérir per universitatem.

Les modes d'acquisition à titre universel sont étudiés par Gaius 2,97, et suivants. Il s'agit de l'acquisition en bloc d'un ensemble de biens, ce que Gaius appelle une acquisition per universitatem. Gaius indique trois modes d'acquisition per universitatem:

1° - la succession à cause de mort,
2° - la venditio bonorum.
3° - la capitis deminutio.

De ces trois modes d'acquérir per universitatem nous n'étudierons que les successions à cause de mort et l'acquisition résultant de la capitis deminutio. Nous avons vu dans la première partie du Cours la théorie générale de la venditio bonorum.

TITRE I

LES SUCCESSIONS A CAUSE DE MORT.

INTRODUCTION GENERALE.

Le droit romain a connu plusieurs cas de succession à cause de mort. Ce sont:

1° - l'hereditas,
2° - la bonorum possessio,
3° - le fideicommis d'hérédité;

Source : BIU Cujas

4° - L'in jure cessio hereditatis.

5° - L'addictio bonorum libertatum conservandarum causa.

Le plus ancien de ces cas, est l'hereditas, ou succession du droit civil, par opposition à la bonorum possessio ou succession du droit prétorien.

Nous n'étudierons pas isolément et successivement ces divers cas . Nous les ferons au contraire rentrer pour leur étude dans le cadre du système général romain de la succession à cause de mort. Avant de pénétrer dans le détail, il importe de dégager les grandes idées directrices et, après avoir recherché les origines, de retracer le développement historique du droit successoral romain.

En droit français moderne, le mot succession (ce mot servant à désigner la succession à cause de mort, le seul mode d'acquisition à titre universel que connaisse le Droit moderne) a deux acceptions différentes:

a) Il sert à désigner l'objet de la transmission, c'est-à-dire les biens transmis, en allemand Erbschaft. C'est ainsi qu'on dira: une riche succession, une succession mobilière.

b) Il est employé pour exprimer le fait de la transmission, en allemand Erbfolge. Et on entend par là la transmission universelle du patrimoine d'une personne décédée (1), actif et passif réunis.

En droit romain, le mot hereditas est également pris dans ces deux sens:

a) Envisagé du point de vue extérieur, il désigne l'objet de la transmission. C'est à l'hereditas prise dans ce sens que se rapporte la définition de Cicéron, Topiques, 6,29, que nous avons déjà rencontrée à propos de la notion de patrimoine à Rome: hereditas est pecunia quae morte alicujus ad quempiam pervenit jure.

b) Envisagé du point de vue interne, il exprime le fait même de la transmission. C'est à cette acception que se rapporte la définition célèbre du Digeste (50,17,62), qui sert de base à toutes les définitions de la succession en droit moderne (2): Heredi-

---

(1) Dans le langage du droit une telle personne est appelée le de cujus, c'est-à-dire la personne de cujus successione agitur, de la succession de laquelle il s'agit.

(2) Par exemple: Planiol, III, n° 1968: On appelle succession la transmission du patrimoine entier d'une personne décédée à une ou plusieurs autres personnes vivantes; Code Civil allemand, § 1922: Au décès d'une personne, son patrimoine, comme universalité, passe à une ou plusieurs personnes.

Source : BIU Cujas

tas nihil aliud est, quam successio in universum jus quod defunctus habuerit, L'hereditas n'est pas autre chose que la succession dans le droit universel que le défunt a eu (Cf. Dig. 50,16,24). Ce qui veut dire que la personne au profit de laquelle s'opère la transmission héréditaire succède au patrimoine du défunt considéré comme une universalité juridique (universitas, universum jus) (1).

Intérêt de l'étude du droit successoral romain.

Malgré la grande diversité que présentent les législations modernes en ce qui concerne le droit successoral, il y a un grand intérêt à étudier cette matière en droit romain. C'est que le droit successoral se trouve placé au carrefour du droit de la famille et du droit du patrimoine, c'est ce qui fait que toute étude d'un droit successoral présente non seulement un intérêt juridique, mais un intérêt social, un intérêt économique et parfois un intérêt politique (ex. le droit féodal, la législation révolutionnaire française).

Son particularisme.

Par la force même des choses, le droit successoral est un droit qui présente un caractère particulariste. C'est pour cela que c'est le droit successoral, qui, de tout le droit romain, a fourni le moins d'apports au droit français moderne. Cependant, il y a des institutions du droit successoral français qui ne peuvent être comprises que par le droit romain. C'est sur ces institutions qui ont influé sur le droit moderne que nous insisterons.

En quoi consiste ce particularisme du droit successoral romain, par rapport au système successoral du droit français moderne, il apparaît aux trois points de vue suivants qui constituent autant de traits caractéristiques du système romain.

1ère particularité. Si le droit romain, comme les législations modernes, a connu les deux for-

---

(1) Suivant l'opinion de Bonfante (Scritti giuridici, I, pp. 250, 307; Istituzioni, 8° édition, p. 528; Corso di diritto romano, VI, 1930, pp.44 et suiv.), que Mr. Fliniaux admet, cette définition, en tant qu'elle vise l'universum jus, ne vaudrait que pour le droit de Justinien. Dans le droit classique, on ne rencontre que les expressions successio in ius, successio in locum, leur signification étant seulement succession dans l'état, la situation juridique du défunt. Les textes de la compilation de Justinien exprimant l'idée d'universalité, ont été tous interpolés au moyen de l'addition au mot jus de l'épithète universum, cumm. L'idée d'universalité en matière successorale se rattacherait pour Bonfante à une construction dogmatique ayant son point de départ dans le dégagement à l'époque post-classique du concept d'universitas pour désigner le patrimoine

Source : BIU Cujas

mes de la succession ab intestat (1) et de la succession testamentaire, suivant que la dévolution a lieu en vertu de la loi ou de la volonté du défunt, chez les Romains la succession testamentaire n'est pas seulement mise sur le même pied que la succession ab intestat, elle domine la succession ab intestat. C'est le principe de la prédominance de la succession testamentaire. Le Romain qui mourait intestat était déconsidéré. Voyez l'imprécation d'un personnage du Curculio de Plaute, acte 5, scène 2, vers 24: Jupiter te male perdat! intestatus vivito! que Jupiter te perde! Puisses-tu mourir intestat!

Prédominance de la succession ab intestat.

Le principe romain est contraire à l'esprit du droit germanique. Dans le droit germanique, on ne connaît pas le testament, et le Romain qu'est Tacite ne peut s'empêcher de s'en étonner: Heredes tamen successores que sui liberi et nullum testamentum, écrit-il dans ses Moeurs des Germains, ch. 20 (2). Et si on faisait un cours d'histoire du droit français privé en licence, vous verriez la difficulté qu'a eue le testament à s'implanter dans le droit français.

Influence du droit germanique sur le droit français.

On rencontre encore dans le code civil français un vestige de la vieille idée germanique. La preuve en est la place que la succession testamentaire occupe dans le Code Civil. Elle est reléguée, avec les donations entre vifs, dans un titre spécial. Livre III, titre II. Voici en effet le plan suivi par le Code civil: Livre III, titre I: Des successions. On pourrait croire que le Code y traite à la fois des successions ab intestat et des successions testamentaires; il n'en est rien. C'est dans le titre II qu'il est traité des testaments.

2ème particularité: A Rome, la qualité reconnue à l'héritier lui appartient, qu'il ait été désigné par la loi ou par un testament; d'où en droit romain le principe fondamental de l'institution d'héritier. A Rome, le testament n'est valable que s'il renferme une institution d'héritier.

L'institution de l'héritier dans le testament romain.

Au contraire, en droit français, sont seuls héritiers, ceux à qui est dévolue la succession

En droit français les héritiers ab intestat sont seuls héritiers.

---

(1) Cette sorte de succession a été appelée ainsi parce que venant ab intestato defuncto, d'une personne qui est morte intestat, c'est-à-dire n'ayant pas fait de testament.

(2) Cf. le proverbe allemand: Wer will wohl und selig sterben, der lasse sein Gut den rechten Erben. Celui qui veut mourir heureux, qu'il laisse son bien aux héritiers légitimes.

Source : BIU Cujas

ab intestat réglée par la loi. C'est là une règle d'origine germanique, qui est à l'opposé de la règle romaine. Elle a été formulée ainsi en latin: Solus deus heredem facere potest, non homo. Dieu seul, peut faire un héritier, et non pas l'homme. Dans le droit coutumier français, le principe romain de l'institution d'héritier est repoussé expressément. Loisel nous apprend dans ses Institutes coutumières que: Institution d'héritier n'a lieu (Maxime 304). C'est ce que décidait déjà la coutume de Paris de 1510, art. 120.

3ème particularité.- Incompatibilité absolue de la succession ab intestat et de la succession testamentaire. On ne peut, à Rome, disposer d'une partie de ses biens par testament, et laisser à la loi le soin de régler le sort du reste. Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, personne ne peut décéder laissant à la fois une succession testamentaire et une succession ab intestat (Inst. de Just. 2,14,5) (1)

Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

Au contraire rien ne s'oppose en droit français moderne à la combinaison des deux sortes de succession. Il en sera ainsi lorsqu'un testament aura été fait par un défunt qui laisse des héritiers réservataires (la réserve est soumise aux dispositions relatives aux successions ab intestat) ou lorsqu'un testament ne dispose que d'une partie des biens laissés par le défunt.

4ème particularité.- Coexistence de deux systèmes particuliers de succession. Comme pour la propriété, nous rencontrons le système des successions du droit civil et celui des successions du droit prétorien. Il y a donc deux sortes de successeurs: les successeurs du droit civil qui ont seuls la qualité d'heredes, et les successeurs du droit prétorien. Nous assistons, en effet, à la création par le préteur de nouveaux successeurs, aussi bien en matière de succession testamentaire, par ex. en cas de non observation des formes du droit civil, qu'en matière de succession ab intestat.

Coexistence des successions civiles et des successions prétoriennes.

Les héritiers du droit civil sont seuls heredes.

Les successeurs prétoriens sont

Cependant, le préteur ne pouvait pas faire un véritable héritier au sens technique du mot: praetor heredem facere non potest (Inst. Just. 3,9,2) Il ne pouvait donner à celui qu'il appelait à l'hérédité qu'une bonorum possessio. Aussi appelle-t-on les successeurs du droit prétorien bonorum possessores.

(1) Sur la règle nemo pro parte.....il y a une littérature abondante. On pourra consulter comme ayant étudié récemment la règle, Bonfante, Corso, VI, pg.173 et suiv.; Rabel, Rev. de la Fond. Savigny, 1930, pg.306 et suiv.

Source : BIU Cujas

considérés comme ayant la même situation que celle des héritiers du droit civil.

par opposition aux heredes. Mais pratiquement les bonorum possessores furent considérés comme ayant en toutes choses la même situation que les heredes (Ulpien, Dig. 37,1,2, Paul,Dig. 50,17,117)

Vue d'ensemble sur le système prétorien de la bonorum possessio.

Etant donné l'importance que présente le système prétorien de la bonorum possessio qui a servi en beaucoup de points à corriger les rigueurs et les imperfections du système civil de l'hereditas, nous croyons utile de présenter dans cette introduction générale une vue d'ensemble du système, en nous plaçant au moment de son complet épanouissement, c'est-à-dire au moment de la codification de l'Edit.

Nature de la bonorum possessio.

Le bonorum possessor est mis par le préteur dans la possession (possessio) des biens (bona) du défunt. Que faut-il entendre exactement par ces expressions: bona et possessio ?

Les bona comprennent non seulement les choses corporelles, mais encore les res incorporales (droits et actions); par conséquent le mot bona est synonyme de patrimoine (Ulpien, Dig. 37,1, de bonorum possessionibus, 3, pr.)

C'est une possessio juris s'appliquant au patrimoine du défunt.

La possession dont il s'agit doit s'entendre non pas de la possessio corporis, mais de la possessio juris. C'est ce qu'affirmait Labéon suivant Ulpien, Dig. à notre titre 3,1: bonorum possessio, ut Labeo scribit, non uti rerum possessio accipienda est: est enim juris magis quam corporis possessio; la possession des biens, comme l'écrit Labéon, ne doit pas s'entendre comme la possession des choses; c'est en effet plutôt une possessio juris qu'une possessio corporis. C'est là la seconde manifestation que nous rencontrons dans le droit romain de la notion de possession des droits. (Voir plus haut: La possession des droits). Nous pensons qu'il s'agit d'une manifestation qui remonte au droit classique.

Classification des diverses bonorum possessiones.

Les cas dans lesquels le préteur fut ainsi amené à mettre une personne dans la possession des biens d'un défunt sont nombreux. On peut les classer en se plaçant successivement au point de vue de leur objet, de leur fonction, et de leur effet.

1° - quant à leur objet.

1° - Quant à leur objet (Voir Edit perpétuel, titre XXV, De bonorum possessionibus, textes Girard,p. 155)

a) la bonorum possessio testamentaire, c'est-à-dire fondée sur la volonté du défunt telle qu'elle résulte de son testament: bonorum possessio secundum tabulas, suivant le testament.

b) la bonorum possessio ab intestat, c'est-à-dire donnée quand il n'y a pas de testament et que s'ouvre la succession ab intestat: bonorum possessio

Source : BIU Cujas

unde liberi; unde legitimi; unde cognati; unde vir et uxor;

c) la bonorum possessio donnée à l'encontre du testament, par conséquent contre la volonté du défunt: bonorum possessio contra tabulas.

2° - quant à leur fonction.

2° - quant à leur fonction.

a) bonorum possessio juris civilis confirmandi gratia, créée dans l'intérêt des héritiers civils, en vue de confirmer le droit civil:

Ex. bonorum possessio unde legitimi.

b) bonorum possessio juris civilis supplendi gratia, en vue de suppléer le droit civil, donnée à défaut d'héritiers civils. Ex: bonorum possessio unde cognati; unde vir et uxor.

c) bonorum possessio impugnandi juris civilis gratia, en vue d'attaquer le droit civil, donnée à l'encontre des héritiers civils. Ex: bonorum possessio unde liberi ; secundum tabulas; contra tabulas.

3° quant à leur effet.

3° quant à leur effet.

a) Bonorum possessio cum re, c'est-à-dire avec efficacité.

Rentrent dans cette catégorie les bonorum possessiones confirmandi juris civilis gratia et les bonorum possessiones supplendi juris civiles gratia.

b) Bonorum possessio sine re, c'est-à-dire sans efficacité, sans force vis-à-vis d'un héritier civil. Ce fut longtemps le cas des bonorum possessiones impugnandi juris civilis gratia.

5° particularité. Comme en droit français moderne l'effet de la transmission héréditaire à Rome est de faire passer au successeur le patrimoine du défunt, à savoir tous les droits actifs, propriété et autres droits réels, créances, sauf les droits strictement attachés à la personne (exemple : usufruit). En retour le successeur est tenu d'une obligation indéfinie aux dettes du défunt, c'est-à-dire : il est obligé de payer les dettes du défunt au delà des forces de la succession, ultra vires successionis, par conséquent sur son propre patrimoine lorsque l'actif du patrimoine du défunt ne suffit pas à désintéresser les créanciers de la succession.

Transmission à Rome, à côté du patrimoine, de certains éléments de nature extra-patrimoniale.

Mais en droit romain le successeur à cause de mort, à côté d'obligations à caractère nettement patrimonial, est tenu d'obligations de nature extra-patrimoniale. Telle est l'obligation d'assurer le culte domestique du défunt, sacra privata, charge liée à l'origine au titre même d'héritier, jusqu'à ce que les pontifes, pour des raisons d'utilité pratique, l'aient liée au fait pour une personne de prendre à un

L'obligation aux sacra privata.

Source : BIU Cujas

titre quelconque (ex: légataire) l'intégralité ou une partie des biens du défunt (1)

L'idée de perpétuation est à la base de la transmission héréditaire chez les Romains.

Maintenant que nous connaissons les traits caractéristiques du droit successoral romain, nous allons pouvoir aborder le problème si intéressant du concept de la transmission héréditaire chez les Romains. Quelle est l'idée fondamentale qui est à sa base ? C'est-tous les auteurs sont d'accord sur ce point- l'idée de perpétuation. Mais tandis que les uns y découvrent un concept rationnel, dogmatique, qui se révèle le même d'un bout à l'autre du droit romain, et qui pour eux est encore celui qui sert de fondement au droit successoral moderne, les autres y voient un concept qui a évolué au cours des temps et dont il faut aller chercher l'aspect primitif jusque dans la préhistoire.

Nature de cette perpétuation.

Donc, 2 sortes d'explication du phénomène de la transmission héréditaire: l'explication dogmatique et l'explication historique.

Perpétuation de la personnalité du défunt.

A) l'explication dogmatique. Le concept rationnel, par suite immuable, à la base de la transmission héréditaire à Rome comme aujourd'hui, c'est la perpétuation de la personnalité du défunt. L'héritier continue la personne juridique du de cujus. Et comme le patrimoine d'un individu est l'émanation de sa personnalité, le patrimoine du défunt s'absorbe dans celui de l'héritier. Ce concept rationnel que l'on veut voir consacré dans les textes romains de toutes les époques (2) a été présenté sous une forme juri-

---

(1) Sur les 2 édits successifs rendus en cette matière par les pontifes, et dont la teneur nous a été rapportée par Ciceron, De legibus, 2, chap. 19 à 21, cons. Raymonde Lefèvre, Des sacra privata, Thèse Paris 1928, pp.57 et suiv.; Lepointe, Quintus Mucius Scaevola, Thèse Paris 1926, pp.100 et suiv.; Bonfante, Corso di diritto romano, VI, 1930, pp.104 et suiv.; Istituzioni, 8° édition, p. 525, note 1.

(2) chez Ciceron, De legibus, II, 19, 48, qui dit que nulla est....persona quae ad personam ejus qui vita emigrarit, proprius accedat, qu'il n'y a pas de personne plus proche de celle du défunt que celle de l'héritier, chez les jurisconsultes de l'époque classique pour lesquels l'hérédité jacente defuncti personam sustinet, et enfin chez Justinien qui dans la Novelle 48, pr., affirme que la personne de l'héritier et celle du défunt ne forment qu'une seule et même personne.

Source : BIU Cujas

dico-philosophique par Grotius au XVII° siècle: De jure belli ac pacis, Edition de Francfort 1696, tome II, chap. 21 § 9, page 675: "heres personam defuncti refert, non in meritis, quae sunt mere personalia, sed in bonis". Et depuis lors, il a connu une vogue immense. On le rencontre sans cesse sous la plume des civilistes français (voir principalement Aubry et Rau). Mais aujourd'hui il est vivement critiqué, surtout, nous le verrons, à raison de la conséquence fâcheuse à laquelle il conduit logiquement: obligation illimitée de l'héritier aux dettes du défunt (1).

B) l'explication historique. On est remonté loin dans le passé en vue de saisir le concept primitif de la transmission héréditaire chez les Romains. Plusieurs systèmes ont été proposés dont nous nous contentons de reproduire les plus importants:

Perpétuation du culte des sacra privata.

1ère Idée de la perpétuation du culte des sacra privata (concept religieux): système développé avec beaucoup de talent par Fustel de Coulanges dans sa Cité antique, Livre II, chap. VII, 4° éd. Paris 1872, p. 78: "L'homme meurt, le culte reste; le foyer ne doit pas s'éteindre ni le tombeau être abandonné. La religion domestique se continuant, le droit de propriété doit se continuer avec elle". (Cf. Huvelin, Cours élémentaire de droit romain, I, p.647). A l'appui de sa thèse Fultel de Coulanges aurait pu invoquer le Japon sur lequel le professeur japonais Hozumi nous a donné des renseignements précieux pour l'histoire du droit comparé, et spécialement du droit romain primitif, dans son ouvrage: "Le culte des ancêtres et le droit japonais", ouvrage écrit en Anglais, 2° édition, 1912, qui a été traduit en italien dans la collection de la fondation Guglielmo Castelli, n° 2, Milan 1923, avec des notes importantes de Castelli en ce qui touche le rapprochement avec le droit Romain (2).

Perpétuation de la race à travers les générations.

2° Idée de la perpétuation de la race à travers les générations (concept mystique). C'est l'idée développée par Westrup, La Succession primitive

---

(1) En France par Jallu, Essai critique de l'idée de la continuation de la personne, thèse Paris 1902; Cazelles, De l'idée de la continuation de la personne, comme principe des transmissions universelles, thèse Paris 1905. Et surtout en Italie par Bonfante, Il concetto dommatico dell'eredità nel diritto romano e nel diritto moderno (Scritti giuridici, I, pp.152 et suiv.) Corso di diritto romano, VI, pp.38 et suiv.

(2) Ajouter Castelli, Il culto degli antenati e la successione nel diritto giapponese, Filangieri 1914.

Source : BIU Cujas

devant l'histoire comparative, Paris 1928, et suivant laquelle "toute la personnalité de l'individu, tout "son moi" physique et psychique était considéré comme se reproduisant dans la race par un perpétuel renouvellement" (p. 10). La transmission héréditaire n'est en somme que la continuation de l'âme de la race à travers les générations. Le Génius des Romains représentait à leurs yeux cette âme, et la flamme éternelle du feu du foyer était pour eux un symbole divin de sa continuation interrompue à travers les générations. C'est l'idée que l'on rencontre dans le beau vers de Lucrèce (De natura rerum, livre II, vers 78): "Et quasi cursores vitaï lampada tradunt". Et comme des coureurs, de main en main, ils se passent le flambeau de la vie,

et qu'a reprise Sully Prudhomme dans son Poème sur la Justice, 9° veille:

"Car avec les vivants les morts font alliance
" Par un legs immémorial.....

3°- Idée de la perpétuation de la souveraineté du chef de la famille (concept politique). C'est l'idée défendue avec passion par Bonfante et dont il veut faire la guerre angulaire de tout l'édifice du droit successoral romain (1). Lancée timidement par Bonfante en 1888 à propos de la thèse soutenue par lui en ce qui concerne les res mancipi (Voir plus haut), elle reçut de lui un développement considérable dans de nombreux écrits (2). D'après ce concept "l'hérédité romaine primitive n'avait pas pour but de transmettre le patrimoine, mais de transmettre tout l'ensemble varié de pouvoirs qui constitue la souveraineté sur la famille conçue comme un organisme politique" (Storia, p. 186). Bonfante avait, dans ses premiers écrits, vu dans le groupe agnatique cet organisme politique de la famille romaine. Mais devant les objections qui lui furent présentées par Arangio Ruiz

Perpétuation de la souveraineté du chef de l'organisme politique de la famille (gens).

---

(1) Le succès de la théorie de Bonfante n'a pas jusqu'à maintenant dépassé la patrie de l'auteur. Voir la liste des auteurs italiens lui ayant donné leur adhésion dressée par Bonfante, Scritti giuridici, I, p. 156, à laquelle il faut ajouter Pacchioni, Corso di diritto romano, II, p. 674. Elle a été critiquée en Italie par Perozzi, Istituzioni, 2° éd., II, p. 444, et récemment en Allemagne par Rabel, Die Erbrechts théorie Bonfantes, La théorie du droit successoral de Bonfante. Revue de la Fondation Savigny, 1930, pp. 295 et suiv. La principale objection est tirée de la dévolution de la succession aux femmes qui est en contradiction avec toute idée de souveraineté.

(2) série d'articles réunis avec des additions dans le tome premier de ses Scritti giuridici, Istituzioni,

.....

Source : BIU Cujas

Le genti e la città, pp.15 et 61, il pense aujourd'hui (voir Scritti giuridici I, p. 234) que c'était la gens qui remplissait cette fonction. A la mort du pater gentis, tout le groupe devait rester uni sous le nouveau chef désigné par le défunt pour le remplacer dans le gouvernement de la famille. L'heres n'est donc que le nouveau pater gentis, désigné par l'ancien dans son testament. Pour Bonfante, en effet, la succession testamentaire aurait précédé à Rome la succession ab intestat, ce qui expliquerait la prééminence que celle-ci a toujours conservée chez les Romains. Et Bonfante voit également dans l'idée de souveraineté l'explication de toutes les autres particularités que présente le droit successoral romain: la règle nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest (voir spécialement Scritti giuridici I, p. 14); la nécessité d'une institution d'héritier dans le testament; la nullité de l'institutio ex certa re ainsi que celle du praelegatum; le droit d'accroissement, lequel implique une vocation de l'héritier à toute la succession; l'exhérédation; l'obligation aux sacra privata ainsi que l'obligation illimitée aux dettes (1).

(Suite de la note de la page précédente): 8° édition, p. 523; Storia di diritto romano, traduction française, tome 1, pp.186 et suiv.; Corso di diritto romano, VI, pp.79 et suivantes; p. 87.

(1) De la thèse de Bonfante, il convient de rappeler la thèse soutenue par le socialiste Ferdinand Lassalle dans le tome second de son livre célèbre, théorie systématique des droits acquis, paru en 1861, intitulé: Le droit successoral romain et le droit successoral allemand dans leur développement historique et philosophique, trad. française dans la Bibl. int. d'économie politique, 1904, laquelle thèse, comme le constate Bonfante lui-même (Scritti giuricidi, I, p. 162, note 1) ressemble à la sienne en ce que pour Lassalle la succession testamentaire a fait à Rome son apparition avant la succession ab intestat. Dans les développements très abondants qu'il consacre au droit romain, Lassalle soutient cette idée que pour les Romains, l'heres, a été considéré comme un Willenserbe, un héritier de la volonté, par opposition au Vermögenserbe ou héritier du patrimoine (trad. franc. p. 6). Telle fut la condition à Rome de l'héritier testamentaire. Le testament ayant pour effet d'opérer l'identification entre la propre volonté du défunt et la volonté d'un autre individu, il s'ensuit que l'héritier testamentaire est le continuateur de la volonté subjective du défunt (p. 236). C'est le même concept qui est pour Lassalle à la base de la succession ab intestat;

Source : BIU Cujas

Perpétuation du groupe domestique.

La domus, berceau du droit successoral romain.

4° Idée de la perpétuation du groupe domestique (concept familial). C'est à cette idée que se rallie M. Fliniaux qui la prendra comme point de départ dans son essai de reconstitution de l'histoire générale du droit successoral romain. Pendant sa vie, le paterfamilias, en même temps qu'il exerce une puissance (patria potestas) sur les membres qui constituent la domus, a la libre administration du patrimoine familial: in domo dominium habet, dit Ulpien (Dig. 50,16,195). Mais les membres de la domus (aussi bien les filles que les fils) ont, du vivant du pater, un droit latent de copropriété sur l'ensemble du bien familial en même temps qu'ils participent au culte domestique et sont tenus des autres obligations se rattachant à la domus. C'est ce que nous rapporte Gaius 2,157: Les héritiers siens sont appelés ainsi

---

(Suite de la note I de la page précédente)- 1° - En ce qui concerne les sui. Ces personnes sont déjà les héritiers immédiats du de cujus, car, soumises à sa puissance, elles se trouvent avec lui en une immédiate identité de volonté et forment également la continuation immédiate de sa volonté subjective (p. 238). 2° - en ce qui concerne les autres héritiers ab intestat, les agnats, le législateur, quand il ne trouve pas d'identité de volonté immédiate (sui), décrète que les continuateurs seront les personnes qui autrefois se trouvaient en identité de volonté avec le défunt, c'est-à-dire les agnats, ceux que réunissait jadis le même lien de puissance (p. 255).-Au contraire, le bonorum possessor n'a jamais été qu'un héritier du patrimoine, qu'un successeur aux biens. "La bonorum possessio est le droit de succession en tant qu'acquisition de fortune" (p. 653).- C'est ce caractère d'héritier du patrimoine que présente également l'héritier dans le droit germanique: Le droit germanique "ne voit que l'acquisition de fortune, mais pas du tout la perpétuation de la volonté" (p. 648)

Conclusions auxquelles aboutit Lassalle - et ce sont elles qui ont donné à son ouvrage le plus grand retentissement: "1°- Tandis que le droit successoral romain représente un droit acquis, le droit successoral germanique n'en représente pas un. 2° - Comme c'est l'esprit germanique qui anime les législations modernes, le droit successoral aujourd'hui ne représente pas un droit acquis, et par suite rien ne s'oppose à la suppression de l'héritage.

Sur le système de Lassalo, en ce qui concerne le droit successoral romain, cons. Fildermann, La nature juridique de la transmission par décès, thèse Paris 1909, pp.72 et suiv.; von Moess, Das römische

.....

Source : BIU Cujas

quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur, parce qu'ils sont les héritiers de la maison et que, du vivant de leur père, ils sont considérés en quelque sorte comme des propriétaires. En conséquence, à la mort du paterfamilias, en même temps qu'ils se trouvent affranchis de la puissance qu'exerçait sur eux le pater, les membres de la domus recouvrent la libre administration de leurs biens. De toute façon la domus primitive se perpétuera soit dans les nouvelles domus que viendront à fonder les nouveaux paterfamilias, soit dans l'état d'indivision dans lequel resteront entre eux les membres de la domus (consortium). Mais alors on peut dire qu'il y a moins une transmission héréditaire proprement dite que la prolongation d'un état préexistant. C'est ce que dit expressément Paul dans le texte que nous avons déjà cité à propos de la condition du fils de famille, Dig. 28,2,11: In suis heredibus apparet continuationem dominici eo rem perducere, ut nulla videtur hereditas fuisse. Pour ce qui est des héritiers siens, il apparaît que la propriété qu'ils avaient auparavant ne fait que continuer, de telle sorte qu'il n'y a pas pour eux de véritable transmission héréditaire (1)

Origines et développement historique du droit successoral romain.

Il nous reste maintenant à retracer, telle que nous nous la représentons (il s'agit là d'une esquisse personnelle à Mr. Fliniaux), l'histoire générale du droit successoral romain, en nous plaçant spécialement au point de vue du concept de la transmission héréditaire:

Ière époque: Le droit civil.

Ière phase - Antérieurement aux XII Tables.

Les heredes sui.

Comme nous venons de le voir, le groupe domestique, la domus, se perpétue dans les heredes sui, les héri-

---

(suite de la note précédente) Erbrecht und die Erbanwärter, 1911, pp.8 et suiv.- Sur le système de Lassalle en ce qui concerne les droits acquis et le fondement du droit, cons. Hitier. Le socialisme juridique, Revue d'économie politique, 1906, pp.454 et suiv.

(1) C'est à cette idée que se réfèrent après Mitteis, Privatrecht I, p. 96: Siber, geschichtliches und rechtvergleichendes über die Haftung für Nachlassschulden dans Actorum Academiae universalis jurisprudentiae comparativae I, 1928, pp.986 et suiv; Rabel, Rev. de la Fond. Savigny, 1930, pp.326 et suiv.; Arangio Ruiz, Istituzioni; 2° éd. p. 470.

Source : BIU Cujas

tiers d'eux-mêmes (1), conséquence du régime de la copropriété familiale. Ce sont de véritables héritiers, heredes, avec toutes les conséquences juridiques et religieuses attachées à ce titre: culte des sacra; droit ou devoir de protéger le tombeau familial et d'accomplir les cérémonies autour de ce tombeau; liens de l'hospitalité; droits de clientèle et de patronat, etc,..

Fonction primitive du testament.

A défaut de sui, et seulement alors (nous repoussons la thèse soutenue par Bonfante et aussi par Mr. Lévy-Bruhl, La fonction du très ancien testament romain, Nouvelle revue Hist. de droit, 1921, pp.634 et suiv., suivant laquelle le testament n'aurait servi à l'origine qu'à nommer héritiers des sui), le citoyen romain pouvait se désigner un héritier par testament dans l'une des deux formes du testament primitif (calatis comitiis; in procinctu). Et il s'agit là pour nous d'un véritable héritier, semblable aux heredes sui, qu'il est destiné à remplacer (2). En conséquence, nous rejetons, d'une part, le système d'après lequel le plus ancien testament n'aurait pas contenu d'institution d'héritier, mais simplement des legs (défendu par Lenel, Zur Geschichte der heredis institutio, dans Essays in legal history, Oxford 1913, pp.120 suiv.- Voir la réfutation de ce système dans Girard, Manuel, p. 850, note 3), et, d'autre part, le système suivant lequel le premier testament n'aurait servi qu'à réaliser une adoption (soutenu par Scherlin, Das griechische Testament verglichen mit dem römischen 1882 - Réfutation dans Girard, p. 851, note 1).

Retour collectif des biens de la domus à la gens.

Dans le cas où le défunt n'avait pas fait de testament, les biens de la domus faisaient retour collectivement à la gens en vertu d'un véritable droit de déshérence. Les gentiles qui se voyaient ainsi attribuer l'ensemble des biens de la domus n'étaient donc pas des heredes. (En ce sens Michon, La Succession ab intestat dans le plus ancien droit romain. Nouv. Rev. hist. de droit, 1921, pp.119 et suiv.)

---

(1) Le rapprochement du mot heres avec herus, vieux mot signifiant dominus (Dig. 9,2,11, § 6: Legis autem Aquiliae actio (h)ero competit, hoc est domino) n'est pas admis par tous les philologues, entre autres par Walde, Lateinisches etymologisches Wörterbuch, 1906, p. 363.

(2) C'est dans cette fonction primitive du testament romain qu'il faut, selon nous, aller chercher l'origine et le fondement de la règle nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.

Source : BIU Cujas

2ème phase - La loi des XII Tables.

Le texte des XII Tables est ainsi conçu (Table 5, lois 4 et 5): Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento. Si quelqu'un meurt sans avoir fait de testament, et qu'il ne laisse pas d'heres suus, que l'agnat le plus proche ait le patrimoine. S'il n'y a pas d'agnat, que les gentiles aient le patrimoine.

L'héritier institué par testament.

La loi des XII Tables reconnaît dans ce texte implicitement (Si intestato moritur) la faculté reconnue au citoyen romain d'instituer un héritier par testament même dans le cas où il existe des sui. Mais alors, il faut que le testateur dans son testament exhérède ses heredes sui (constitution de l'exhérédation). En même temps dans une autre disposition, Table 5, loi 3, Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto, les XII Tables ont consacré la possibilité dans un testament de faire des legs et de procéder à des désignations de tuteur.

Les heredes sui.

A défaut de testament, la loi des XII Tables consacre, toujours implicitement (cui suus heres nec escit), le droit des sui avec le caractère qu'il avait dès l'origine: véritables héritiers.

Les agnats et les gentiles.

A défaut d'heres suus, la loi des XII Tables, appelle explicitement à la succession, d'abord l'agnat le plus proche, et à défaut d'agnat, les gentiles, lesquels sont alors appelés individuellement à la succession. Nous pensons avec de bons auteurs (en derhier lieu, Siber, article précité, avec les références par lui données page 987, note 2) que les agnats et les gentiles n'avaient pas le titre d'héritier, qu'ils étaient seulement des successeurs aux biens. Argument de familiam habeto, familiam habento, qu'il prenne, qu'ils prennent le patrimoine.

3ème phase - Postérieurement aux XII Tables.

Généralisation des heredes.

Le titre d'héritier, heres, réservé aux sui et aux personnes instituées dans le testament calatis comitiis et le testament in procinctu, fut ensuite étendu aux agnats et aux gentiles, ainsi qu'aux personnes instituées dans le testament per aes et libram dans sa seconde forme, le premier tes-

Source : BIU Cujas

tement per aes et libram (mancipatio familiae) n'étant qu'un simple expédient qui ne faisait qu'un successeur aux biens.

La successio in jus defuncti.

La généralisation des heredes ou successeurs du droit civil amena les jurisconsultes à préciser la notion d'hereditas en tant qu'il s'agissait de la transmission héréditaire. C'est ainsi qu'ils en arrivèrent à dégager la formule suivant laquelle l'hereditas était la successio in jus defuncti, la successio in locum defuncti, qui resta, croyons-nous, celle de tout le droit classique (1).

2ème époque - Le droit prétorien.

Origine procédurale des bonorum possessiones.

A une époque antérieure à Cicéron, le préteur fut amené à s'occuper au cours d'une instance en pétition d'hérédité se déroulant devant lui par sacramentum in rem, du règlement de la possession intérimaire de l'hérédité, comme, nous l'avons vu, il avait dû le faire au cours d'une instance en revendication. Et de même que, en cas d'action en revendication, il attribua la possession intérimaire de la chose litigieuse au moyen des interdits possessoires, de même il attribua la possession intérimaire de l'hérédité en accordant la bonorum possessio, la possession des biens. Telle est, croyons-nous, la véritable origine (origine procédurale) qu'il convient d'assigner à l'institution de la bonorum possessio. C'est un modeste romaniste, Fabricius, Avocat et notaire à Stralsund, qui a le premier proposé cette explication dans son livre intitulé, Ursprung und Entwickelung der Bonorum possessio, Eine rechts historische Untersuchung, paru à Berlin en 1837, pp. 21 et suiv., et c'est cette explication qui tend à l'emporter aujourd'hui (admise par Girard, Manuel, p. 844; Bonfante, Corso, VI, p. 420). Voir dans Girard, p. 845, note 2, les autres systèmes. L'origine procédurale de la bonorum possessio trouve son meilleur appui dans un passage des Verrines, 2° action, chap. 45 § 117, où se trouve rapporté le texte de l'édit sur la bonorum possessio secundum tabulas. L'édit commence par ces mots: Si de hereditate ambigitur, s'il y a contestation sur l'hérédité; et aussi dans le fait que le préteur accorde dans certains cas la bonorum possessio aux héritiers du droit civil (bonorum possessio unde legitimi). Ensuite la bonorum possessio servit à corriger les rigueurs du droit civil en appe-

Mise en considération par le préteur de la parenté cognatique.

(1) Cf. Ulpien Dig. 50, 17, 59: Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus constat.

Source : BIU Cujas

lant à la succession des personnes simplement unies au défunt par les liens de la parenté naturelle ou cognatique (B.P. unde liberi; unde cognati (Gaius, III, 23 et suiv.).

Le concept de la transmission héréditaire dans la bonorum possessio.

Le bonorum possessor, nous l'avons vu, n'était pas un héritier, heres. Tout porte à croire qu'il fut à l'origine un simple successeur aux biens. Mais par la force même des choses, sa situation devait se rapprocher de celle de l'heres, la nature de la bonorum possessio de celle de l'hereditas. C'est ce que nous apprend Pomponius quand il écrit, Dig. 50,16,119: "Hereditatis" appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem: juris enim nomen est, sicuti bonorum possessio. L'appellation d'hérédité contient sans aucun doute même l'hérédité désavantageuse (c'est-à-dire celle où le passif dépasse l'actif). C'est en effet un nom de droit, de même le terme bonorum possessio.

Ainsi donc, la bonorum possessio et l'hereditas, se réfèrent au même concept: celui de la successio in jus defuncti.

3ème époque - Le droit impérial.

Prise en considération de la parenté cognatique.

Au cours de la période du droit impérial, on assiste au triomphe de la parenté cognatique. Admise comme base de la dévolution successorale dans certains cas exceptionnels par le droit impérial ancien (Ex: Senatusconsultes Tertullien et Orfélien, relatifs au droit de succession réciproque de la mère et des enfants), elle finit sous Justinien (Novelle 118) par inspirer entièrement la dévolution de la succession ab intestat.

Transformation du concept dogmatique de la transmission héréditaire.

En ce qui concerne le concept de la transmission héréditaire, nous voyons, dans la période post classique, se transformer le concept dogmatique de la transmission héréditaire du droit classique. Comme cela est déjà manifeste dans les Fragments d'Autun de Gaius (IVe siècle), § 67 et suivants, le patrimoine en vint à être considéré comme une universitas, une universalité juridique. L'hérédité, par suite, fut considérée comme une universitas et Justinien ne fera que traduire la notion nouvelle dans la formule hereditas est successio in universum jus quam defunctus habuit. De là à penser que l'héritier continue la personne même du défunt, il n'y a qu'un pas, et le pas fut franchi à la fin de la législation romaine, comme nous le prouve la Novelle 48 dans la praefatio

L'idée de la continuation de la personne dans les Novelles.

Source : BIU Cujas

de laquelle il est dit que "dans les lois actuelles il semble que la personne de l'héritier et celle du défunt ne forment en quelque sorte (πως) qu'une seule et même personne". De ce qui n'était qu'une façon imagée de s'exprimer (1) le droit moderne a fait le concept dogmatique de la transmission héréditaire, et en allant ainsi plus loin que le droit romain lui-même, il a mis le droit successoral tout entier dans une impasse dont avec beaucoup de peine on s'efforce aujourd'hui de le faire sortir.

PLAN.

Chapitre I - Dévolution de la succession.

Chapitre II - Acquisition de la succession.

Chapitre III - Défaut d'acquisition de la succession.

Chapitre IV - Les legs, les fideicommis et les donations à cause de mort.

---

(1) Les glossateurs ne virent dans l'idée de la continuation de la personne qu'une pure fiction. Azon, Commentaire sur le Code de Justinien, livre 2, titre 53, numéro 11: "Cum eadem persona heres et defunctus censeatur.

Source : BIU Cujas

Chapitre I.

DEVOLUTION DE LA SUCCESSION.

La dévolution successorale répond à la question de savoir qui est successible. Elle fixe donc les règles qui précèdent à la détermination des successible.

A côté de la succession ab intestat les Romains ont connu la succession testamentaire. Celle-ci ayant à Rome le premier pas sur la première, nous l'étudierons tout d'abord.

Mais cette prédominance de la succession testamentaire pouvait présenter des dangers. Il y avait à craindre que le défunt n'ait, par son testament, frustré de sa succession ses parents les plus proches. On chercha, ce qui est intéressant pour le droit moderne, à réagir contre les abus de cette liberté. D'où, dans certains cas, en droit romain, une troisième espèce de succession: la succession déférée à l'encontre du testament.

Section I

La succession testamentaire.

Conditions de validité du testament.

C'est dans un acte solennel que le paterfamilias romain instituait son héritier. Cet acte solennel, c'est le testament, testamentum. Pour qu'un testament fût valable, il fallait la réunion d'un certain nombre de conditions.

I° - Que le testament soit fait dans les formes légales.

2° - Qu'il soit fait par une personne capable de tester.

3° - Qu'il contienne une institution d'héritier.

4° - Que le testament, postérieurement à sa confection, ex post facto, n'ait pas été annulé.

D'où le plan suivant:

I - Formes du testament

II - Capacité de tester.

III - Institution d'héritier.

IV - Causes de nullité ex post facto d'un testament.

Source : BIU Cujas

I - Formes du testament.

Ces formes ont varié à Rome suivant les époques, et les différentes manières de tester dérivent soit du droit civil, soit du droit prétorien, soit du droit impérial.

§ I - Le droit civil.

Les deux testaments primitifs.

A l'origine, on ne rencontre à Rome que deux espèces de testament. Gaius 2.IOI.

I° - Le testament calatis comitiis.

2° - Le testament in procinctus.

I° - Le testament calatis comitiis.

C'est le testament que les citoyens faisaient dans les comices par curies, in comitiis calatis, c'est-à-dire spécialement convoqués à l'effet de recevoir le testament des citoyens romains.

Les comices calates.

Le citoyen romain choisissait donc son héritier devant l'assemblée du peuple. Les pontifes, à cause de la question des sacra privata, interviennent à titre religieux. Les comices délibèrent et donnent ou refusent leur approbation aux volontés dernières du testateur; s'ils les approuvent, ils font du testament une véritable loi. Cela s'explique, quand on songe que le testament était destiné primitivement à suppléer l'absence de sui et ensuite à déroger aux applications de la loi générale fixant à cause de mort la dévolution du patrimoine. Comparer l'adrogation, qui exige aussi l'intervention des comices.

Ils votent d'abord une loi.

Puis leur rôle est réduit à celui de témoins.

Il faut reconnaître cependant que s'il fut un temps où les comices délibéraient, un moment vint où le testament est devenu un acte libre du testateur, et où les comices jouèrent le simple rôle de témoins en même temps que disparaissait le rôle joué par les pontifes.

2° - Le testament in procinctu.

Le testament in procinctu.

C'est celui qu'on fait en temps de guerre. Gaius, 2.IOI; nous dit que in procinctu veut dire devant l'armée prête à marcher au combat. Le citoyen désigne donc son héritier devant l'armée, il peut mourir demain. D'après M. Fliniaux, ce testament doit être plus récent que le testament Calatis comitiis,

Source : BIU Cujas

car ici, certainement, l'armée ne peut jouer le rôle que de témoin.

Inconvénients de ces formes de testament.

Ces deux formes de testament qui, d'après Gaius, sont les plus anciennes, n'étaient pas sans inconvénients. Le testament in procinctu n'était possible qu'en temps de guerre, pour les soldats. Le testament Calatis comitiis exigeait la réunion des comices pour recevoir les testaments. Or, Gaius dit que ces comices ne se réunissaient que deux fois par an. C'est pour remédier à ces inconvénients inhérents, à ces deux formes que, comme le dit Gaius, 2.102, les Romains imaginèrent une autre forme de testament, le testament per aes et libram, lequel est passé par deux phases successives.

3 - Le testament per aes et libram.

La mancipatio familiae.

On va se servir de la mancipation pour opérer la transmission du patrimoine du testateur. C'est ce qu'on appelle la mancipatio familiae. Familia veut dire patrimoine. Le testateur mancipe donc sa familia,

Le familiae emptor.

c'est-à-dire son patrimoine, devant un libripens et cinq citoyens romains pubères à un tiers, à un ami, dit Gaius, qu'on appelle le familiae emptor, celui qui achète le patrimoine. Accessoirement à cette mancipation, le testateur, par un pacte adjoint, faisait connaître au tiers ses dernières volontés, et le priait de bien vouloir les exécuter après sa mort. Gaius 2. 102.

Avantages de ce testament.

Cette forme du testament était plus simple que les autres. Elle présentait le grand avantage d'être toujours à la disposition des testateurs. Gaius nous apprend qu'elle fut inventée pour le cas où une maladie pressente empêcherait d'attendre les prochains comices. Cependant, dit Gaius, elle ne fit pas disparaître les autres formes du testament. C'est que le testament per aes et libram présentait un inconvénient grave du point de vue juridique. En réalité, il n'est qu'un simple expédient. En effet:

Ses inconvénients. Il entraîne le déssaisissement immédiat.

I° - au moins dans sa forme originelle, il devait entraîner le déssaisissement immédiat de celui qui le faisait. Il fallait vendre réellement au tiers son patrimoine.

Le familiae emptor

2° - Le familiae emptor, qui devient propriétaire des biens, n'était pas autre chose qu'un successeur aux biens. Gaius, 2.103, nous dit que le familiae emptor n'était pas héritier, mais que seulement heredis locum obtinet, il prend la place d'un héritier.

Source : BIU Cujas

Il n'est pas juridiquement obligé.

3° - Il n'était même pas tenu légalement d'exécuter les dernières volontés du testateur: et eum rogabat, dit Gaius, il le priait. Donc il y a là pour le familiae emptor une simple obligation morale (Cf. les fideicommis à l'époque impériale.)

Telles sont les trois premières formes de testament qu'a connues le droit civil romain. Si nous examinons dans leur ensemble ces trois formes de testaments, nous voyons que, toutes, ellos présentaient des inconvénients communs très graves.

Ces testaments sont publics et difficiles à révoquer.

I° - Tous ces testaments étaient publics. On était obligé d'indiquer devant tout le monde ses dernières volontés. Il pouvait en résulter de nombreuses animosités au sein des familles.

2° - Ils n'étaient pas facilement révocables. Il fallait une loi pour révoquer le testament calatis comitiis. Il fallait que le familiae emptor consente à une remancipation des biens au testateur.

Pour faire disparaître ces inconvénients les Romains transformèrent le vieux testament per aes et libram. Ils en firent un véritable testament, produisant tous les effets d'un testament comitial, et présentant les avantages d'être secret et révocable au gré du testateur. C'est le nouveau testament per aes et libram qu'a connu le droit civil romain et qu'il faut avec soin distinguer du premier portant le même nom. Il y a un abîme entre les deux conceptions pour leurs effets.

2° phase du testament per aes et libram.

2° Phase de l'histoire du testament per aes et libram.

Dans ce nouveau testament per aes et libram, sur lequel Gaius, 2.103, nous donne des renseignements précieux, le citoyen romain commençait par écrire ses dernières volontés sur des tablettes de cire, tabulae testamenti. Pour transformer ces tablettes en testament, il fallait que ces tablettes fussent confirmées officiellement par une mancipatio familiae. Puis le testateur présentait, en déclarant solennement qu'elles renfermaient ses dernières volontés, les tablettes aux cinq témoins ayant assisté à la mancipatio familiae, au libripens et à l'emptor familiae, qui mettaient leurs cachets sur le fil reliant les tablettes.

Gaius, 2.104, nous a rapporté les termes de la déclaration solennelle faite par le testateur: Haec ita ut in his tabulis ceris quae scripta sunt; ita do, ita lego, ita testor; itaque vos, Quirites, testimonium mihi perhibetote; ainsi que cela est écrit dans ces tablettes de cire, je donne,

Source : BIU Cujas

La nuncupatio.

je lègue, je teste, et en conséquence, donnez moi, ô Quirites, votre témoignage. Cette déclaration solennelle du testateur constituait ce qu'on appelait la nuncupatio. C'est la formalité la plus importante du nouveau testament.

La mancipatio familiae ne transfère plus la propriété.

Quant à la mancipatio familiae, elle ne subsistait plus que pour la forme par imitation de l'ancien droit, nous dit Gaius, 2.I03. En effet, innovation juridique considérable, cette mancipatio familiae ne transférait plus la propriété des biens qui appartenaient au testateur. Cela résulte des paroles mêmes prononcées par le familiae emptor, lequel déclare explicitement n'acquérir les biens qu'à la charge de les remettre à autrui. Gaius, 2.I04.

Avantages de ce nouveau testament.

Ce nouveau testament per aes et libram présentait de grands avantages par rapport au premier.

I° - Il produisait tous les effets du testament comitial, - Il créait un véritable héritier.

2° - Il était secret , car le nom de l'héritier était tenu caché dans les tablettes.

3° - Le testateur pouvait facilement le révoquer.

§ 2 - Le droit prétorien.

Le testamentum septem sigillis signatum.

Il arrivait qu'un testament ne fût pas fait conformément aux règles du droit civil, il était nul jure civili. Le préteur décida qu'il suffirait, pour faire un testament valable d'après le droit prétorien, de faire les tabulae et de les présenter à sept citoyens romains, qui y apposeraient leurs cachets, c'est là tout ce qui fut conservé des anciennes formalités du testament per aes et libram. Pour cette raison il fut appelé le testament septem sigillis signatum. Ce testament prétorien date de Cicéron, in Verrem, II. I, chap. 45. Le préteur assurait l'efficacité d'un tel testament, en donnant au bénéficiaire une bonorum possessio, la bonorum possessio secundum tabulas. Cette bonorum possessio devint cum re à l'époque d'Antonin le Pieux qui dans un rescrit décida qu'une exception de dol serait accordée contre la petition d'hérédité de l'héritier civil. Gaius, 2.I20.

La bonorum possessio secundum tabulas.

§ 3 - Le droit impérial.

Nous rencontrons au Bas- Empire quatre formes nouvelles de testament.

I° - Le testament nuncupatif , qui, comme

Source : BIU Cujas

le testament nuncupatif.

le testament prétorien, est une simplification du testament per aes et libram. De celui-ci on n'a gardé que la nuncupatio.- Le nouveau testament consiste en une déclaration orale faite devant des témoins, au nombre de cinq d'abord, puis de sept.

Le testament tripartite.

2° - Le testament tripartite, ainsi appelé parce qu'il est dérivé de trois sources différentes: le droit civil; le droit prétorien et le droit impérial. Le testateur écrivait son testament, et le présentait à 5 témoins, qui apposaient leur signature à côté de celle du testateur, dans l'intérieur du testament, subscriptio. Puis le testateur enroulait son testament, et les témoins apposaient leur signature au dehors, adscriptio. Il fallait que ces différentes formalités fussent accomplies uno contextu, c'est-à-dire sans interruption de temps. Cette nouvelle forme de testament fut créée en 439 par Théodose II et Valentinien III.

Le testament olographe.

3° - Le testament olographe, ainsi appelé parce qu'il est valable sans témoins à condition d'avoir été tout entier écrit de la main du testateur. Il a été reconnu par Valentinien III. Nov. postthéodosienne Valent. III.2I (20), 2.I.: Si holographa manu testamenta condantur, testes necessarios non putamus.

Le testament apud acta conditum.

4° - Le testamentum apud acta conditum consistant en une déclaration orale du testateur devant les autorités ayant le jus acta conficiendi, qui en font dresser acte.

Les formes du testament dans le droit français moderne.

Nous rencontrons, consacrées par le Code civil, 3 formes de testament qui s'apparentent à certaines des formes romaines que nous venons d'étudier:

1° - Le testament olographe (art.970)

2° - Le testament par acte public ou authentique (art. 971)

3° - Le testament mystique qui a ses origines dans le testament tripartite (art. 976 et suiv.)

II - Capacité de tester.

Il faut que le testateur ait la testamenti factio. C'est ce qu'on appelle la testamenti factio active, du côté du testateur, par opposition à la testamenti factio passive, la capacité envisagée du côté de l'héritier.

La testamenti factio active.

On peut distinguer deux sortes de capacité: la capacité de droit et la capacité de fait.

Source : BIU Cujas

A - La capacité de droit.

En droit français, nous considérons que le droit de tester est la conséquence du droit de propriété. C'est pourquoi les socialistes ne l'admettent pas. En droit romain, il ne suffisait pas pour tester d'être propriétaire, il faut en outre que la loi ait concédé ce droit, ou du moins ne l'ait pas interdit.

La capacité de droit.

Institutes, 2. 12. Pr. Non tamen omnibus licet facere testamentum, il n'est pas cependant permis à tout le monde de faire un testament.

Les incapacités de droit résultent de la situation occupée dans la Cité ou dans la famille: Déjà, nous avons rencontré ces incapacités. Nous y renvoyons, sans insister, car elles ne sont pas intéressantes pour le droit moderne.

B - La capacité de fait.

Justinien, Institutes 2.12 § 1., signale comme incapables de faire un testament l'impubère sui juris et le fou, et, § 2, le prodigue. Nous ne retiendrons que le testament du fou en vue du droit moderne. D'après les Institutes cette incapacité ne frappe le fou que quand il est en état de folie, le droit romain admet la validité du testament fait par un fou pendant les intervalles lucides.

L'incapacité du fou en droit romain,

La solution de Justinien a été consacrée par le Code civil français, art. 901. Pour faire un testament; il faut être sain d'esprit. En principe la charge de la preuve de l'insanité d'esprit au moment de la confection du testament incombe à celui qui attaque le testament. Mais la jurisprudence décide (Cass. Requêtes 8 Juillet 1901, 1901. 1. 121) que quand les faits ont démontré que le testateur était en état habituel de démence avant et après la date du testament, c'était à ceux qui invoquent le testament de prouver qu'il a été confectionné au cours d'un intervalle lucide. C'est ce qui a été encore jugé il n'y a pas très longtemps dans une affaire retentissante. Un individu qui, avant et après la confection du testament, tirait des coups de fusil à l'intérieur de sa propriété dans toutes les directions, se croyant la victime de décharges électriques émanant de gens qu'il déclarait lui en vouloir, avait légué au roi d'Espagne Alphonse XIII ses titres nobiliaires (lesquels n'existaient que dans son imagination) et toute sa fortune. La Cour d'Appel de Toulouse a déclaré son testament nul comme étant l'oeuvre d'un fou (arrêt du 31 Mai 1921, reproduit dans la Gazette des Tribunaux du Midi.)

et en droit français.

A quel moment devait exister chez le testateur la capacité de tester?

A quel moment doit exis-

Source : BIU Cujas

ter la testamenti factio active?

Il faut distinguer la capacité de droit et la capacité de fait. Pour la capacité de fait, il suffit qu'elle existe au moment de la confection du testament. Au contraire, s'il s'agit de la capacité de droit, elle doit exister non seulement au moment de la confection du testament, mais encore dans l'intervalle de temps qui sépare la confection du testament de la mort du testateur.

Tempéraments du droit prétorien,

Toutefois, le droit prétorien et le droit civil lui-même ont apporté des tempéraments à cette règle.

Le droit prétorien corrige les rigueurs du droit civil. Dans la plupart des cas, il sauvegarde l'efficacité du testament. Quand le testateur, ayant été frappé d'une incapacité de tester après la confection du testament, redevenait capable avant sa mort, le préteur donnait alors à l'héritier la bonorum possessio secundum tabulas.

du droit civil.

Quant au droit civil, quand un citoyen romain avait testé et devenait captif, le droit civil sauvegardait l'efficacité du testament de ce citoyen romain, si toutefois il s'agissait de son testament confectionné avant sa captivité.

Le postliminium.

1° - Le citoyen revient à Rome, il bénéficie du postliminium. Son testament sera donc validé rétroactivement.

2° - S'il meurt captif chez l'ennemi, on sauvegarde encore l'efficacité de son testament, grâce à une fiction en vertu de laquelle il est réputé mort au moment où il avait perdu la liberté.

La fiction de la loi Cornelia.

D'après les Institutes de Justinien 2.12, le testament est en effet valable ex lege Cornelia, en vertu d'une fiction déduite de la loi Cornelia.

III - L'institution d'héritier.

Nécessité d'une institution d'héritier.

Le testament romain doit contenir au moins une institution d'héritier. C'est une grande différence avec le droit français issu du droit coutumier, où institution d'héritier n'a lieu. Car pour les Romains l'institution d'héritier est caput et fondamentum testamenti.

Quelles sont les conditions de validité de l'institution d'héritier?

Ses conditions de validité.

Ses conditions de validité se réfèrent soit aux formes de l'institution d'héritier; soit à ses modalités, soit à la capacité de l'héritier institué. En terminant nous envisagerons l'hypothèse de la pluralité d'héritiers institués.

Source : BIU Cujas

A - Formes de l'institution d'héritier.

A ce point de vue, il faut signaler deux règles qui nous apparaissent comme les conséquences du formalisme romain.

Les termes doivent être sacramentels.

1° - La première règle est relative aux termes dans lesquels devait être conçue l'institution d'héritier. Gaius 2,177. La formule traditionnelle est celle-ci: Titius heres esto, que titius soit mon héritier; mais on avait admis aussi la formule: Titius herodem esse jubeo; j'ordonne que Titius soit mon héritier. Mais si le testateur avait dit, au lieu de Jubeo: volo, je veux, l'institution d'héritier n'était pas valable. Quant aux autres formules que voici; heredem instituo, facio, elles étaient, dit Gaius, généralement repoussées.

Constantin a supprimé ces formes sacramentelles.

Cette exigence du formalisme ne se retrouve plus dans le dernier état du droit romain. Une constitution de Constantin de 339, Code de Justinien 6,23; 45, décida qu'une institution d'héritier pourrait être faite en termes quelconques.

L'institution d'héritier doit être en tête du testament.

2° - La deuxième règle est relative à la place que doit occuper dans le testament l'institution d'héritier. Elle devait être placée en tête du testament. Supposons que le testateur n'ait pas suivi cette règle. Quelles seront les conséquences? L'institution d'héritier ne sera pas nulle, mais toutes les dispositions insérées dans le testament avant l'institution d'héritier seront frappées d'invalidité, sauf deux exceptions.

Sanction et exceptions.

1° - En ce qui concerne les exhérédations d'héritiers siens, parce que ces exhérédations déblaient en quelque sorte le terrain de l'institution d'héritier.

2° - Pour la datio tutoris, parce que cette désignation du tuteur, à la différence des legs, n'est pas à vrai dire une charge pour l'héritier institué. Cette exception a été admise par l'école proculienne, Gaius, 2, 230 et 231.

Justinien supprima le formalisme. Il n'admet pas que des dispositions testamentaires dépendent pour leur validité de leur place dans le testament. Code 26, 20, 24. Institutes, 2, 10, 34.

B - Modalités de l'institution d'héritier.

C'est l'origine d'un article célèbre du Code civil. Les modalités sont ici le terme et la condition. Quel va être le sort d'une institution d'héritier affectée d'un terme ou d'une condition? Il faut distinguer trois cas :

1° - L'institution d'héritier est affec-

Source : BIU Cujas

tée d'une condition résolutoire ou d'un terme extinctif.

2° - L'institution d'héritier est affectée d'une condition suspensive, ou:

3°-d'un terme suspensif.

I° - Condition résolutoire ou terme extinctif.

Le terme extinctif ou la condition résolutoire est réputé non écrit.

Par exemple: que Titius soit mon héritier jusqu'à ce que tel navire arrive d'Asie ou pendant 5 ans après ma mort. Une telle institution d'héritier était-elle valable? Non, parce qu'elle est contraire à la règle romaine: Semel heres, semper heres, celui qui est une fois héritier est toujours héritier. Mais cette institution d'héritier ne sera pas cependant considérée comme nulle. On ne déférera donc pas la succession aux héritiers ab intestat. Mais on déclarera que l'institution d'héritier est pure et simple, sans tenir compte du terme extinctif ou de la condition résolutoire.

2° - Condition suspensive.

Pendente conditione, la dévolution ab intestat est suspendue.

Par exemple, Titius heres esto si navis ex Asia venierit, que Titius soit mon héritier si tel navire arrive d'Asie. Quel est l'effet de cette condition? On attendra l'arrivée ou la défaillance de la condition. Si la condition arrive, l'héritier institué est mis en possession de l'hérédité. Si la condition défaille; l'hérédité est déférée aux héritiers ab intestat. Mais pendente conditione, pendant le temps où on ne sait pas si la condition se réalisera ou non, on n'ouvre pas la succession au profit des héritiers ab intestat. C'est la conséquence de la préférence marquée des Romains pour la succession testamentaire.(I)

Le terme suspensif.

3° - Terme suspensif, dies a quo - (Le terme extinctif est le dies ad quem.) Il faut distinguer entre le terme certain, dies certus, et le terme incertain, dies incertus:

Le dies certus est réputé non écrit.

a) - dies certus. Par exemple: que Titius soit mon héritier 5 ans après ma mort. Les Romains n'admettent pas la validité d'une telle institution d'héritier. Toutefois, ils ne l'annulent pas, mais ils effacent le terme, et ils déclarent qu'il y a une

---

(I) Dig. 29,2,39. Quamdiu .. potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur, aussi longtemps que l'hérédité peut être recueillie en vertu d'un testament, elle n'est pas déférée ab intestat. Cf. D. 50, I7,89.

Source : BIU Cujas

institution d'héritier pure et simple.

Le dies incertus est considéré comme une condition suspensive.

b) Dies incertus. Par exemple: que Titius soit mon héritier à la mort de Moevius. On sait que Moevius mourra, mais on ignore à quelle date. Les Romains maintenaient l'efficacité du terme incertain, en considérant l'institution d'héritier, dans ce cas, comme une institution d'héritier conditionnelle. Pour eux, cette formule revenait à dire: Si l'héritier institué survit à Moevius. C'est ce que signifie la règle célèbre: Dies incertus in testamento facit conditionem, dans le testament, le terme incertain équivaut à une condition. Digeste , 35.I. 79. Il en résulte que, au décès du testateur, si Moevius n'est pas encore mort, il faudra attendre les évènements et décider que les héritiers ab intestat ne seront pas appelés. La solution est donc la même que pour le testament affecté d'une condition suspensive.

Sort de la condition suspensive.

Pour terminer avec les modalités de l'institution d'héritier, il faut faire une observation importante en ce qui concerne la condition. En principe, les conditions suspensives n'ont pas d'effet sur l'institution d'héritier. Il y a cependant certaines conditions suspensives qui vont avoir un certain effet sur l'institution d'héritier, soit qu'elles l'annulent, soit qu'elles soient réputées non écrites.

I° - Conditions annulant le testament.

Annulent le testament la condition potestative,

En principe il en est ainsi quand la condition dépend de la volonté d'un tiers. C'est ce qu'on appelle la condition potestative: par exemple, que Titius soit mon héritier, si Moevius voluerit, si Moevius le veut. Une telle institution d'héritier est nulle, comme affectée d'une condition potestative. Digeste, 28.5.32. Pr.

les conditions captatoires.

Il en sera de même pour les conditions appelées captatoires, c'est-à-dire tendant à provoquer de la part de l'héritier institué une autre institution d'héritier, soit en faveur d'un tiers, soit en faveur du testateur lui- même. Digeste 28.5. 70 et 7I.

2° - Conditions réputées non écrites.

Conditions réputées non écrites.

C'est de ces conditions-là que s'occupe l'art. 900 du Code civil. Ce sont les conditions impossibles, illicites ou immorales. Exemple de condition impossible.: que Titius soit mon héritier, si digito coelum tetigerit, s'il touche le ciel du doigt. Exemple de condition illicite ou immorale: que Titius soit mon héritier, si Moevium occiderit; s'il a tué Moevius.

Source : BIU Cujas

Portée de cette règle en droit romain.

Dans ce cas on considère de telles conditions comme non écrites. Cette solution n'a pas été limitée par les Romains à l'institution d'héritier. Elle fut étendue aux legs et aux affranchissements testamentaires.

Portée de l'art. 900 du Code civil.

Les rédacteurs du Code civil sont allés encore plus loin. Ils appliquent la règle à tous les actes à titre gratuit, donc aussi aux donations. C'est le fameux article 900, qu'on étudiera en 3° année, et déjà même en seconde année avec la théorie de la cause (la jurisprudence met cet article de côté, en appliquant la théorie de la cause.) Art. 900: Dans toutes dispositions entre vifs et testamentaires, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux bonnes moeurs, seront réputées non écrites.

C - Capacité de l'héritier institué.

La testamenti factio passive.

Il faut que l'héritier institué ait également, comme le testateur, la testamenti factio, ici passive. Quelles sont les personnes qui ont la testamenti factio passive? En principe, il faut avoir le commercium. Mais, il y a aussi certaines incapacités spéciales, qui n'ont pas duré toujours. La principale est l'incapacité qui a frappé les femmes. Une loi Voconia de 585, de Rome, dirigée contre le luxe et la dissipation, vint déclarer les femmes incapables d'être instituées héritières par un citoyen romain trop riche, un citoyen de la Ière classe, dont la fortune dépassait 100.000 as d'après les opérations du cens. Mais cette disposition n'a pas duré. Nous ne rencontrons plus cette incapacité dans la suite. Mais nous en rencontrons d'autres, qui frappent les apostats, les hérétiques et les juifs.

Incapacité des femmes (loi Voconia).

Autres incapacités.

A quel moment exige-t-on la testamenti factio de l'héritier institué?

Moments où la capacité est exigée.

Il faut qu'il soit capable au moment de la confection du testament, et aussi à la mort du testateur, ou au jour de l'arrivée de la condition. Il faut aussi qu'il ait la testamenti factio au jour où il fait adition d'hérédité, c'est-à-dire où il déclare accepter la succession.

Media tempora non nocent.

Cette capacité de l'héritier institué devait subsister dans tout l'intervalle de temps qui sépare la mort du testateur de l'adition d'hérédité. Mais les Romains n'admettaient plus la nécessité de cette persistance dans l'intervalle entre la confection du testament et la mort du testateur. C'est ce qu'exprime la règle connue: Media tempora non nocent, les temps intermédiaires ne nuisent pas. Institutes, 2. 19. 4.

Source : BIU Cujas

Les jus capiendi directo.

Observation très importante: il ne faut pas confondre la testamenti factio passive, c'est-à-dire la faculté d'être institué héritier dans un testament, avec ce qu'on appelle le jus capiendi directo. C'est le cas des célèbres lois caducaires, à savoir la loi Julia de 736 et la loi Papia Poppaea de 762 rendues sous Auguste dans le but de contraindre au mariage et de relever la natalité. Aujourd'hui encore, on fait des efforts en vue de la repopulation, par ex. en matière fiscale. Etant donné leur actualité, disons quelques mots des lois caducaires.

Les lois caducaires.

Conditions exigées pour succéder.

Elles exigent:

1° - que les hommes de l'âge de 25 à 60 ans vivent en état de mariage, ainsi que les femmes de 20 à 50 ans.

2° - Que les hommes aient au moins un enfant légitime, et les femmes au moins 3 enfants, si elles sont ingénues, et au mbins 4 enfants, si elles sont affranchies.

Sanctions.

Les sanctions sont les suivantes:

1° - Les personnes en âge d'être mariées et qui ne le sont pas, les coelibes, étaient frappées d'une incapacité totale de recueillir.

2° - Les hommes mariés sans enfants, orbi, ou les femmes mariées n'ayant pas le nombre d'enfants requis, étaient frappés d'une incapacité de moitié.

Cependant, il y avait un moyen d'éviter ces sanctions. C'était de se mettre en règle avec les prescriptions des lois caducaires, dans les 100 jours qui suivaient la délation de la succession.

Abrogation par Constantin.

Ces incapacités résultant des lois caducaires ont été effacées par Constantin.

D - Pluralité d'héritiers institués.

Jusqu'à maintenant, nous avons supposé que le de cujus n'avait dans son testament institué qu'un seul héritier. Mais il arrivait souvent que le testateur - ce qu'il lui était permis de faire - avait institué plusieurs héritiers. Dans ce cas 2 hypothèses sont à distinguer:

a) Le testateur n'a pas fait de répartition entre les divers héritiers institués. Alors la succession sera partagée également entre tous les héritiers qui recevront chacun une part virile.

b) le testateur a réparti sa succession entre ses divers héritiers comme il lui semblait bon, a fait une assignation de parts (héritier institué pro parte). La volonté du testateur devait être respectée à condition que le testateur ait disposé de

Source : BIU Cujas

toute sa succession (conséquence de la règle nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest)

Les Romains avaient pris l'habitude de comparer la succession à l'unité monétaire (as) et de la diviser en douze fractions (unciae, onces). Inst Just 2,14,5.

Ex le testateur institue un héritier pour 6 onces, un autre pour 4 onces, un autre pour 2 onces, au total 12 onces (1).

Si le testateur avait dépassé le chiffre de 12 onces, on considérait que l'unité de la succession (as) avait un nombre d'onces double (dupondius) ou triple (tripondius) etc.

A l'inverse, si le testateur n'avait pas atteint le chiffre de 12 onces, on concèderait que l'unité de la succession était d'autant d'onces qu'avait voulu le testateur, par exemple de 10 onces quand le total des assignations ne dépassait pas 10 onces. Inst Just 2,14,5.

Cas où le testament renferme à la fois des institutions pro parte et une institution sine parte

Que décider dans le cas où le testateur avait dans son testament à la fois institué des héritiers avec assignations de parts (pro parte) et un héritier sans désignation de part (sine parte) ? Dans ce cas, l'héritier institué sans désignation de part prenait la portion de l'hérédité qui n'était pas absorbée par les autres institutions d'héritier. Mais il pouvait arriver que le testateur eût dépassé les 12 onces Ex le testateur a institué un héritier pour 8 onces, un autre pour 4 onces, un autre sine parte. Dans ce cas on doublait la valeur de l'as, de telle sorte que l'as valût 24 onces, et l'on donnait à l'héritier institué sine parte 12 onces, soit la moitié de la succession (2)

---

(1) Les fractions d'once avaient un nom spécial: sextans, deux onces ou $\frac{2}{12}$ ou $\frac{1}{6}$ de l'as; quadrans, 3 onces ou $\frac{3}{12}$ ou $\frac{1}{4}$ de l'as; triens, 4 onces ou $\frac{4}{12}$ ou $\frac{1}{3}$ de l'as; quincunx, 5 onces ou $\frac{5}{12}$, semis, 6 onces ou $\frac{6}{12}$; septunx 7 onces ou $\frac{7}{12}$; bes 8 onces ou $\frac{8}{12}$; dodrans, 9 onces ou $\frac{9}{12}$; dextans, 10 onces ou $\frac{10}{12}$; deunx, 11 onces ou $\frac{11}{12}$. L'héritier institué pro parte était désigné de cette façon; heres ex sextante, ex quadrante, etc, L'héritier unique institué pour le tout était appelé ex asse

(2) Pour les cas d'institution ex certa re, voir Girard Manuel, p. 879, note 1, Pacchioni, Corso di diritto romano, t., 1910 pp. 260 et suivants

Source : BIU Cujas

Les substitutions.

A la pluralité de successibles il convient de rattacher les substitutions.

Définition

Qu'est-ce qu'une substitution ? C'est une institution en sous-ordre subordonnée à une condition de nature spéciale.

Dans le droit moderne, nous rencontrons aussi des substitutions. Mais il s'agit des substitutions fidéicommissaires qui n'ont rien de commun avec les substitutions du droit romain qui se rattachent à l'institution d'héritier.

Ces substitutions sont de 3 sortes;

1° - La substitution vulgaire,
2° - La substitution pupillaire,
3° - La substitution quasi-pupillaire.

I° - Substitution vulgaire.

C'est une institution en sous-ordre dans le cas où l'héritier institué ne viendrait pas à la succession.

On l'appelle ainsi parce qu'elle est la plus fréquente. Le testateur institue en sous-ordre un second héritier dans le cas où l'héritier institué, pour une raison quelconque (prédécès, répudiation, incapacité), ne viendrait pas à la succesion. Formule: Titius heres esto. Si Titius heres non erit, Maevius heres esto. Il paraît y avoir une série de substitués successifs. Le dernier substitué était ordinairement un esclave que l'on affranchissait en même temps dans le testament. De cette façon, le testateur était sûr de ne pas mourir intestat. L'esclave en effet était ce qu'on appelle un héritier nécessaire, c'est-à-dire un héritier qui ne pouvait pas répudier la succession.

Nature de la substitution vulgaire.

Les règles auxquelles se trouve soumise la substitution vulgaire découlent toutes de l'idée qu'elle est une institution d'héritier conditionnelle, c'est-à-dire faite sous une condition.

C'est une institution conditionnelle

1° - De ce que la substitution est une institution d'héritier, il en résulte qu'elle est soumise à toutes les règles de forme et de fond qui régissent l'institution d'héritier (Renvoi).

Conséquences.

2° - De ce que c'est une institution conditionnelle, il en résulte que le substitué ne pourra venir à la succession que si la condition se réalise, et par voie de conséquence que le substitué ne peut pas concourir avec l'héritier. Cependant le concours fut admis dans le cas exceptionnel suivant: Le testateur avait institué une personne qu'il croyait libre et lui avait substitué une autre personne. Or l'institué était esclave. L'application rigoureuse des principes aurait voulu que, la condition de la substitution s'étant réalisée, le substitué fût appelé et prît le tout. On décida cependant que l'institué et le substitué concourraient par moitié. C'est l'hy-

Cas où exceptionnellement le concours fut admis entre le substitué et l'institué.

Source : BIU Cujas

pothèse connue en doctrine sous le nom de l'esclave Parthenius. Car Justinien (Inst. 2.I5.4.) nous apprend que l'Empereur Tibère en avait décidé ainsi pour son esclave Parthenius.

La règle: substitutus substituto substitutus instituto videtur.

Une difficulté s'éleva, en ce qui concerne la détermination des droits du substitué, dans l'hypothèse où le substitué venant à la succession était substitué à un héritier, qui lui-même avait été substitué à un autre héritier. Exemple: Le testateur a institué Primus, Secundus et Tertius. Puis il a substitué à Primus Secundus, et à Secundus Quartus, un tiers ne figurant pas parmi les héritiers institués. Supposons que Primus et Secundus ne viennent pas à la succession. La question qui se pose est la suivante: Quartus ne pourra-t-il pas prendre en plus de sa part toute la part de Primus à qui Secundus a été substitué ? Ou bien faut-il, par application du droit d'accroissement, attribuer la part de Primus à Tertius et à Quartus ? C'est la première solution qui a prévalu, comme nous l'apprend Justinien, Inst. 2, 15, 2. La question fut tranchée par un rescrit des empereurs Sévère et Caracalla qui décida que le substitué appelé à défaut d'un substitué aurait toujours droit à la part que l'institué lui-même aurait recueillie. C'est ce qu'on exprime par la règle bien connue: Substitutus substituto substitutus instituto videtur Le substitué à un substitué est censé substitué à l'institué.

2° - Substitution pupillaire.

La substitution pupillaire consiste dans l'institution d'héritier que le paterfamilias faisait pour son fils pour le cas où ce fils viendrait à mourir avant la puberté (1) et par suite sans avoir pu faire de testament. Il veut éviter que son fils ne meure intestat et que ses biens ne soient dévolus à ses agnats ou à ses gentiles.

Cette substitution qui est d'origine coutumière remonte à un passé reculé. Elle a changé complètement de physionomie au cours de la législation romaine. Il y a lieu de distinguer, l'ancien droit et le droit classique.

a) l'ancien droit.

Le paterfamilias doit avoir soin d'instituer héritier son fils. Voici la formule employée: Titius filius meus mihi heres esto. Si Titius filius meus moritur antequam in suam tutelam venerit, Seius heres esto. Que mon fils Titius soit mon héritier. Si

---

(1) Par conséquent encore pupille, d'où le nom de substitution pupillaire

Source : BIU Cujas

mon fils Titius meurt étant encore en tutelle, que Seius soit héritier.

Ordinairement, à cette substitution pupillaire était jointe dans la même formule une substitution vulgaire pour le cas où le fils viendrait à mourir avant le paterfamilias: Titius filius meus mihi heres esto. Si Filius meus mihi heres non erit sive heres erit et prius moriatur quam in suam tutelam venerit, tunc Seius heres esto (Gaius II, 179): Que mon fils Titius soit mon héritier. Si mon fils n'est pas mon héritier ou bien s'il est mon héritier et meurt étant encore en tutelle, alors que Seius soit héritier (1).

---

(1) Ciceron nous rapporte, De oratore, 1, 39, 180; 2,32, 140 et 141; Brutus, 52, 194 à 198; De inventione, 2,42,122; Pro Caecina, 18,53; 24,67, que l'on se demanda si une simple substitution pupillaire ne devait pas être considérée comme entraînant substitution vulgaire. La question fut posée dans une affaire célèbre connue sous le nom de causa Curiana et que nous avons déjà rencontrée dans la Ière partie du Cours à propos de l'emploi de la rhétorique dans l'interprétation du droit. Un certain Coponius avait titué son enfant posthume dans le cas où il lui en naîtrait un (il pensait en effet que sa femme était enceinte) et lui avait donné comme substitué pupillaire Manius Curius. Mais aucun enfant ne vint au monde. Il s'éleva alors un procès entre, d'une part, les héritiers ab intestat de Coponius, qui soutenaient que, la condition d'ouverture de la substitution pupillaire, ne s'étant pas produite, la succession devait leur revenir, et d'autre part, Manius Curius qui, au contraire prétendait que l'intention du testateur était de laisser, quoi qu'il arrive, ses biens à la personne qu'il avait substituée. En somme il s'agissait de savoir qu'est-ce qui devait l'emporter, la lettre du testament, le scriptum, ou son esprit, la voluntas. Ce fut le jurisconsulte Quintus Mucius Scaevola qui soutint la première thèse, tandis que la seconde était défendue par le célèbre orateur L. Licinius Crassus. Ce fut cette dernière thèse qui fut consacrée par le tribunal des centumvirs devant lequel le procès fut plaidé, et c'est elle qui a prévalu à l'époque classique (Modestin, Dig. 28,6,4 pr.). Sur la causa Curiana, consulter en dernier lieu Stroux, Summum ius summa iniuria, Trad. italienne pp.672 et suivantes.

Source : BIU Cujas

Dans les deux cas, simple substitution pupillaire; double substitution, l'une vulgaire et l'autre pupillaire, on peut dire qu'au fond le paterfamilias ne faisait que règlementer le sort de sa propre hérédité, de telle sorte qu'il n'y avait qu'une seule hérédité, celle du pater. Mais une difficulté que signale Ciceron (De Inventione II, Chap. 21, § 62 à 64) s'éleva dans le cas où le fils aurait acquis des biens, par exemple par succession, entre la mort du père et son propre décès. Ces biens devaient-ils aller au substitué ou être dévolus aux agnats du fils décédé ? Si on adoptait la seconde solution, on violait la règle nemo pro parte .....(1) Aussi ce fut la première solution qui prévalut à l'époque classique (Dig. 28,6, 10 § 5)

Mais alors c'était implicitement admettre qu'il y avait dans la substitution pupillaire une double transmission: une transmission du père au fils, une autre du fils au substitué (2). Il devait en résulter à l'époque classique une transformation complète de la notion de substitution pupillaire.

b) Le droit classique.

Au lieu de considérer le père comme disposant de ses propres biens, on le considéra comme faisant par anticipation le testament de son fils. Il en résulta la conséquence importante que voici:

Le père ne fut plus obligé d'instituer héritier son fils. La substitution pupillaire put produire son effet même lorsque le père exhérédait son fils. Dans ce cas, le substitué recueillait tous les biens que le fils aurait acquis directement en vertu de successions, legs et donations venant de ses proches (biens adventices), Gaius II, 182.

Les jurisconsultes furent amenés à fixer la nature juridique de la substitution pupillaire. S'ils furent d'accord pour décider qu'il fallait y voir règlement de deux hérédités distinctes, celle du

---

(1) Cicéron se contente de donner les arguments en faveur de chacune des deux thèses sans nous dire le qui lui paraît la meilleure. Il s'agit là pour lui d'un exercice de rhétorique.

(2) C'était là un des arguments que Cicéron faisait mettre en avant par ceux qui avaient à soutenir la thèse suivant laquelle les biens acquis par le fils devaient aller au substitué: Pater enim et sibi et filio testamentum scripsit, dum is pupillus esset, le père en effet a fait un testament et pour lui-même et pour son fils, pour le cas où celui ci serait impubère.

Source : BIU Cujas

et celle du fils, ils n'allèrent pas jusqu'à dire qu'il y avait en réalité deux testaments, celui du père et celui du fils. Ils se prononcèrent pour l'unité de testament. Gaius II, 180. Certe unum est testamentum duarum hereditatum. Ulpien Dig. 28,6,2,4: Constat.....unum esse testamentum licet duae sint hereditates (1).

Du principe de l'unité de testament, il résulte que:

1° - Le paterfamilias devra commencer par tester pour lui-même. S'il fait une substitution pupillaire, il ne pourra la faire qu'après l'institution d'héritier qu'il fait pour lui-même.

2° - Toutes les causes qui peuvent entraîner la nullité du testament du pater entraînent par voie de conséquence la nullité de la substitution pupillaire.

Ces deux conséquences sont par Justinien (Inst 2 16,5) mises sous cette idée que la substitution pupillaire "pars et sequela est paterni testamenti", est une partie et la suite du testament du père.

3° substitution quasi-pupillaire

C'est la substitution qui a été créée ad exemplum, à l'exemple de la substitution pupillaire (Inst. Just II, 16,1). D'où le nom de substitution exemplaire qu'on lui donne également. Elle a son point de départ dans des décisions isolées des empereurs qui, au III° siècle, permirent à des ascendants de nommer des héritiers testamentaires à leurs descendants atteints d'aliénation mentale (Dig 28,6,43 pr.). Justinien (Code, 6,26,9) décida que l'ascendant d'une personne atteinte d'aliénation mentale pourrait faire le testament de celle-ci pour le cas où elle mourrait sans revenir à la raison.

Bien que faite à l'exemple de la substitution pupillaire, la substitution quasi pupillaire ou exemplaire, en différait aux points de vue suivants (Code 6,26,9; Inst. II, 16,1):

1° - La substitution quasi-pupillaire appartient à l'ascendant pour un motif d'affection, tandis que la substitution pupillaire a son fondement dans la patria potestas. Il en résulte qu'elle appartient aussi bien à l'ascendant maternel qu'à

---

(1) Gaius, II, 181 nous apprend que dans la pratique on mettait la substitution pupillaire dans la partie inférieure du testament, partie que l'on fermait à l'aide d'un fil spécial et d'une cire particulière et que dans la partie supérieure du testament on défendait d'ouvrir du vivant du fils encore impubère. Il y avait donc en fait deux testaments séparés.

Source : BIU Cujas

l'ascendant paternel.

2° - L'ascendant doit choisir le substitué quasi-pupillaire parmi ses descendants ou ses frères et soeurs. A leur défaut seulement pourra être choisie une tierce personne.

3° - La substitution pupillaire n'était valable qu'autant que l'ascendant avait laissé sa quarte légitime à son descendant atteint d'aliénation mentale.

IV - Causes de nullité ex post facto d'un testament.

Causes de nullité ex post facto.

Un testament, quoique valable ab initio, peut devenir nul par la suite, ex post facto, à raison de certaines circonstances qui peuvent survenir dans l'intervalle de temps qui sépare la confection du testament de la mort du testateur. Dans ce cas, nous nous trouvons en présence de trois variétés de testaments nuls:

Le testament ruptum.

1° - Le testamentum ruptum, rompu. Un testament devient ruptum pour les deux raisons suivantes:

a) par suite de la survenance d'un héritier sien au testateur. Renvoi à la théorie de l'exhérédation.

b) parce que le testateur procède à la révocation du testament.

Révocation du testament.

Rationnellement, le testateur doit pouvoir librement révoquer son testament.

Droit civil: Nécessité de la confection d'un nouveau testament.

Mais il ne faut pas encore qu'il ait suffi à Rome d'une simple manifestation de volonté du testateur pour faire tomber le testament. Jure civili, le testateur n'avait que le moyen de faire un testament nouveau.

Cette règle, conséquence du formalisme romain, était critiquable. La révocation d'un testament est avant tout une question de volonté, alors que le droit civil en faisait surtout une question de forme.

Aussi, cette rigueur du formalisme fut atténuée dans la suite, d'abord par le préteur et ensuite par le droit impérial

Droit prétorien. Destruction matérielle du testament.

1° - Droit prétorien Le préteur décida que le testateur pourrait révoquer un testament en le détruisant matériellement, qu'il n'était plus besoin de faire un testament nouveau.

Dans ce cas, le préteur appelait à la succession l'héritier ab intestat auquel il donnait

Source : BIU Cujas

une bonorum possessio.

D'autre part, dans le cas où le testateur a détruit le nouveau testament pour rendre son efficacité à l'ancien, si, le premier testament a été fait dans les formes du Droit prétorien, et s'il existe encore, l'héritier institué dans le premier testament pourra venir à la succession, grâce à une B.P. secundum tabulas.

2° - Droit impérial. On admit que le testateur pourrait révoquer directement son testament sans en faire un second.

Une constitution de Théodose II et d'Honorius, décida en 418 que les testaments seraient périmés au bout de dix ans (Code Théodosien,4,4,6). Justinien, tout en écartant cette révocation de plein droit, décida qu'à l'expiration du délai de dix ans, le testament pourrait être révoqué par une déclaration faite devant trois témoins ou apud acta (Code de Just. 6,23,27,2).

Péremption des testaments au bout de 10 ans.

D'autre part, une constitution de Théodose II et Valentinien décida que le testament inachevé pourrait révoquer le premier quand il appellerait à la succession les héritiers ab intestat et que son existence serait attestée par cinq témoins (Code de Just. 6,23,21).

2° - Le testamentum irritum. Un testament devient irritum quand le testateur subit une capitis deminutio postérieurement à la confection du testament. Il y avait toutefois une exception, pour le cas où un Romain devenait esclave en tombant au pouvoir de l'ennemi, en vertu de la théorie du postliminium et de la fiction de la loi Cornelia.

Le testament irritum.

Le préteur intervint pour atténuer les rigueurs du droit civil. Toutes les fois qu'un testament avait été fait dans les formes du droit prétorien et que le testateur avait subi une capitis deminutio, pourvu que le testateur redevînt capable avant son décès, le préteur donnait à l'héritier institué la bonorum possessio secundum tabulas. Gaius 2,147.

3° Le testamentum destitutum ou desertum, abandonné. Le testament est "abandonné" dans le cas de répudiation, de prédécès ou d'incapacité de l'héritier institué

Le testament destitutum ou desertum

La succession testamentaire dans le droit moderne.

Le droit français, nous l'avons déjà

Source : BIU Cujas

dit, n'a pas admis le principe romain de l'institution d'héritier. Le testament ne peut renfermer que des legs: legs universels, legs à titre universel, legs particulier.

Au contraire, les Codes étrangers récents reconnaissent l'institution d'héritier par opposition au legs, même ceux qui, comme le Code Civil allemand et le Code Civil suisse, sont d'inspiration germanique.

B.G.B § 2087: Lorsque le testateur a gratifié le bénéficiaire de tous ses biens, la disposition doit être considérée comme une institution d'héritier (Erbeinsetzung) même lorsque le bénéficiaire n'a pas été qualifié de ce titre.

Code civil suisse, art. 483: toute disposition portant sur l'universalité ou une quote-part de la succession est réputée institution d'héritier.

Parmi les Codes apparentés au Code Civil français, le Code Civil italien, art. 760 et 827, par analogie avec le Code Sarde, a également consacré l'institution d'héritier. Cons. Gangi, Istituzione di erede e legato, Rev. di dir. civile, 1929, pp. 1 et suiv.

Comme nous le verrons à propos des legs, le Code Civil français et surtout la jurisprudence ont une tendance à considérer le légataire universel comme un véritable héritier (Voir plus loin, chapitre IV).

Section II

LA SUCCESSION AB INTESTAT.

Ouverture de la succession ab intestat

La succession est dévolue ab intestat, lorsqu'un citoyen capable d'avoir un patrimoine meurt sans héritier testamentaire. Cette succession ab intestat ne s'ouvrira que quand on sera bien sûr que ne pourra pas s'ouvrir la succession testamentaire. C'est pour cela que nous avons commencé par étudier la succession testamentaire.

Héritiers appelés. Rapports du droit de famille et du droit de succession.

Les héritiers appelés à la succession ab intestat, ce sont les parents du défunt. Il y a rapprochement du droit du patrimoine et du droit de famille. Les héritiers ne seront pas les mêmes suivant la conception qu'une législation se fera de la parenté et de la famille. L'étude de la succession ab intestat en droit romain est donc des plus intéressante au point de vue historique et social, et elle est très importante également pour le droit moderne, car le dernier système qui a été appliqué en

Source : BIU Cujas

droit romain se trouve consacré par beaucoup de législations modernes parmi lesquelles se place au premier rang le Code Civil français.

Il y a quatre périodes à distinguer dans l'histoire de la succession ab intestat. C'est l'histoire de la parenté et de la famille que nous aurons à invoquer à nouveau. A l'examen, à propos du droit de la famille, on pourra être attiré vers des questions relatives aux successions et vice versa.

Périodes à distinguer.

I - Système du droit civil pur.
II - Système de l'édit du préteur
III - Réformes du droit impérial
IV - Système des Novelles de Justinien (le plus important pour le droit moderne, aboutissement du droit romain).
V - Le droit moderne.

I - Système du droit civil pur

L'ordre de dévolution de la succession ab intestat était fixé par la loi des XII Tables 5 : 5 : Si intestato moritur cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento. si une personne meurt ab intestat, et qu'elle ne laisse pas d'héritiers siens, que l'agnat le proche ait le patrimoine. S'il n'y a pas d'agnat, que les gentiles aient le patrimoine. On retrouve là les trois cercles concentriques de la parenté agnatique: La domus, l'agnation et les gentiles. Par conséquent, le droit civil pur modelant l'ordre de dévolution de la succession ab intestat sur la parenté agnatique même, connaît trois ordres d'héritiers.

La loi des XII Tables

Les trois ordres héritiers

I° - L'ordre des heredes sui, correspondant au cercle de la domus.
2° - L'ordre des agnats, correspondant au cercle de l'agnation.
3° - L'ordre des gentiles, correspondant au cercle de la gens.

§ I - L'ordre des sui heredes.

Les heredes sui, ce sont toutes les personnes qui étaient sous la puissance du défunt au moment de son décès et qui sont devenus sui juris par son décès. Ce sont: Les fils nés ex justis nuptiis, ou adoptifs, les filles, la femme in manu (qui est loco filiae); les petits-fils et les petites-filles.

Enumération des heredes sui

Source : BIU Cujas

Les femmes n'en ont pas.

Cet ordre d'héritiers manquera toujours aux femmes; une femme ne peut pas avoir d'héritiers siens, parce qu'elle ne peut pas exercer la patria potestas.

Le partage par souches (in stirpes.)

Comment se fait la dévolution aux sui heredes?

Les membres de cet ordre viennent tous à la succession quel que soit leur degré. Mais il y a alors partage par souches, in stirpes, origine de la représentation successorale. Par exemple: le défunt a laissé deux fils vivants, mais il avait eu un troisième fils qui est décédé avant lui, et qui a laissé trois enfants. On a diviser la succession en trois parts: une part sera attribuée au Ier fils vivant, une 2ème part au deuxième fils vivant, une 3ème part aux 3 enfants du fils prédécédé, qui se la partageront également entre eux.

Nature de la dévolution aux héritiers siens.

Quand les héritiers siens sont appelés à la succession, y a-t-il véritablement un droit de succession à leur profit? Ici, nous retrouvons le texte fameux de Paul, Digeste 28, 2, 11 : "Pour ce qui est des héritiers siens, il apparaît avec évidence que la propriété qu'ils avaient auparavant ne fait que continuer, de telle sorte qu'en réalité, il n'y a pas pour eux de succession, hereditas". Ainsi donc, les héritiers siens sont considérés moins comme succédant à des biens nouveaux, qu'ils ne continuent une propriété préexistante, comme étant, d'où leur nom, les héritiers d'eux-mêmes, sui heredes. Le fondement de leur vocation successorale, c'est la copropriété familiale.

§ 2 - L'ordre des agnats.

L'ordre des agnats.

C'est le premier ordre pour les femmes qui ne peuvent pas avoir d'héritiers siens.

Le partage par tête (in capita).

La succession est déférée à l'agnat le plus proche en degré. S'il y a plusieurs agnats au même degré, ceux-ci la partagent par tête, in capita.

Les femmes agnates succèdent-elles?

Les femmes agnates étaient-elles appelées à la succession? D'après l'opinion communément reçue, la solution doit être cherchée dans Paul, Sentence 4. 8. 5.. Paul nous apprend qu'à l'origine, il n'y avait pas de distinction d'après les sexes entre les agnats, et que, seulement plus tard, une interprétation doctrinale tirée de la loi Voconia (Voconiana ratione) a exclu les personnes du sexe féminin de l'hérédité de tous leurs agnats au delà du degré de frères et soeurs issus du même père que le défunt (qu'on appelle les consanguinei).

Distinction à faire: Les femmes consanguines succèdent seules.

Source : BIU Cujas

Fondement de l'exclusion des femmes agnates non consanguines.

Théorie nouvelle de Mr. Appleton.

Mais M. Charles APPLETON, dans son article déjà cité sur les interpolations de Gaius, Revue Historique de Droit I929, pages 235 et suivantes, a soutenu que la solution ne pouvait être donnée que par Gaius, Institutes, 3.23. La loi dont parle Gaius (I) serait la loi des XII Tables elle-même 5.4, qui avait décidé que les femmes agnates , au delà du degré de consanguines, n'hériteraient pas ab intestat. Voici comment M. APPLETON explique la disposition des XII Tables. D'après lui, ce serait comme une conséquence d'une espèce de copropriété familiale, appelée consortium , communauté entre enfants du même père (consanguinei) restés volontairement dans l'indivision après sa mort. C'est la continuation de la copropriété familiale qui existait de son vivant. (On retrouve la même pratique dans les communautés taisibles du moyen-âge). Si un des membres de cette communauté meurt sans laisser d'héritiers siens (qui alors auraient pris sa place), Le nombre des communistes se trouve réduit. Il n'y a alors aucune succession. C'est seulement en cas d'inexistence de consanguinei du sexe féminin comme du sexe masculin que la succession s'ouvrait au profit du plus proche agnat mâle. Proximus adgnatus, disent seulement les XII Tables, et non: proximave adgnata. La thèse de M. APPLETON semble assez séduisante.

§ 3 - Troisième ordre d'héritiers:

L'ordre des Gentiles.

Les gentiles héritent-ils collectivement ou individuellement?

Les règles du droit successoral , en ce qui concerne les gentiles, sont mal connues, par suite de la disparition précoce du jus gentilicium. Aussi est-il assez difficile , faute de textes, de le ressusciter. Les romanistes discutent si l'hérédité allait collectivement ou individuellement aux membres de la gens. Nous avons vu que, récemment, M. Michon, Professeur à la Faculté de Droit de Nancy. La succession ab intestat, Nouvelle Revue historique, I92I, pages II9 et suivantes, s'est prononcé en faveur du caractère collectif du droit successoral de la gens dans le très ancien droit romain, page I28: " A défaut de sui, la succession allait à la gens.

(I) Gaius 3.23: Item feminae agnatae, quaecumque consanguineorum gradum excedunt, nihil juris ex lege habent. sur la succession des femmes en droit romain, consulter en dernier lieu l'ouvrage de Giorgio. La Mira, successione ereditaria intestata e contro il testamento in diritto romano, Florence I930.

Source : BIU Cujas

(D'après cet auteur, à l'origine du droit romain, il n'y avait pas d'ordre des agnats, mais deux ordres seulement: les heredes sui et les gentiles). Les biens du défunt étaient repris par les gentiles appelés en bloc, sans discrimination de degré. C'est une sorte de déshérence au profit du clan ".

II - Réformes de l'édit du préteur.

Les bonorum possessiones ab intestat.

Le préteur appela non seulement les héritiers du droit civil, mais encore de nouveaux héritiers en accordant aux uns comme aux autres une bonorum possessio (Gaius 3,18 et suiv.)

Dans le système définitif, nous rencontrons en matière de succession ab intestat les bonorum possessiones suivantes:

La bonorum possessio unde liberi.

1° - La bonorum possessio unde liberi, évoquée déjà dans le droit de famille à propos de l'émancipation.

Dans cette classe, le préteur appelle non seulement ceux que le droit civil appelle comme héritiers siens, mais ceux qu'il eût appelés, s'ils n'avaient pas subi une capitis deminutio, par exemple les émancipés.

Comment se faisait la dévolution ? Les appelés succédaient par souches, in stirpes, à moins que tous ne fussent au premier degré, Ulpien, Regulae, 28,8; Gaius 2,137.

La bonorum possessio unde legitimi.

2° La bonorum possessio unde legitimi Dans cette classe le préteur offre la bonorum possessio à toutes les personnes que le droit civil lui-même appelle. Digeste. Unde legitimi 38,7.

La bonorum possessio unde cognati.

3° La bonorum possessio unde cognati Le préteur appelle ici les parents par le sang innovation considérable, Digeste Unde cognati, 38,8, donc tous les parents par le sang, même les parents par les femmes qui étaient exclus de la vieille famille patriarcale.

Limite de la successibilité

Cependant, il y avait une limite à la successibilité des cognats. Ils étaient appelés seulement jusqu'au 6° degré, et jusqu'au 7° degré pour les enfants de cousins issus de germains (les sobrino sobrinave nati).

La bonorum possessio unde vir et uxor.

4° - La bonorum possessio unde vir et uxor, origine du droit successoral moderne du conjoint survivant. Le préteur appelle ici le conjoint survivant qui, dans le mariage sine manu, n'était pas appelé par le droit civil. Digeste 38,11, Unde vir et uxor.

Connaissant les différentes bonorum pos-

Source : BIU Cujas

sessiones créées par le préteur en matière de succession ab intestat, nous avons deux questions importantes à résoudre en ce qui les concerne. 1° - Dates d'apparition respectives de ces bonorum possessiones. Nous les avons énumérées non pas dans l'ordre historique, mais dans l'ordre hiérarchique. 2° - Les effets de ces bonorum possessiones.

1° ordre historique des différentes bonorum possessiones.

Dates d'apparition des bonorum possessiones.

Ciceron connaît, peu avant la fin de la République, la bonorum possessio unde legitimi, et il paraît certain qu'il ne connaît pas encore les bonorum possessiones unde liberi ni unde vir et uxor (1). Au contraire, toutes les bonorum possessiones existent dès le temps de Labéon.

2° - Effets des bonorum possessiones.

Leurs effets.

La question revient à celle-ci: au profit de qui va être résolu le conflit entre les héritiers du droit civil et les héritiers créés par le préteur ? Qui va l'emporter ?

Le conflit entre les héritiers civils et prétoriens n'existe que dans la bonorum possessio unde liberi.

A l'origine, le conflit fut toujours tranché contre les héritiers prétoriens. Dans quels cas le conflit pouvait-il se produire ? Il ne pouvait pas se produire en cas de bonorum possessio unde legitimi, puisque le préteur appelait ici les héritiers mêmes du droit civil. Il accorde donc la bonorum possessio pour confirmer le droit civil. Il n'y a pas non plus conflit pour les bonorum possessiones unde cognati et unde vir et uxor, parce que ces deux bonorum possessiones étaient données par le préteur à défaut d'héritiers du droit civil. Il intervient donc pour suppléer le droit civil. Le conflit existe simplement au regard de la bonorum possessio unde liberi.

Cette bonorum possessio est d'abord sine re,

A l'origine, le conflit est tranché contre les bénéficiaires de cette bonorum possessio, qui sont pratiquement les émancipés. C'est ce qu'on exprime, nous l'avons vu, par la formule: la bonorum possessio est sine re. Donc, les émancipés, pouvaient être dépouillés par la pétition d'hérédité intentée contre eux par les héritiers civils.

puis cum re.

Mais plus tard, la bonorum possessio, de sine re, se convertit en bonorum possessio cum re, c'est-à-dire que, désormais, les émancipés furent protégés par une exception leur permettant de paralyser victorieusement la pétition d'hérédité des héritiers du droit civil.

---

(1) Il y a doute pour la Bonorum possessio unde cognati. Voir Girard, p. 899.

Source : BIU Cujas

A quelle époque le conflit a-t-il été tranché contre les héritiers du droit civil ? Au plus tard au milieu du 1er siècle après Jésus-Christ.

III. Réformes du droit impérial.

Nouveaux héritiers du droit civil.

De nouveaux héritiers du droit civil, furent créés à l'époque impériale, soit par des sénatusconsultes, soit par des constitutions impériales, qui sont des sources du droit civil, et ces nouveaux héritiers, ce sont des personnes rattachées au défunt par la parenté cognatique; nous assistons donc au progrès de la parenté cognatique. Ce sont d'abord les sénatusconsultes étudiés à propos des rapports de la mère et de l'enfant, les sénatus-consultes Tertullien et Orfitien. Nous renvoyons au droit de la famille.

Sénatusconsultes.

Constitutions impériales.

Le mouvement fut continué par des constitutions impériales postérieures. Valentinien, Théodose et Arcadius étendirent le droit de succession des enfants aux autres ascendants en ligne féminine. Cela est intéressant pour la théorie des bona adventicia.

IV. Système des Novelles.

Les Novelles 118 et 127.

Ce système, qui est l'origine immédiate du système du Code civil français, a été consacré par la fameuse Novelle 118, de 543, complétée sur un point particulier par la Novelle 127 de 548. Dans ce système, les héritiers sont répartis en quatre grandes classes.

Les 4 classes d'héritiers.

Les descendants.

Ière classe: Les descendants, et ici tous les descendants, quels qu'ils soient, aussi bien ceux qui n'étaient pas sous la patria potestas, que ceux qui y étaient, en ligne masculine ou en ligne féminine. Le partage a lieu par souches, in stirpes. Si un enfant est prédécédé, ses enfants, viennent le remplacer. Mais le partage par souches du droit romain, très simple, facile à comprendre, a été compliqué, dénaturé, par les glossateurs avec la théorie de la représentation fiction. C'est là un exemple de mauvaise fiction.

Malheureusement, le Code Civil a adopté ce système que les Codes modernes récents ont avec raison rejeté par exemple le Code Civil allemand § 1924 (1).

---

(1) Cons. Denagiscarde. De la représentation successorale, thèse Paris 1909.

Source : BIU Cujas

Les ascendants.

2ème classe: les ascendants.- A défaut de descendants, les ascendants étaient appelés à la succession. Mais certains collatéraux étaient appelés en concours avec eux. Ce sont les collatéraux dits privilégiés, les frères et soeurs germains, c'est-à-dire du même père et de la même mère. Il y a donc deux hypothèses à distinguer.

Le plus proche succède.

I° Hypothèse: le défunt n'ayant ni frères ni soeurs germains, laisse des ascendants. L'ascendant le plus proche était appelé à la succession, sans qu'on eût à distinguer les lignes auxquelles appartenaient les ascendants, la ligne paternelle et la ligne maternelle. Ainsi l'ascendant le plus proche du côté maternel exclut entièrement les ascendants les plus éloignés de la ligne paternelle, comme ceux de la ligne maternelle.

Pluralité d'ascendants.

Mais quand le défunt laissait plusieurs ascendants au même degré, mais appartenant à des lignes différentes, le partage, au lieu de se faire par têtes, se faisait par lignes, in lineas, et ensuite, à l'intérieur de chaque ligne, par tête, in capita.

Concours des Collatéraux privilégiés avec les ascendants.

2° Hypothèse: concours des ascendants avec des collatéraux privilégiés. Le partage se faisait entre eux de façon que chacun eût une part égale à la succession, ita ut singuli aequalem habeant partem. Le partage devait donc se faire par têtes, in capita. Toutefois, en cas de décès d'un frère ou d'une soeur, il y avait lieu à la reconnaissance du partage par souches, in stirpes, mais alors restreint aux enfants du premier degré, des frères et soeurs germains prédécédés, c'est-à-dire aux neveux et nièces du défunt.

3° classe.

3° classe: les collatéraux privilégiés.

Collatéraux privilégiés.

Ce sont les frères et soeurs germains qui passent les premiers. Ils partagent par têtes, et, ici encore, par souches au profit des enfants du premier degré.

Après seulement viennent les frères et soeurs unilatéraux, c'est-à-dire les frères et soeurs consanguins, du même père, ou utérins, de la même mère: ils sont écartés par les frères et soeurs germains, mais ils étaient préférés aux autres collatéraux. Ils font donc partie de la classe des collatéraux privilégiés.

Collatéraux ordinaires.

4° classe: Les collatéraux ordinaires.

C'est le collatéral le plus proche en degré qui l'emporte. Les collatéraux au même degré concourent par têtes.

"Les Cours de Droit" Répétitions Écrites et Orales
3, PLACE DE LA SORBONNE, 3 Q

Source: BIU Cujas

V. Le droit moderne.

Dans l'ancien droit français, le système de la dévolution de la succession ab intestat est des plus difficile et des plus complexe.

Pays de droit écrit.

Dans les pays de droit écrit, c'est le système de la Novelle 118, qui est appliqué, avec le principe romain de l'unité de patrimoine.

Pays de coutumes.

Au contraire, dans les pays de droit coutumier, on ne retrouve plus ce principe de l'unité de patrimoine. Le mode de dévolution varie suivant la nature des biens. Une grande distinction est faite entre la succession aux propres et la succession aux meubles et acquêts. Mais il y a une tendance, à la fin de l'ancien droit, à considérer la dévolution des meubles et des acquêts comme constituant le droit commun.

Le Code civil français.

Le Code Civil français a unifié et simplifié ce système si compliqué de l'ancien droit français, et il a adopté, avec le système romain de l'unité de patrimoine, le système des ordres et des degrés de la Novelle 118. Voici le tableau de la dévolution ab intestat, d'après le Code civil français art. 745 et suivants. Les héritiers sont répartis en 4 ordres.

Les quatre ordres d'héritiers.

1° ordre, les descendants avec représentation à l'infini.

Les descendants.

2° ordre: les frères et soeurs et les descendants d'eux (avec représentation illimitée et non plus arrêtée au 2° degré), en concours avec les père et mère. Le frère hérite seul de son frère, si les père et mère sont prédécédés.

Les frères et soeurs et leurs descendants.

Jusqu'ici on n'a pas à distinguer si les biens viennent de la ligne paternelle ou de la ligne maternelle. A partir du 3° ordre, on va rechercher l'origine des biens. Mais au lieu de faire des recherches exactes, comme dans l'ancien droit français, on suppose que la fortune d'un individu vient pour moitié de ses ancêtres paternels et par moitié de ses ancêtres maternels. D'où l'introduction ici du système de la fente. La succession est divisée en deux masses:

Le principe de la fente.

L'une revient aux parents de la ligne paternelle, l'autre aux parents de la ligne maternelle. C'est la concession faite par le Code civil au système compliqué de l'ancien droit.

3° Ordre: Les ascendants. Mais d'après

Source : BIU Cujas

Les ascendants

l'article 754, le père et la mère survivant a l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété.

4° Ordre: les collatéraux ordinaires (jusqu'au douzième degré, dans le Code civil de 1804). C'est le collatéral le plus proche qui l'emporte avec la division de la succession entre la ligne paternelle et la ligne maternelle.

Les collatéraux ordinaires.

Ainsi donc, le Code civil français de 1804 reproduit en somme à peu de choses près la Novelle 118. Cela n'était pas pour étonner l'éminent civiliste, Ambroise Colin.

Dans le livre du centenaire du Code civil paru en 1904, Tome I, page 309, dans son article, Le Droit de succession dans le code civil, Ambroise Colin s'exprimait ainsi: "Pouvait-il en être autrement ? Nous ne le pensons pas, et trois raisons fournies par l'histoire vont justifier l'exclusion du système coutumier.

Motifs de l'exclusion du système coutumier dans le Code Civil.

"Et d'abord, le régime romain était plus simple, plus équitable, et il est impossible de méconnaître qu'il répondait à un type supérieur de législation. "Retenons en passant cet hommage d'un éminent civiliste au droit romain.

Simplicité du régime romain.

" De plus, puisqu'on considérait que, pour le régime coutumier, la succession aux meubles et aux acquêts était celle du droit commun, le type de dévolution qu'elle consacrait et qui était à peu près conforme à celui de la novelle 118, devait nécessairement l'emporter dans une législation unitaire.

Caractère de droit des successions aux meubles et acquêts.

"Enfin 3° raison fournie par l'histoire, la Novelle 118, était appliquée sans restrictions et sans réserves dans les pays de droit écrit".

L'histoire de la Novelle 118 dans les pays de droit écrit a été faite de façon tout à fait remarquable par Jarriand, dans sa thèse de doctorat, Paris 1889. M. Ambroise Colin en donne dans son article un résumé que nous reproduisons. "Au cours des derniers siècles de la monarchie, les grands parlements du Midi s'étaient attachés avec une patiente obstination à étendre et à généraliser l'application uniforme du droit de Justinien. Sous leurs efforts, tous les statuts locaux, qui reproduisaient par place les règles successorales coutumières (il y avait en effet des coutumes dans les pays de droit écrit), statuts à la vérité assez nombreux, surtout dans la région du Sud-Ouest, longtemps soumise à l'influence anglo-normande (La Guyenne par exemple), avaient peu à peu perdu du terrain, puis disparu, à quelques ex-

La Novelle 118 dans les pays de droit écrit.

Source : BIU Cujas

ceptions près. Incorporés le plus souvent dans des chartes municipales et non pas, comme dans le Nord, en un texte de rédaction royale, les règles du droit privé local n'avaient pas survécu aux organisations consulaires, aux libertés urbaines sur lesquelles la royauté avait fait peser le niveau de la centralisation. L'unification du droit successoral s'était ainsi trouvée réalisée dans toute une moitié de la France et au moyen de la Novelle 118".

Ce système a été admis par les codes latins que nous avons cités dans notre introduction. Ajoutons-y le code néerlandais.

Le système germanique des parentèles.

Par contre, si on laisse de côté le droit successoral, anglais, si particulariste, nous rencontrons dans les récentes législations, en ce qui concerne la dévolution ab intestat, un système complètement différent du système des ordres et des degrés du Code civil français. Ce système, d'origine germanique, se trouve consacré aujourd'hui en Autriche, en Allemagne et en Suisse (Turquie), et ce sera le droit tout à fait prochain de la Hongrie.

Ses applications historiques en France.

Ce système avait été consacré en France par le droit révolutionnaire, dans la fameuse loi de nivôse an II. On le trouvait aussi en France avant la Révolution dans un certain nombre de coutumes dites à représentation illimitée, Anjou, Bretagne, Normandie. Pour la Normandie, voir la thèse remarquable de Robert Besnier, la représentation successorale en droit normand, Caen 1929.

Notion des parentèles.

Quel est ce système opposé à celui des pays latins ? C'est le système des parentèles. Par parentèle, on entend le groupe des personnes unies les unes aux autres par suite de leur rattachement au même auteur commun. Si on prend comme point de départ une personne déterminée, la première parentèle sera formée par cette personne elle-même et tous ses descendants; la deuxième, par ses père et mère et leurs descendants, c'est-à-dire par ses frères et soeurs et ses neveux; la troisième, par ses aïeuls et leurs descendants, c'est-à-dire ses oncles, ses tantes et ses cousins germains; la quatrième, par ses bisaïeuls et ses descendants, grands-oncles, grand' tantes, cousins issus de germins; et ainsi de suite en remontant sur l'arbre généalogique. C'est le système de la parenté par lequel on suit les ramifications de l'arbre généalogique. On épuise tous les rameaux, avant de remonter sur le tronc à la recherche des rameaux plus éloignés.

D'où le principe suivant qui résume tout ce système de dévolution: la parentèle la plus

Source : BIU Cujas

La parentèle la plus proche exclut la parentèle la plus éloignée.

proche exclut la parentèle la plus éloignée, c'est-à-dire la succession n'est dévolue à la parentèle suivante que s'il n'existe plus aucun représentant de la parentèle précédente. Par exemple l'arrière-petit-neveu du défunt, qui appartient à la deuxième parentèle, exclut le grand-père qui ne fait partie que de la troisième. Sur ce système des parentèles voir la première thèse de M. Fliniaux. Le système des parentèles, comme mode de dévolution de la succession ab intestat. Etude de droit civil comparé, Paris 1906 (Voir à la page 15 une figure schématique).

Fondement de la succession ab intestat.

Avec les systèmes de dévolution dont nous venons de parler, nous sommes amenés à l'examen d'une question plus haute, celle du fondement même de la succession ab intestat. En effet, pour ce qui est du fondement de la succession ab intestat, nous assistons aujourd'hui à un conflit d'idées, à un conflit entre la conception individualiste et la conception sociale de la succession ab intestat.

La conception individualiste.

Les rédacteurs du Code Civil français, suivant les idées romaines, ont rattaché le droit successoral à la conception individualiste, au droit de propriété. La succession ab intestat, dans cette conception, a pour fondement l'intention présumée du défunt. La loi est le testament présumé du défunt. Cette idée a été exprimée par Jaubert au Corps législatif: "A défaut des dispositions de l'homme, la loi distribue ses biens selon ses vues présumées d'affection" (Fenet, Tome I, page CXI).

La conception sociale.

La conception sociale est admise par le Code Civil suisse. Non seulement le Code civil suisse limite la successibilité, mais encore il attribue, en concours avec les parents, un véritable droit de succession à l'Etat. Voici un passage des travaux préparatoires du Code Civil suisse (rapport du professeur Virgil Rossel): "Le cercle de la famille successorale doit être rétréci. La famille successorale elle-même doit compter aujourd'hui avec l'Etat parce que celui-ci remplit aujourd'hui une bonne partie des tâches qui incombaient aux parents; instruction, assistance, protection de l'individu. Tout cela et bien d'autres choses encore étaient jadis affaires de la famille, ce sont de notre temps des services publics. L'Etat joue dans une certaine mesure le rôle de la famille ancienne; il s'est rapproché de nous, solidarisé avec nous, nous vivons de sa vie et puisque nous en recevons davantage que de parents éloignés, il est naturel que nous lui devions davantage". Cons. René Cassin professeur à la Faculté de droit de Paris, La conception des droits de l'Etat en matière successorale

L'Etat héritier.

Source : BIU Cujas

dans les projets du Code Civil suisse. Thèse Paris, 1914 (1).

La loi française du 31 Décembre 1917.

Suivant ces idées la loi française du 31 Décembre 1917 a limité la successibilité en ligne collatérale au 6° degré, et la proposition Palmade tend à reconnaître l'Etat comme héritier. On pourra consulter la thèse de Mr. Jean Chevalier, Professeur à la Faculté de droit de Grenoble, l'Evolution des droits de l'Etat dans les successions, Grenoble 1925; Saint Geniest, La loi du 31 Décembre 1917 et la réduction de la vocation héréditaire en ligne collatérale. Thèse Toulouse 1921.

Conciliation des conceptions individualiste et sociale.

M. Fliniaux pense qu'il est possible de faire une conciliation entre ces deux idées et de donner satisfaction à l'une et à l'autre. Voici, selon lui, la formule du droit français de l'avenir: A la base de la dévolution ab intestat, il y a à la fois un devoir personnel et un devoir social. Cf. Vallier, Le fondement du droit successoral, Thèse Paris 1902.

Section III.

LA SUCCESSION DEFEREE A L'ENCONTRE DU TESTAMENT.

La succession est, en droit romain, déférée à l'encontre du testament en vertu de deux théories principales:

Théories déférant la succession à l'encontre du testament.

1° - La théorie de l'exhérédation.

2° - La théorie de la querela inofficiosi testamenti (une des origines de l'institution moderne de la réserve héréditaire).

En vertu de la Ière théorie, le testament tombera en tout, ou en partie, bien qu'il ait été fait dans les formes régulières, par un testateur capable, au profit d'un héritier capable, s'il

---

(1) Dans le droit soviétique récent, la dévolution successorale a lieu sans limitation quant à son montant, au profit des descendants, du conjoint et des personnes à la charge du défunt qui sont incapables de travailler et indigentes, les héritiers étant d'ailleurs tous appelés par parts égales et tenus seulement du passif intra vires. Ils sont les seuls pouvant bénéficier de dispositions testamentaires. Cons. Eliachevitch, Tager et Nolde, Traité de droit civil et commercial des Soviets, Paris, 1930.

Source : BIU Cujas

ne contient pas l'institution ou l'exhérédation expresse de certains héritiers présomptifs.

En vertu de la 2° théorie, le testament pourra être attaqué, bien qu'il contienne une exclusion régulière des héritiers présomptifs, s'il ne laisse pas à certaines personnes une quotité de biens suffisante.

Ce sont là deux garanties distinctes, qui ont été établies successivement contre le pouvoir du testateur de dépouiller ses héritiers légaux. La première, l'exhérédation, est la plus ancienne. Pour cette raison, nous l'étudierons la première.

I. L'exhérédation.

Origine de l'exhérédation.

Le droit romain n'admettait pas qu'un citoyen romain pût dans son testament omettre ses descendants en faveur d'un étranger. Ce citoyen devait ou les instituer ou les exhéréder.

Ière opinion: c'est une restriction imaginée par les juristes à la liberté de tester.

Quelle est l'origine de cette institution ? D'après certains auteurs, l'exhérédation ne serait pas fort ancienne dans la législation romaine. Elle aurait été imaginée après la loi des XII Tables par des jurisconsultes des derniers siècles de la République, pour apporter certaines restrictions à la liberté de tester, Il résultait, en effet, de cette liberté testamentaire des dangers pour les enfants du testateur.

Ceux-ci pouvaient être complètement dépouillés de la succession paternelle, par la simple omission que le paterfamilias faisait d'eux dans son testament. Aussi décida-t-on que le paterfamilias devait, en termes précis, exprès, dans son testament, déclarer qu'il voulait écarter ses enfants de sa succession. De cette façon, on était sûr que le paterfamilias avait pensé à ses enfants, et son intention de les écarter de sa succession apparaissait manifeste. On pouvait même espérer que le paterfamilias s'arrêterait quand il lui faudrait écrire dans son testament la formule même de l'exhérédation, dans le cas où il n'aurait aucune bonne raison pour écarter ainsi ses enfants de la succession

Opinion récente: Girard: L'exhérédation dérive de la copropriété familiale.

Voilà les idées ordinairement émises sur les origines de l'exhérédation. Ces idées ont été contestées par d'autres auteurs, principalement par Girard, et c'est là, on peut le dire, l'opinion qui tend à prévaloir aujourd hui. D'après cette nouvelle opinion, que Mr. Fliniaux adopte, car elle est conforme à la façon dont il conçoit les origines et le développement du droit successoral romain (Voir

Source : BIU Cujas

troduction générale), c'est non pas en vertu de ses avantages, mais au contraire comme une conséquence du droit de copropriété des enfants sur les biens de la famille, qu'aurait pris naissance la théorie de l'exhérédation. S'il en est ainsi, la nécessité de soumettre à l'exhérédation des heredes sui le paterfamilias, remonterait bien au-delà de la loi des XII Tables. Donc, dans le premier testament qu'a connu le droit romain, le testament comitial, existerait déjà la nécessité pour le paterfamilias d'exhéréder ses enfants; ce ne serait donc pas les jurisconsultes qui, après la loi des XII Tables, auraient soumis le paterfamilias à la nécessité d'une exhérédation; ils se sont seulement occupés de l'exhérédation pour en fixer les règles.

Ce sont ces règles que nous allons étudier. Nous suivrons l'ordre historique. En effet, la théorie de l'exhérédation a subi des modifications au cours de la législation romaine.

§ I - L'ancien droit civil.
§ 2 - Le droit prétorien.
§ 3 - Les réformes de Justinien.

§ I - L'ancien droit civil.

Le paterfamilias doit instituer ou exhéréder ses heritiers siens.

Le paterfamilias devait instituer ou exhéréder ses héritiers siens, heredes sui, c'est-à-dire les personnes qui sont placées sous sa puissance immédiate, héritiers siens présomptifs: fils, filles petits-enfants, femme in manu.

L'exhérédation doit être expresse; nomination pour le fils de famille.

Dans quelle forme devait se faire l'exhérédation de ces héritiers siens? Le testateur devait s'exprimer en termes exprès et impératifs. exheres esto; exheredes sunto. Mais il y avait une différence entre, d'une part, l'exhérédation du fils de famille et, d'autre part; l'exhérédation d'une fille ou d'un petit-fils. L'exhérédation du fils devait se faire nominatim, nominativement. Le paterfamilias devait s'exprimer en termes tels qu'il fût certain que sa pensée s'était fixée spécialement sur la personne de son fils. Filius meus exheres esto.

Inter coeteros pour les filles et les petits-enfants.

Au contraire, l'exhérédation d'une fille ou d'un petit-fils peut se faire inter coeteros, c'est-à-dire que le paterfamilias, après l'institution d'héritier, pourra insérer dans le testament la formule; Coeteri exheredes sunto, que tous les autres (autres que celui ou ceux que j'ai institués) soient exhérédés.

Si l'exhérédation n'était pas régulière, l'héritier était considéré comme ayant été omis.

Source : BIU Cujas

Quelles étaient les sanctions de l'omission?

Sanction de l'omission.

Il faut ici encore distinguer suivant qu'il s'agit de l'omission d'un fils ou de l'omission d'une fille ou d'un petit-fils .

Omission d'un fils; le testament est nul .

a) S'il s'agit de l'omission d'un fils, le testament sera nul. Gaius 2.I23. Mais les jurisconsultes ne s'accordaient pas sur le caractère à assigner à cette nullité. D'après les Sabiniens, le testament était nul ab initio. On appellera alors à la succession les héritiers ab intestat qui auront la pétition d'hérédité pour exercer leur droit. D'après les Proculiens, la nullité existe seulement dans l'intérêt de l'enfant omis , elle est relative. Par suite, si l'enfant omis est prédécédé, on ouvrira la succession testamentaire à la mort du testateur. Ce fut la théorie sabinienne qui prévalut dans la législation romaine.

Controverses sur le caractère de la nullité.

Omission d'une fille ou d'un petit-fils.

b) - S'il s'agit de l'omission d'une fille ou d'un petit-fils, le droit civil n'admettait plus la nullité pure et simple. Il appelait la fille ou le petit-fils à la succession du paterfamilias, concurremment avec les héritiers institués dans le testament, en vertu de ce qu'on appellait le jus adcrescendi, c'est-à-dire le droit d'accroissement. Ils étaient réputés héritiers et, par suite, soumis aux charges qui grevaient la succession.

Le jus adcrescendi.

Fixation de la part héréditaire des omis.

Quelle était leur part héréditaire? Cela dépendait de la qualité des héritiers institués dans le testament du paterfamilias. A ce point de vue, il convenait de distinguer si c'étaient des heredes sui, ou des heredes extranei.

a) Si c'étaient des heredes sui, le petit-fils ou la fille omis viendront à la succession pour une part virile. Ils prennent donc en définitive ce qu'ils auraient pris, s'ils étaient venus à la succession ab intestat.

b) Si ce sont des heredes extranei, le petit-fils ou la fille viendra concourir pour moitié de la succession, ad dimidiam partem. Gaius 2.I24.

Cas où des sui et des extranei ont été institués.

Que fallait-il décider dans le cas où le paterfamilias avait institué dans son testament à la fois des heredes sui et des heredes extranei? Un passage des Sentences de Paul, 4.8, répond à la question. Il faut procéder comme s'il y avait deux hérédités. L'une sera dévolue aux sui, l'autre aux extranei. Supposons qu'il s'agisse d'une fille omise. Elle prend une part virile de l'ensemble des portions attribuées aux heredes sui, et la moitié des portions

Source : BIU Cujas

attribuées aux extranei.

La survenance d'héritiers siens posthumes rompt le testament.

Il peut se faire qu'après avoir testé il survienne au paterfamilias des heredes sui, par exemple par suite de naissance, d'adoption, de mariage cum manu. Ses héritiers siens qui surviennent ainsi sont appelés posthumes, postumi. Dans cette hypothèse, le testament était ruptum, que l'héritier sien survenu soit un fils, une fille ou un petit-fils. Cette rupture du testament, le paterfamilias ne pouvait pas l'éviter par le moyen d'une exhérédation ou d'une institution d'héritier faite préventivement. Pour exhéréder un héritier sien, il faut qu'il ait déjà cette qualité au moment de la confection du testament. La théorie du droit civil était donc bien rigoureuse pour le testateur. Dans certains cas, il pouvait bien refaire son testament, mais cela n'était pas possible quand il survenait un héritier sien après son décès. Aussi chercha-t-on à éviter au testateur la rupture de son testament, par le moyen d'une exhérédation ou d'une institution d'héritier faite préventivement dans son testament. C'est la théorie des postumi.

Théorie des postumi.

Posthumes pour lesquels fut admise la nécessité d'une exhérédation ou d'une institution préventive.

La nécessité d'une exhérédation ou d'une institution préventive fut admise pour les posthumes suivants: enfants tombant sous la puissance immédiate du testateur et qui deviennent ses héritiers siens après la mort du testateur ou après la confection du testament, soit par la naissance soit par la disparition du père intermédiaire.

Ce sont les jurisconsultes qui firent admettre cette nécessité dans le cas où le posthume naîtrait après la mort du testateur; ce fut le législateur (loi Junia Vellaea) qui étendit cette nécessité au cas où le posthume naîtrait après la confection du testament.

Le droit romain a connu en tout cinq sortes de posthumes:

1° - le posthume légitime.
2° - Le posthume Aquilien
3° - Le posthume Velléien.
4° - Le posthume quasi-Velleien
5° - Le posthume Julien.

Nous allons voir en quoi ils se différenciaient les uns des autres:

1° - Posthume légitime. C'est celui qui naît après la mort du paterfamilias et qui aurait été sous la puissance immédiate du testateur si au moment de la confection du testament il était déjà né. ex: femme enceinte au moment de la confection du

Source : BIU Cujas

testament.

2° Posthume Aquilien. - C'est celui qui naît après le décès du paterfamilias, mais qui n'aurait pas été sous la puissance immédiate du testateur s'il était né au moment de la confection du testament. Exemple: Le fils du paterfamilias meurt laissant sa femme enceinte, puis le paterfamilias décède à son tour.

3° Posthume Velléien. C'est celui qui naît dans l'intervalle entre la confection du testament et la mort du testateur.

4° - Posthume quasi-Velleien.- C'est celui qui existe déjà au jour de la confection du testament, mais qui tombe ensuite sous la puissance immédiate du paterfamilias par suite du décès du père intermédiaire.

5° Posthume Julien. C'est celui qui, sans être né au moment de la confection du testament, tombe sous la puissance immédiate du paterfamilias, par suite du décès, du père intermédiaire.

Formes de l'exhérédation préventive.

Comment devait être faite l'exhérédation préventive des posthumes?

A l'origine on distingua entre le fils d'une part, les fille et petits fils d'autre part. Le fils devait être exhérédé nominatim, la fille ou le petit-fils pouvait l'être inter coeteros.

Plus tard on distingua entre les posthumes mâles et les posthumes du sexe féminin. Les premiers devaient être exhérédés nominatim, les autres pouvaient l'être inter coeteros . Gaius.2. I34. nous apprend que c'est la loi de Junia Vellaea qui introduit cette nouvelle distinction.

Insuffisance de la théorie des postumi.

Telle est la théorie des posthumi. Il est facile de s'apercevoir qu'elle ne suffirait pas à empêcher la rupture du testament dans tous les cas où il pouvait être ruptum; Exemple: Le paterfamilias adoptait, légitimait des enfants, épousait une femme in manu. On admit dans ces hypothèses que l'institution préventive, mais non l'exhérédation préventive empêchait la rupture du testament. Dig. 28,2,23,I. (I)

(I) Cependant il y avait une hypothèse où, comme nous l'apprend Gaius.2.I43, on pouvait par une exhérédation préventive éviter la rupture du testament. C'est lorsqu'un enfant acquiert la qualité d'heros suus après la mort de son père au moyen de l'erroris causa probatio.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Le droit prétorien.

Le préteur étend aux capite minuti l'exhérédation.

Nous rencontrons des règles particulières. D'abord au sujet des personnes qui doivent être exhérédées ou instituées .

Le préteur confirma le droit civil, et pensa qu'il y avait lieu de donner plus d'extension au système de l'exhérédation du droit civil. Il décida que les enfants du testateur qui auraient eu la qualité d'héritiers siens, s'ils n'avaient pas subi une capitis deminutio, et n'étaient pas entrés dans une autre famille, devaient être institués ou exhérédés. Ce sont principalement les émancipés. Nous avons vu, en effet, que le préteur appelait en principe l'enfant ayant subi une capitis deminutio à la succession du paterfamilias, par la bonorum possessio unde liberi. Le préteur, partant de cette assimilation, en conclut logiquement que le paterfamilias ne devait pas se borner à instituer ou à exhérédér ses héritiers siens encore en puissance, mais encore les liberi, c'est-à-dire ceux sortis de sa famille par une capitis deminutio, en l'espèce les émancipés.

Formes de l'exhérédation.

Quant aux formes de l'exhérédation le préteur adopte une nouvelle réglementation, il établit une autre distinction que celle du droit civil. Il distingue entre les personnes de sexe masculin et les personnes de sexe féminin. Les mâles doivent être exhérédés nominatim; les femmes peuvent être exhérédées inter coeteros.

La sanction est la bonorum possessio contra tabulas.

Enfin le préteur introduit une modification importante pour les conséquences de l'omission ou de l'exhérédation irrégulière. En droit civil, la sanction était, tantôt la nullité du testament, tantôt le droit pour les omis de s'adjoindre aux héritiers inscrits dans le testament. En droit prétorien, la sanction sera toujours le droit de demander au préteur la bonorum possessio contra tabulas , à l'encontre du testament, qui a fait son apparition à une époque qu'on peut localiser entre Cicéron et Labéon.

La nullité est relative.

Quel est l'effet de cette bonorum possessio contra tabulas? C'est d'entraîner la rescision du testament. Il ne s'agit plus ici d'une nullité absolue, mais d'une nullité simplement relative. En effet, la bonorum possessio contra tabulas s'ouvre seulement à certaines conditions, au profit de certaines personnes, pour faire tomber certaines

Source : BIU Cujas

dispositions du testament, enfin pendant un certain délai. Ce sont les caractères d'une nullité relative. Reprenons ces caractères.

La bonorum possessio ne s'ouvre pas si le liber est prédécédé.

1° - N'empêchant pas le testament d'exister, étant seulement donnée quand il est porté atteinte au droit d'un liber, elle ne s'ouvre pas si le liber est mort avant le décès du testateur.

Elle ne profite pas aux liberi exhérédés régulièrement.

2° - Ouverte par l'existence d'un liber, elle est, en même temps qu'à son profit, ouverte au profit de tous lesliberi institués dans un testament, mais elle ne l'est pas au profit des autres liberi régulièrement exhérédés.

Elle laisse substituer les dispositions non préjudiciables.

3° - Elle ne fait pas disparaître complètement le testament. Tandis que l'omission d'un fils en puissance fait, jure civili, tomber le testament tout entier, la bonorum possessio contra tabulas laisse subsister les dispositions qui ne préjudicient pas au liber omis, et aussi celles que le testateur eût vraisemblablement faites en l'instituant (legs, fidéi-commis adressé à la femme et à certains parents).

Elle doit être intentée dans un court délai.

4° - La bonorum possessio contra tabulas ne peut être demandée que dans le délai fort court pendant lequel peut être demandée toute bonorum possessio quelconque, comme nous le verrons plus loin.

§ 3 - Réformes de Justinien.

Réformes de Justinien.

Justinien simplifia ce régime un peu compliqué, en décidant qu'il n'y aurait plus, quant à la forme, qu'une exhérédation, à savoir l'exhérédation nominative; quant à la sanction, qu'il n'y aurait plus de droit d'accroissement; mais, du moins jusqu'aux novelles, il laissa subsister la dualité entre la nullité absolue, sanctionnée par la pétition d'hérédité, en cas d'omission d'héritier sien, et la nullité relative, sanctionnée par la bonorum possessio contra tabulas, en cas d'omission d'un liber.

L'exhérédation dans le droit français moderne.

A première vue, cette question paraît un peu singulière. Cependant, il existe encore une exhérédation en droit français. Elle n'a rien de commun avec l'exhérédation du droit romain, mais ce cas s'est présenté, et on a dû l'étudier sous la rubrique de l'exhérédation. C'est le cas où une personne a, dans son testament, exhérédé tous ses parents. Peu

Source : BIU Cujas

L'exhérédation en droit français moderne.

importe la formule employée. Il n'y a plus de formule sacramentelle. Par exemple: je veux ne rien laisser à mes parents, je déshérite tous mes parents. Quelle était la valeur à attribuer à une telle disposition testamentaire? Fallait-il lui donner effet? Et, dans ce cas, à qui revient la succession? La jurisprudence se prononce en faveur de la validité d'une telle exhérédation, et les biens laissés par le défunt sont attribués à l'Etat.

Sur cette question, lire la note de Jurisprudence SIMONNET, sous Cassation, Requêtes, 5 Décembre 1923 et 3 Juillet 1924, Sirey 1924.I.297, et sur la question générale de l'exhérédation des parents et de l'Etat, le traité pratique de droit civil publié sous la direction de M. RIPERT, Tome IV. Les successions, par Maury et Vialleton, page 193.

II - La querela inofficiosi testamenti.

C'est une matière difficile, que M. Fliniaux a refaite entièrement.

Insuffisance de la théorie de l'exhérédation.

La théorie de l'exhérédation ne tarda pas à se révéler insuffisante. D'abord pour les personnes protégées, n'étaient protégés que les descendants par les mâles, per masculos. Quant à l'efficacité, il suffisait d'une simple formalité pour qu'un citoyen romain pût écarter de sa succession ses parents les plus proches. Le système de la querela inofficiosi testamenti eut pour but de remédier à cette insuffisance. Dans les derniers siècles de la République (I) est apparue à Rome une

La querela

(I) Sous l'influence de la rhétorique, d'après von Woess, Das römische Erbrecht and die Erbanwärter, 1911, p. 178 et suiv.

Source : BIU Cujas

inofficiosi testamenti.

théorie en vertu de laquelle certains parents rapprochés du défunt, les descendants et les ascendants, furent autorisés à attaquer le testament du paterfamilias, et à le faire rescinder comme étant inofficiosum, inofficieux, c'est-à-dire contraire à l'officium pietatis, quand ils n'auraient pas reçu une certaine part de l'hérédité.

§ I .- ORIGINES ET DEVELOPPEMENT HISTORIQUE DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI.

§ 2 .- THEORIE DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI.

§ 3 .- L'ACTION EN COMPLÉMENT DU DROIT DE JUSTINIEN.

§ I .- Origines et développement historique de la querela inofficiosi testamenti

Origine de la querela.

On est d'accord aujourd'hui pour reconnaître que c'est une institution d'origine coutumière et pour reconnaître qu'à l'origine, la querela se présente comme un incident de procédure se greffant sur l'instance apud judicem de la pétition d'hérédité. Le tribunal, compétent en matière de pétition d'hérédité, était le tribunal des centumvirs (2).

---

(2) Comme on l'a vu dans la première partie du cours, quand il s'agissait d'un procès devant être jugé par les centumvirs, l'organisation de l'instance in jure avait lieu suivant la procédure des actions de la loi, dans notre cas par sacramentum in rem.

Source : BIU Cujas

jurisprudence du tribunal des centumvirs.

C'est ce tribunaldes centumvirs, compétent dans l instance apud judicem, qui établit la jurisprudence (au sens moderne) nouvelle. Il décida que sur la pétition d'hérédité intentée par certains héritiers ab intestat, injustement dépouillés par le testament du défunt, contre les héritiers institués dans le testament, il donnerait raison aux héritiers ab intestat, en considérant le testament comme nul d'après le droit civil, jure civili, pour cause de démence. C'est avec les armes que lui donne le droit civil que le tribunal va déclarer le testament nul. Cette folie n'est qu' un prétexte. Voici comment les textes appellent ce motif juridique d'annulation du testament : color insiniae, prétexte de folie. C'est bien ainsi qu'il faut comprendre le motif sur lequel se basent les centumvirs. Marcellus. Digeste,5.2. De inofficioso testamento, 5; Marcien,Digeste, au même titre 2.

Le color insaniae.

Mais les auteurs qui sont d'accord sur le point de départ de la théorie, sont malheureusement bien loin de l'être, en ce qui concerne le développement qu'à reçu la querela inofficiosi testamenti à l'époque classique. C'est le fameux problème de la nature de la querela inofficiosi testamenti.

Ière opinion : la querela à l'époque classique est toujours un incident de la pétition d' hérédité.

Pour certains auteurs (c'est le système soutenu en France récemment par M. Jobbé-Duval, dans son cours de Pandectes,et par Mr. César Chabrun, Essai sur la querela inofficiosi testamenti: Thèse, Paris I906. Voir aussi l'art. de Mr. Jobbé-Duval, Nouvelle revue historique de droit,I907, pages 757 et suivantes),la querela aurait continué à l'époque classique à faire partie de la pétition d' hérédité. Elle aurait continué à être dans tous les cas un incident de la procédure apud judicem de la pétition d'hérédité. Et voici,d'après Mr. Jobbé-Duval, page 800 (avec quelques divergences par rapport à la thèse de Chabrun),le processus de la procédure. Nous sommes apud judicem, devant le tribunal des centumvirs. Les centumvirs auraient d'abord rendu un premier jugement interlocutoire autorisant l'héritier présomptif à prouver que le testament était inofficieux. Après l'enquête, quaestio, dirigée par le président du jury, le tribunal aurait rendu un deuxième jugement interlocutoire déclarant le testament inofficieux. Puis serait intervenu le jugement définitif sur le fonds même, rendu sur la pétition d'hérédité elle-même. Les

Extension de la jurisprudence des centumvirs.

Source : BIU Cujas

centumvirs auraient répondu de qui le sacramentum est justum, de qui le sacramentum est injustum. Cette jurisprudence, qui se serait ainsi développée au sein du tribunal des centumvirs, aurait été adoptée plus tard par l'unus judex, en matière de pétition d'hérédité prétorienne et en matière de pétition d'hérédité organisée en province.

2° opinion : la querela est devenue une action autonome.

Pour les autres auteurs, la querela serait devenue à l'époque une action autonome, indépendante, tout en ayant cependant des rapports plus ou moins étroits avec la pétition d'hérédité, le motif tiré de l'inofficiosité n'étant plus seulement invoqué apud judicem, mais in jure. Cette action indépendante est, suivant les auteurs, ou bien une pétition d'hérédité d'un genre particulier, sui generis, qu'ils appellent qualifiée, tendant à la fois à faire annuler le testament et à adjuger l'hérédité au demandeur, ou bien une simple action en annulation du testament, précédant une pétition d'hérédité tendant, elle, à revendiquer la succession.

Nature de cette action.

Théorie intermédiaire d'Eisele.

Entre tous les systèmes, un auteur allemand, Eisele, a proposé un système intermédiaire, qui cherche à concilier tous les intérêts en présence. Il l'a exposé dans un article, qui a fait sensation, de la revue de la Fondation Savigny, 1894. Pour Eisele, il y aurait eu à l'époque classique deux sortes de querela, d'une part, une querela incident à la pétition d'hérédité, continuation du système primitif, d'autre part une nouvelle querela, se présentant comme une action indépendante, autonome.

Théorie d'Eisele.

Eisele part de cette idée que la querela incident de la pétition d'hérédité, déférée au tribunal des centumvirs, était soumise à toutes les conditions d'exercice de cette pétition d'hérédité. Conséquences :

1° - La pétition d'hérédité étant la sanction de la succession du droit civil, elle n'était pas applicable aux habitants des provinces.

Lacunes de la pétition d'hérédité.

2° - La pétition d'hérédité étant déférée aux centumvirs, tribunal siégeant à Rome, elle ne pouvait pas être applicable aux habitants des provinces.

Une réforme s'imposait pour combler ces lacunes. C'est alors qu'on transforma la querela originelle. A côté de l'ancienne querela, procédure liée à la pétition d'hérédité, on créa une nouvelle querela, celle-ci étant une instance principale, indépendante de la pétition d'hérédité, étant quant au fond, une action en rescision contre le testament, une action préjudicielle à la pétition d'hérédité.

Cette transformation de la querela origi

"Les Cours de Droit" 3, Place de la Sorbonne RÉPÉTITIONS ÉCRITES ET ORALES

Source : BIU Cujas

Dédoublement de la querela.

nelle, plus exactement son dédoublement, se rattacherait à une disposition législative expresse, qui aurait été rendue au début de l'Empire, afin de mettre, à côté du tribunal des centumvirs statuant suivant la procédure ordinaire, un deuxième tribunal statuant selon la procédure extraordinaire, la cognitio extra ordinem. Dans le développement de la cognitio extra ordinem au Haut -Empire nous avons signalé la querela inofficiosi testamenti. Ce tribunal aurait statué au sujet des plaintes adressées par les provinciaux et par les héritiers prétoriens

La loi Glitia.

Cette disposition expresse pourrait être même selon Eisele, la loi Glitia, dont Gaius parle, Digeste 5, 2, 4 et dont, avant Eisele, on n'avait pu indiquer la raison d'être. Mais c'est une simple conjecture.

Cette instance principale, indépendante, qui constitue la nouvelle querela, eut son régime propre, ses conditions d'exercice particulières, ses effets spéciaux. Plus tard, ces règles nouvelles pénétrèrent dans la pétition d'hérédité elle-

Fusion des deux querela.

même, et ces deux moyens juridiques, d'une nature si différente, d'une part, l'ancienne querela, incident de la pétition d'hérédité, qui s'est maintenue pour les héritiers du droit civil, et, d'autre part, la nouvelle querela, action indépendante, servant à ceux qui ne pouvaient pas se prévaloir du droit de succession civile, les provinciaux et les héritiers prétoriens, ont fini par s'amalgamer et se confondre. L'unification se serait produite après la disparition du tribunal des centumvirs et après la généralisation de la procédure extra ordinem. On se serait alors trouvé en présence d'une querela unique, mais à caractère hybride, à la fois pétition d'hérédité et action en annulation du testament. C'est sous cette forme que Justinien nous la présente au Digeste.

Telle est la théorie d'Eisele, qui est celle, peut-on dire, qui est aujourd'hui le plus communément admise (en particulier par les manuels italiens d'Arangio Ruiz, de Bonfante). Mr . Fliniaux n'hésite pas à l'admettre. Elle a en effet le mérite d'expliquer le mieux les particularités que présente la querela par rapport à la pétition d'hérédité, aussi bien dans ses conditions d'exercice que dans ses effets. C'est ce que nous allons voir en étudiant la théorie de la querela.

§ 2 - Théorie de la querela inofficiosi testamenti.

Source : BIU Cujas

Conditions d'existence de la querela.

I .-Conditions d'existence de la querela.

Ces conditions d'existence peuvent être groupées autour des trois idées suivantes. Pour avoir la querela il faut :

1° - Etre ce que l'on appelle légitimaire, c'est-à-dire appartenir au cercle d'héritiers ab intestat auxquels le testateur a le devoir de laisser une portion de ses biens.

2° .- Ne pas avoir sa légitime, c'est-à-dire avoir été injustement dépouillé d'une partie de la succession à laquelle on était appelé par la loi.

3° .- Ne pas être écarté par certaines fins de non-recevoir.

Reprenons ces différentes conditions.

Il faut être légitimaire.

Ière condition - Il faut être légitimaire A l'origine, c'était là une question de pur fait, mais dès le temps d'Ulpien, le cercle des héritiers légitimaires était arrêté aux descendants, aux ascendants et aussi, exceptionnellement, aux frères et soeurs. Pour ces derniers, il fallait la double condition qu'ils soient consanguins et qu'ils aient été dépouillés au profit d'une turpis persona, d'une personne de mauvaise vie.

Ne pas avoir été dépouillé injustement de sa légitime.

2ème condition. Il faut avoir été injustement dépouillé de sa légitime.

a) Pour ce qui est d'abord des justes motifs d'exclusion, ce fut une question de fait jusqu'à Justinien, qui, avec son goût de la réglementation, a fixé, dans sa novelle II5, I4 causes d'exclusion pour les descendants, et 8 pour les ascendants. Nous renvoyons à cette novelle.

Causes d'exclusion.

b) -Quel est le montant de la légitime ?

A l'origine, ce fut une question de fait; puis, plus tard, on emprunta le chiffre fixé par la loi Falcidie en matière de legs, à savoir le quart de ce que le légitimaire aurait eu comme héritier ab intestat, et on appela alors ce quart quarta légitime, quarta légitimae partis.

La quarte légitime.

Calcul de la quarte.

Comment procédait-on au calcul de la quarte ? Il y avait une série d'opérations, dont nous allons reconstituer le processus.

1° - Il convenait d'abord d'évaluer les biens laissés par le défunt.

2° - On déterminait ensuite la part que le légitimaire aurait eue comme héritier ab intestat.

Imputation des libéralités à cause de mort.

3° - On déterminait le quart de cette part Toutefois il y avait imputation des libéralités

Source : BIU Cujas

déjà reçues par le légitimaire, mais des libéralités à cause de mort seulement (legs, fidéicommis), et non des donations entre vifs.

La quarte est individuelle. Les fins de non-recevoir.

Une fois fixée ainsi, la quarte légitimaire ne variait plus, alors même qu'un des légitimaires venait à renoncer à la succession; c'est ce qu'on exprimait en disant que la quarte était individuelle.

3° condition. Il ne faut pas être écarté par certaines fins de non-recevoir. Cette condition, qui ne s'explique pas par les règles de la pétition d'hérédité, se comprend très bien avec le système d'Eisele. Elle vient de la querela nouvelle, de la querela intentée par voie de cognito extra ordinem.

La querela est un ultimum adjutorium.

Ces fins de non recevoir spéciales sont tirées : a) ou bien de ce que la querela a un caractère injurieux pour la mémoire du défunt. Ainsi la querela n'est donnée qu'à défaut de toute autre voie de droit. C'est ce qu'on appelle un ultimum adjutorium;

b) ou bien de ce que la querela est fondée sur le caractère injurieux, à l'égard de l'héritier, de l'acte du défunt qui l'avait injustement dépouillé.

C'est ainsi qu'elle s'éteint par la mort de l'héritier, à moins que celui-ci ne l'ait de son vivant préparée; c'est la praeparatio litis. Le Digeste 5, 2, 7 nous apprend que la lis, le procès, est dite praeparata, quand on sera allé jusqu'

Son extinction par la mort de l'héritier. La praeparatio litis.

à cette phase de la procédure qui s'appelle denuntiatio vel libelli datio. C'est un argument très important pour la thèse d'Eisele. En effet, aujourd'hui, on tend à reconnaître à la denuntiatio et à la libelli datio du fragment en question le caractère d'actes relatifs à la citation propre à la cognitio extra ordinem. Voir l'art. de M. Fliniaux, dans la Revue historique de droit, 1930, p. 196.

Renonciation ou prescription.

La querela s'éteint encore par la renonciation résultant de la reconnaissance du testament, ou par une prescription spéciale, fixée d'abord à 2 ans, portée ensuite à 5 ans.

II - Effets de la querela.

En principe, la querela entraîne la chute du testament (par conséquent, l'ouverture de la succession ab intestat), avec tous les accessoires, legs et fidéicommis. Mais parfois on admet (voilà les règles particulières) que le testament pourra

Source : BIU Cujas

La querela fait tomber le testament. Cas où il subsiste pour partie.

être maintenu pour moitié et tomber pour moitié, contrairement au vieux principe du droit romain qui règle les successions : Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. L'exception se justifie par l'idée que, ici, la querela est intentée par cognitio extra ordinem. Cela se produira par exemple en cas de pluralité d'institués par le testament. L'un était une persona turpis, l'autre, une personne honorable. Le frère intente la querela contre la persona turpis; le testament tombera seulement pour moitié. Digeste, à notre titre, 5, 2, 23.

§ 3 - L'action en complément du droit de Justinien.

Dangers de la querela pour le testateur.

La théorie de la querela, telle que nous venons de l'exposer, présentait des dangers pour le testateur. Il pouvait arriver que le testateur, animé d'excellentes intentions, et qui voulait laisser sa quarte à son héritier, se trompait sur le montant exact de sa fortune, ou bien que sa fortune s'accroîssait après la confection du testament. Or c'est au décès du testateur qu'il faut se placer pour déterminer le montant de la quarte. Que fallait-il décider en cas de quarte insuffisante ? Dans ce cas, les rigueurs du droit pouvaient être appliquées: la querela était possible, avec cet effet rigoureux de faire tomber le testament.

La pratique de l'arbitrage d'un homme de bien.

Pour écarter ces rigueurs, Justinien réalisa une réforme importante; il créa l'action appelée en complément de la légitime, Novelle II5. Le point de départ de la réforme doit être cherché dans la pratique. Pour garantir le testateur contre le danger, s'était introduite l'habitude de mettre dans le testament une clause spéciale, faisant appel à l'arbitrage d'un homme de bien, arbitratus boni viri, auquel était donné le soin de compléter la quarte, dans le cas où, à la mort du de cujus, elle serait insuffisante. Cette disposition est devenue légale par une constitution de 37I. Code Théodosien 2, I9, 4. Désormais, jamais la querela ne put plus être introduite, et le testament être annulé, quand les héritiers légitimaires avaient reçu quelque chose et qu'un bonnus vir était choisi comme arbitre.

La constitution de 37I.

L'action en complément sous Jus-

Le droit de Justinien fit un pas de plus. La désignation du bonus vir devint une clause taci-

Source : BIU Cujas

tinien.

te du testament. Toutes les fois que quelque chose est laissé au légitimaire et que sa part est insuffisante, un arbitre décidera. Ainsi la querela est écartée par le seul fait que le légitimaire a reçu quelque chose dans le testament. Il a seulement une action en complément de la légitime, tendant à ce qu'un arbitre fixe le supplément.

Donc sous Justinien, il faut avec soin distinguer les deux cas suivants :

I° - Le défunt n'a rien laissé à son héritier légitimaire, dans ce cas le système ancien peut s'appliquer, la querela peut être exercée.

2° - Le défunt lui a laissé quelque chose, mais pas le montant complet de la légitime. Alors le légitimaire exercera l'action en complément.

Comparaison avec la querela.

Ces deux actions différaient entre elles :

I° -quant à leur nature. L'action en complément était une action personnelle contre l'héritier institué.

2° -quant aux fins de non-recevoir. L'action en complément, tendant seulement à faire rectifier l'erreur du testateur, n'est pas soumise aux fins de non-recevoir de la querela.

3°- quant à l'effet : l'action en complément ne fait pas tomber le testament. Elle ne donne donc pas au légitimaire la qualité d'héritier.

§ 4 - Le droit français.

La légitime dans les pays de droit écrit.

Le système romain de la légitime, querela et action en complément, passa dans les pays de droit écrit. Au contraire, dans les pays de coutume nous rencontrons, comme équivalent de la légitime, une institution d'origine germanique . C'est la réserve coutumière, fondée sur l'idée de la conservation des biens dans la famille, idée qui a ses racines dans le règime primitif de la co-propriété familiale.

La réserve coutumière.

Voici les caractères que présente la réserve coutumière . Ce sont des différences avec la légitime du droit romain.

Caractères de la réserve coumière.

I° - La réserve est accordée à tous les parents, même collatéraux.

2° - Etant donné son fondement, elle ne porte que sur les propres, c'est-à-dire sur les biens que le défunt avait lui-même reçus par succession.

3°. -Sa quotité est des 4/5, d'où son nom de réserve des quatre-quints des propres.

Source : BIU Cujas

4° - La réserve coutumière implique la qualité d'héritier. Donc, pour y avoir droit, il était absolument nécessaire de se porter héritier. La réserve coutumière était, comme l'appellent les textes de l'ancien droit français, une pars hereditatis, et non une pars bonorum.

Sur la réserve coutumière, cons. la thèse remarquable de M. de Laplanche, Paris 1925 (I)

Fusion des deux institutions dans le Code Civil.

Devant cet antagonisme, qui s'est maintenu jusqu'à la fin de l'ancien droit, qu'a fait le Code Civil ? Il a opéré la fusion de la légitime romaine et de la réserve coutumière. En effet, pour comprendre la réserve du Code Civil français, il faut connaître l'histoire ; des éléments de l'institution moderne de la réserve héréditaire viennent de la législation romaine, d'autres de la réserve coutumière.

Caractères venant de la légitime.

a) Comme la légitime, la réserve du Code civil est refusée aux collatéraux, et elle est accordée à tous les parents en ligne directe.

Réserve des enfants légitimes.

D'après l'art. 913 du Code civil, la réserve des enfants légitimes (Laissons de côté la réserve des enfants naturels) est de :

Moitié, s'il y a un enfant, deux tiers, s'il y a deux enfants, 3/4 s'il y a trois enfants, ou plus de trois.

Réserve des ascendants.

La réserve des ascendants (art. 914) est de la moitié ou d'un quart, suivant que le défunt laisse des ascendants dans plusieurs lignes ou dans une seule.

Comme la légitime, la réserve du Code civil porte sur l'ensemble des biens laissés par le défunt; c'est la principe de l'unité de patrimoine.

Caractère venant de la réserve coutumière.

b) Comme la réserve coutumière, la réserve du Code civil constitue une part de la succession, pars hereditatis, comme disaient les anciens auteurs. Il faut donc se porter héritier pour y avoir droit, tandis qu'en droit romain, en cas d'action en complément de légitime, le légitimaire n'avait pas la qualité d'héritier. Or, c'est justement sous la forme d'une action en complément que se présente la réserve du Code civil français, sous forme d'une action en réduction des libéralités excédant la quotité disponible.

L'action en réduction.

(I) Ajouter Olivier Martin, Histoire de la coutume de la prévôté et de la vicomté de Paris, Tome II, 2 (1930), pp. 304 et suiv.

Source : BIU Cujas

CHAPITRE II

ACQUISITION DE LA SUCCESSION.

Voici le plan que nous suivrons:
Section I - Modes d'acquisition.
Section II - Effets de l'acquisition
Section III- Sanctions de l'acquisition
Section IV - Fusion, à l'époque de Justinien, des règles particulières à l'acquisition des successions du droit civil et à l'acquisition des successions du droit prétorien.

Section I

MODES d'ACQUISITION.

Nous rencontrons deux variétés de modes d'acquisitions :
A - Modes normaux d'acquisition
B - Modes particuliers d'acquisition.

A - Les modes normaux d'acquisition des successions

Ce sont ceux qui se rapportent aux héritiers auxquels la succession est déférée, à ceux qu'on appelle les héritiers appelés. L'acquisition de l'hérédité en droit romain n'a pas lieu de la même manière pour tous les héritiers. Il faut avec soin distinguer deux catégories d'héritiers.

Distinction entre les héritiers nécessaires et les héritiers volontaires.

Ière catégorie : les héritiers nécessaires au sens large du mot, c'est-à-dire ceux qui ne peuvent refuser la succession ab intestat ou testamentaire qui leur est déférée, et qui, pour acquérir la succession, n'ont pas besoin de manifester leur volonté.

2ème catégorie: les héritiers volontaires ou externes, qui doivent faire une manifestation de volonté pour acquérir l'hérédité.

Source : BIU Cujas

Héritiers nécessaires.

Quels étaient les héritiers nécessaires au sens large ? et quels étaient les héritiers volontaires ?

1° - Les héritiers nécessaires au sens large du mot se subdivisent en deux classes.

Les héritiers siens et nécessaires.

1° - classe: la classe des heredes sui et necessarii . Ce sont les héritiers qui, au jour où la succession leur est offerte, soit par le testament, soit par la loi, sont placés sous la puissance immédiate du défunt. Alors pour eux, l'acquisition de la succession a lieu d'une façon obligatoire, et cette acquisition forcée s'explique très bien par l'idée de copropriété familiale (1)

Héritiers nécessaires stricto sensu

2ème classe: les héritiers nécessaires au sens étroit du mot : heredes necessarii: de tels héritiers ne se rencontrent que dans la succession testamentaire. C'est l'esclave que son maître institue son héritier dans son testament, en même temps qu'il l'affranchit. Il y a acquisition forcée de la succession. Cela s'explique par l'intérêt même du testateur qui veut être sûr, quand il mourra, qu'il n'encourra pas l'infamie. Or nous avons vu qu'il encourt l'infamie, quant il meurt insolvable etqu' on vend ses biens, venditio bonorum.

Héritiers volontaires ou externes.

2ème catégorie : héritiers volontaires ou externes:

Ce sont tous les autres héritiers du droit civil ab intestat ou testamentaires et aussi les bonorum possessores. Pour eux, l'acquisition de l'hérédité n'est pas forcée. L'héritier a le choix entre deux partis : ou d'accepter la succession, ou la répudier. Nous n'étudierons ici que l'acceptation, réservant l'étude de la répudiation pour le titre suivant : Défaut d'acquisition de la succession.

L'hérédité jacente.

Mais avant d'exposer la théorie de l'acceptation de la succession, il convient d'examiner le sort de l' hérédité depuis la mort du de cujus jusqu'à l'acceptation. Cette question ne se pose pas en droit français moderne: la transmission s'opère sans intervalle de la tête du défunt sur celle de l'héritier. Art. 777 du Code Civil: "L'effet de l'acceptation remonte au jour de l' ouverture de la succession". Or, l'ouverture de la succession se place au jour du décès du de cujus. Il n'en était pas de même en droit romain. Jusqu'à l'acceptation, l'hérédité reste sans titulaire, jacet, elle gît, elle est pas terre. Et une telle hérédité est dite hereditas jacens, hérédita jacente.

Elle n'exigte pas en droit français moderne.

(1) Dans l'ancien droit de Neuchâtel les descendants étaient considérés comme héritiers nécessaires. Mentha, l' hérédité nécessaire des descendants, Recueil de travaux offert par la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel 1929 et le compte rendu de M. Champeaux dans la Rev. hist de Droit, 1930, p. 828.

Source : BIU Cujas

Inconvénients de l'hérédité jacente.

Cette situation de l'hérédité présentait un certain nombre d'inconvénients dont voici le principal. L'hérédité jacente ne peut pas posséder, parce qu'elle n'a pas l'animus. Il en résulte que les esclaves héréditaires en faisant partie ne peuvent pas acquérir pour elle, par exemple, par tradition ou usucapion. Un moment devait venir où les jurisconsultes romains, en présence de ces inconvénients, se verraient forcés de rattacher l'hérédité jacente à une personnalité quelconque.

Elle n'est pas une personne

Mais à quelle personnalité allait-on la rattacher ?

Ce n'est qu'à la suite de tâtonnements, intéressants au point de vue juridique, que la théorie de l'hérédité jacente fut définitivement établie.

Premier tâtonnement. Labéon est le premier jurisconsulte qui ait donné une solution au problème. Voici le cas d'espèce à propos duquel il eut à se prononcer. Le préteur avait, dans son édit, donné dans l'année à partir de son acceptation, à l'héritier qui, sans cela aurait complètement été désarmé d'après les principes rigoureux du droit, un action contre l'esclave héréditaire, affranchi par le testament, qui, avant l'acceptation de la succession par l'héritier, aurait détourné, endommagé ou détruit un bien héréditaire quelconque. En effet cet esclave pouvait le faire impunément avant l'intervention du préteur.

Le préteur donne une action contre l'esclave héréditaire qui a détourné un bien héréditaire.

Labéon, bon jurisconsulte, chercha à expliquer cette action. Dans cette voie, il fut amené à reconnaître que les biens héréditaires, depuis la mort du de cujus jusqu'à l'acceptation de l'héritier, avaient un maître, et en cas de détournement, il fit de l'hérédité elle-même la victime du vol et, par suite, la propriétaire des biens héréditaires. L'esclave, dit-il, hereditati furtum fecit, hoc est dominae, a commis un vol contre l'hérédité, considérée comme propriétaire. Labéon, cité Ulpien, Digeste, 47, 4, 1, 1.

Labéon considère l'hérédité comme propriétaire des biens,

Mais Labéon n'alla pas plus loin. Il n'alla pas, et, cependant, c'était pour lui la seule façon de valider les acquisitions réalisées par les esclaves héréditaires, jusqu'à faire de l'hérédité une personne morale. On ne saurait le lui reprocher, car il aurait été impossible de soumettre l'hérédité - personne morale - au régime des personnes morales à Rome, tel que nous l'avons décrit plus haut.

Mais non comme une personne morale

La conception du jurisconsulte Labéon, d'après laquelle l'hérédité jacente pouvait être rattachée à la personne même de l'hérédité, n'eut pas de succès, parce qu'elle était trop abstraite. Les jurisconsultes postérieurs à Labéon s'avisèrent de rattacher l'hérédité jacente à une personne physique. Deux personnalités s'offraient à eux: celle de l'héritier et celle du défunt.

Source : BIU Cujas

Cassius et Javolenus rattachent l'hérédité à la personne de l'héritier.

C'est à la personne de l'héritier que s'attacha d'abord la jurisprudence. Cassius, Digeste 45, 3, 28, 4 pour valider la stipulation d'un esclave héréditaire, au nom de l'héritier futur, proposa une fiction qui faisait rétroagir l'acceptation de l'héritier au décès du de cujus. Ensuite Javolenus, Digeste 41, 3, 22, déclara que l'héritier et l'hérédité, bien qu'on leur donne deux dénominations différentes, n'en constituent pas moins une personne unique.

Julien et Ulpien la rattachent à la personne du défunt.

Mais cette conception de l'hérédité jacente présentait un grave inconvénient pratique. L'héritier définitif n'est souvent déterminé qu'assez tard, et l'incertitude peut planer assez longtemps sur la capacité de l'héritier. Aussi Salvius Julianus réalisa-t-il un grand progrès et donna-t-il une solution entièrement satisfaisante, tant du point de vue théorique que du point de vue pratique, en rattachant à la personne du défunt l'hérédité jacente. Julien, cité par Ulpien, à propos des acquisitions des esclaves héréditaires par stipulation ou tradition, Digeste 41, 1, 33, 2 (1), et Ulpien donna la formule générale. Digeste 41, 1, 34, Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet, l'hérédité ne soutient pas la personne de l'héritier (c'est la théorie précédente), mais celle du défunt, et on a tiré l'adage juridique suivante: Hereditas personam defuncti sustinet, l'hérédité continue la personne du défunt.

Hereditas personam defuncti sustinet.

Sur la théorie de l'hérédité jacente, consulter un chapitre très intéressant de la thèse de Louis Boulard, Lucius Salvius Julianus, Paris, 1902, pages 402 et suivantes. Les développements sur l'hérédité jacente pourront être intégrés dans une composition, à d'autres développements.

Après l'exposé de la théorie de l'hérédité jacente, nous pouvons exposer la théorie de l'acceptation de la succession. Il y a une distinction à faire, suivant qu'il s'agit des héritiers du droit civil et des héritiers du droit prétorien.

§ I - Héritiers du droit civil.

L'adition d'hérédité

Accepter la succession, pour les héritiers externes du droit civil, c'est faire adition d'hérédité, adire hereditatem, mot à mot : aller vers l'hérédité. Nous étudierons successivement;

1°- les formes de l'adition d'hérédité.
2° -l'époque de l'adition d'hérédité.

(1) Bien qu'il ne le dise pas, c'est en vertu de la même idée que Neratius, contemporain de Salvius Julianus, affirme, Dig. 41,3, 40 que "coeptam usucapionem a defuncto posse et ante aditam hereditatem impleri constitutum est."

Source : BIU Cujas

I - Formes de l'adition d'hérédité (1).

Ce sont, d'après leur ordre d'apparition :

La cretio.

1° - La cretio. C'est une déclaration orale en termes sacramentels faite en présence de témoins. A l'origine ce procédé était exigé de la part de tous les héritiers, ab intestat ou testamentaires. A l'époque classique, il est accessible aux uns et aux autres, mais il reste imposé à certains héritiers, ce sont ceux qui sont institués héritiers par une disposition leur prescrivant de faire adition de cette manière dans un certain délai, ordinairement de cent jours. Gaius, 2, 166, nous donne dans ce cas la formule de cretio : Quod me Publius Moevius testamento suo heredem instituit, eam hereditatem adeo cernoque, puisque Publius Moevius n'a institué héritier dans son testament, cette hérédité, je l'accepte et je me décide pour elle. On rencontre des formules d'adition d'hérédité par cretio dans des papyrus de 179, rapportés par Girard. Textes, page 809. Sur la cretio, lire l'article de M. Levy-Brühl, Nouvelle Revue historique, 1914, page 153 (2)

De quels héritiers elle est exigée.

Sa formule.

La pro herede gestio.

2° - La pro herede gestio. C'est le procédé qui consiste à faire des actes par lesquels on manifeste sa volonté de se comporter comme le maître de la succession, par exemple, en aliénant des biens héréditaires, en poursuivant des débiteurs héréditaires.

La nuda voluntas

3° - La nuda voluntas, procédé qui résulte d'une manifestation de volonté expresse, mais non plus formelle comme dans la cretio. Par exemple, on a pris la qualité d'héritier dans un acte quelconque.

(1) Lenel, Zur Geschichte der heredis institutio dans Essays in legal history, 1913, p. 123; Die Rechtsstellung des proximus adgnatus und der gentiles im altrömischen Erbrecht, Rev. de la Fond. Savigny, 1916, pp. 129 et suiv. pense que dans l'ancien droit successoral romain l'héritier externe, l'agnat le plus proche par exemple, n'avait qu'à exercer matériellement le droit que lui donnait la loi (familiam habeto) de prendre possession des biens du défunt, sans qu'il ait eu besoin de faire valoir son droit au moyen d'une déclaration expresse de volonté analogue à la cretio du droit postérieur. Il voit un vestige de cette situation pirimitive de l'héritier externe dans la façon dont s'exprime Gaius, II, 52, à propos de l'usucapio pro herede (Voir plus loin). Celle-ci, dit Gaius, a lieu si rem hereditariam, cujus possessionem heres nondum nactus est, aliquis possiderit, tandis, qu'un peu plus loin, § 55, il vise l'adition d'hérédité du droit classique : hereditates adiri.

(2) A ajouter le papyrus P.S.I (Publ. della Soc. ital. per le ricerce dei Papiri greci e latini in Egitto), IX, N° 1027 (de l'année 151, ap. J.C.), résumé par P.M.Meyer, Rev. de la Fond. Savigny, 1930, p. 517

Source : BIU Cujas

II - Epoque de l'adition d'hérédité.

Inconvénients de l'inaction prolongée de l'héritier.

En principe, la succession une fois déférée à l'héritier, il a le droit de ne la prendre que quand il veut. Il en résultait de graves inconvénients, car un long espace de temps pouvait s'écouler avant que l'héritier ait opté entre l'acceptation et la répudiation. Ces inconvénients existent d'abord pour le défunt lui-même : le culte des sacra privata se trouve interrompu. Puis, inconvénient pour les créanciers, ils ne savent pas qui poursuivre. Inconvénient pour les légataires, ils ne savent pas à qui demander l'exécution du legs. Inconvénient pour les personnes à qui l'hérédité est déférée à défaut de l'héritier inactif: substitués, héritier ab intestat. Aussi on comprend que des moyens furent imaginés pour écarter ces inconvénients. Nous rencontrons des moyens du droit civil, et des moyens du droit prétorien.

Moyens de l'éviter

A) Moyens du droit civil.

1°- L'institution d'héritier cum cretione. Mais ici le mot cretio est pris dans une autre acception. Il s'agit ici d'une formule particulière du testament, formule rapportée par Gaius 2, 165: Titius heres esto cernitoque in centum diebus proximis quibus scies poterisque, que Titius soit mon héritier et qu'il prenne parti dans les cent jours à partir desquels il aura connaissance de sa vocation héréditaire et pourra faire adition d'hérédité. Ainsi donc un délai de cent jours était imparti à l'héritier pour se prononcer.

La cretio perfecta.

Il pouvait y avoir comme sanction l'exhérédation de l'héritier ,dans le cas où il laisserait passer ce délai sans faire adition d'hérédité. C'est ce qu'on appelle la cretio perfecta, avec le maximum d'effet,pour inciter l'héritier institué à faire adition d'hérédité. Gaius nous donne au même endroit la formule : quodsi ita creveris, exheres esto.

L'usucapio pro herede.

2° - La menace de l'usucapio pro herede, Gaius, 2,55, que nous étudierons un peu plus loin.

b) Moyens du droit prétorien

Le spatium deliberandi.

Le procédé de l'institution cum cretione avait un champ d'application restreint. Il ne pouvait s'appliquer à tous les héritiers testamentaires, et il était, toujours inapplicable aux héritiers ab intestat. Le préteur intefvint par la création du spatium deliberandi, du délai pour délibérer. Il donna aux créanciers,et peut-être aux autres intéressés, le droit d'amener devant lui l'héritier qui n'a pas encore pris parti et de lui demander: an heres sit, s'il accepte. S'il ne veut pas répondre immédiatement, il doit demander au préteur un délai ordinairement de cent jour, pour se décider. C'est le spatium deliberandi. S'il ne répond rien, ou s'il n'a pas accepté au bout de ce délai, le préteur le tient pour renonçant.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Les bonorum possessores.

I - Formes de l'acceptation.

La bonorum possessio doit être demandée.

Le préteur n'imposait à personne la qualité de bonorum possessor. La bonorum possessio ne s'acquiert qu'autant qu'elle est demandée. Par suite, l'acceptation nécessaire pour faire acquérir la bonorum possessio résulte d'une requête adressée au préteur (bonorum possessionis petitio) et admise par lui (agnitio). A l'origine il y avait un examen des faits. Le préteur n'accordait la bonorum possessio que cognita causa, et alors la bonorum possessio était appelée decretalis: il fallait un décret du préteur. Plus tard, la bonorum possessio put être accordée aussi sans examen des faits, il en était ainsi quand le préteur avait fixé à l'avance dans son édit les conditions auxquelles la bonorum possessio serait donnée. Elle s'appelait alors edictalis.

Elle est decretalis ou edictalis.

II - Epoque de l'acceptation.

Délai.

La personne appelée à la bonorum possessio va être incitée à accepter vite. Pour cela le préteur décida que la délation de la bonorum possessio ne durerait qu'un certain temps. En principe, le délai était de cent jours.

L'acceptation des successions en droit français.

Notre Code civil ne distingue plus entre les héritiers nécessaires et les héritiers volontaires. Art. 775 :"Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue."

Procédés d'acceptation.

Les héritiers peuvent donc, comme en droit romain les héritiers volontaires, ou accepter la succession ou la répudier. Et on retrouve les deux procédés romains de la nuda voluntas et de la pro herede gestio. Article 778 du Code civil français: l'acceptation peut être expresse ou tacite. Elle est expresse, quand on prend le titre ou la qualité d'héritier dans un acte authentique ou privé (c'est la nuda voluntas). Elle est tacite quand l'héritier fait un acte qui suppose nécessairement son intention d'accepter, et qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier (c'est la pro herede gestio).

B - Modes particuliers d'acquisition des successions.

Intérêts pratiques de l'usucapio pro

Ce sont : l'usucapio pro herede et l'in jure cessio hereditatis, dont la création répondit à la satisfaction des mêmes intérêts pratiques. Il y a donc un lien

Source : BIU Cujas

herede et de l'in jure cessio hereditatis.

entre ces deux institutions. A l'époque primitive, l'héritier est celui qui succède à des sacra privata et à un patrimoine. Par conséquent, quand une succession s'ouvre, il faut un héritier, pour assurer à la place du défunt l'exercice du culte domestique et pour payer les créanciers héréditaires. Voilà les intérêts pratiques qui ont fait créer ces deux institutions.

§ I - L'usucapio pro herede

C'est seulement par Gaius, 2, 52 à 58, qu'on a pu ressusciter cette institution curieuse, déjà rencontrée à propos de l'usucapion. Pour comprendre le caractère et la portée de l'usucapio pro herede, il faut distinguer quatre phases. En effet l'histoire de notre institution est assez compliquée.

1° phase

L'usucapio pro herede à l'origine fait acquérir la qualité d'héritier.

A l'origine, tout citoyen romain peut, sans juste titre ni bonne foi, s'emparer d'une hérédité jacente et devenir héritier après un an de possession. Il acquiert ainsi, avec le titre d'héritier, non seulement les choses corporelles qu'il a possédées, possessio corporis, mais encore tout ce qui dépend de l'hérédité, droits réels, créances, dettes, et obligation d'accomplir les sacra privata. La prise de possession de l'héritier empêche l'application de cette usucapion (Gaius II, 52) ainsi que la présence d'un héritier sien nécessaire (Gaius III, 201).

Les intérêts de l'usucapio pro herede disparaissent.

Mais bientôt les intérêts pratiques auxquels l'usucapio pro herede était destinée à donner satisfaction disparurent. Les sacra privata tombèrent en désuétude. Le préteur permit aux créanciers de vendre le patrimoine de leur débiteur morts sans héritiers. Cette usucapio pro herede, désormais sans but, et qui mérite le nom d'improba, malhonnête, que lui donne Gaius, aurait dû disparaitre. Cependant on la conserva, mais en la transformant.

2° phase

L'usucapio pro herede fait ensuite acquérir les choses corporelles par un an de possession.

Les jurisconsultes classiques, nous l'avons vu à propos de la quasi-possession des servitudes, n'admettaient pas la possession des choses incorporelles. On décida donc à cette époque que le possesseur, qui s'emparait de l'hérédité jacente sans juste titre ni bonne foi, pouvait seulement usucaper par an les choses héréditaires corporelles, aussi bien les immeubles que les meubles, avec le même délai d'un an, alors que le délai de l'usucapio pour les immeubles est de deux ans.

A qui est-elle ouverte?

Mais alors celui qui usucape ainsi pro herede n'a plus le titre d'héritier. Il n'est donc pas tenu des dettes et des sacra privata. Cette usucapion nouvelle existe au profit de tout possesseur, sauf de celui qui

Source : BIU Cujas

détenait au jour du décès des choses de l'hérédité jacente à titre de simple détenteur, par exemple de dépositaire, d'après la règle suivant laquelle personne ne peut changer à soi-même la cause de sa possession.

3° phase

Le Sc. d'Hadrien l'écarte à l'encontre de l'héritier.

L'usucapio pro herede cesse d'être lucrativa: de donner un gain à celui qui est entré en possession de l'hérédité jacente. Un sénatusconsulte d'Hadrien, dont seul nous parle Gaius 2, 57, donna à l'héritier une pétition d'hérédité fictive contre celui qui a déjà usucapé, avec ou sans bonne foi, les choses héréditaires. Désormais cette usucapion n'est plus opposable qu'aux tiers qui n'ont à aucun titre la qualité d'héritier. Une partie de l'Oratio de ce Sc. nous aurait été, d'après M. Charles Appleton, conservée au Digeste, au titre De hereditatis petitions, où elle est présentée comme étant l'oratio du Sc. Juventien, 1930, pages 1 et suivantes. M. Fliniaux ne croit pas possible d'admettre la thèse de M. Appleton.

4° phase.

Réforme de Marc-Aurèle.

Marc Aurèle créa une poursuite criminelle, appelée judicium expilatae hereditatis, c'est-à-dire relatif à l'hérédité pillée, contre tous ceux qui s'emparaient de mauvaise foi des biens héréditaires avant l'intervention de l'héritier. Alors l'usucapio pro herede devint sans utilité et elle dut probablement disparaître assez vite. Elle n'existe plus sous Justinien. La décision de Marc-Aurèle figure au Digeste, 47, 19, 1 et 2 - § 1

§ 2 - L'in jure cessio hereditatis.

Nous avons assez peu de renseignements sur cette institution. Ulpien, règles 19, 11 à 16, Gaius 2,34 à 38 3,85 à 88. Il s'agit de la cession de l'hérédité que l'héritier fait à un tiers. On emploie l'in jure cessio, c'est-à-dire le procédé du procès fictif, déjà signalé plusieurs fois. Dans un sujet sur les applications de l'in jure cessio, il faudrait indiquer cette application. L'action dont on simule ici l'exercice est la pétition d'hérédité. L'héritier cédant et le cessionnaire comparaissent devant le magistrat, et là, on accomplit la formalité du sacramentum. Le cessionnaire s'exprime ainsi: Hanc ego hereditatem ex jure Quiritium meam esse aio. J'affirme que cette hérédité m'appartient d'après le droit des Quirites. Alors le cédant, véritable héritier, au lieu de lier le procès en prononçant la formule contraire, acquiesce, in jure cedit. Le magistrat en donne acte. L'effet cherché se trouve produit.

La pétition d'hérédité simulée.

Qui peut faire cette opération?

Une telle cession ne pouvait être faite que par un héritier ab intestat autre que les sui, donc par l'agnat le plus proche, et à la condition qu'il n'ait pas

Source : BIU Cujas

encore fait adition d'hérédité, Gaius 3, 85. Cela a amené les romanistes (voir l'article de M. Garraud, Professeur à la Faculté de droit de Poitiers, l'in jure cessio hereditatis, Revue historique de droit, I922, pages I4I et suivantes) à penser que notre institution avait été imaginée dans le cas où l'agnat appelé répudiait la succession, les autres agnats, comme nous le verrons plus loin à propos du défaut d'acquisition de la succession, se trouvant alors écartés de la succession, par suite de l'absence, dans le droit successoral romain primitif, de dévolution, dans la même classe, de degré à degré.

as d'appli-
ation.

Section II

EFFETS DE L'ACQUISITION.

I .- Héritiers du droit civil.

'héritier
st mis, à
'époque clas-
ique, dans
e droit du
éfunt.

Que l'acquisition ait lieu au profit d'un héritier testamentaire ou ab intestat, nécessaire ou volontaire, l'effet de l'acquisition de la succession est toujours le même. C'est de mettre, à l'époque classique, l'héritier in jus defuncti, dans le droit du défunt, in locum defuncti, à la place du défunt (I).

onséquences.

Conséquences :

I° - l'héritier devient propriétaire des choses corporelles du défunt.

2° - Il acquiert les créances appartenant au défunt ainsi que les droits réels, sauf les servitudes personnelles.

3° - Il est tenu des dettes du défunt, et, plus largement, des charges héréditaires (legs sacra, etc....)

cquisition
de la
ropriété.

a) Acquisition de la propriété.

La propriété des choses héréditaires passe de plein droit aux héritiers externes au moment de l'adition d'hérédité et aux heredes sui dès la mort du de cujus (copropriété familiale).

hérétier
terne ne
cède pas
la posses-
ion.

Mais que faut-il décider quant à la possession ? Cela est très important. En droit romain, la possession est un simple fait, res facti. Par conséquent en

(I)A l'exception des droits inhérents à la personne du défunt, lesquels ne passent pas aux héritiers. Ces droits inhérents à la personne sont très nombreux. Ils sont passés en revue par Bonfante, Corso, VI, p:I99 et suiv. Contentons-nous de citer les principaux:les servitudes personnelles (usufruit),les actions dites vindictam spirantes,c'est-à-dire celle dont l'exercice est commandé par la vengeance (Ex:L'action d'injures, la querela inofficiosi testamenti);l'actio ex stipulatu, certaines retentiones dotales (ex:la retentio propter mores).

Source : BIU Cujas

droit romain, l'héritier externe ou volontaire, à la différence des heredes sui, pour lesquels joue l'idée de copropriété familiale, ne succède pas à la possession du défunt. Il doit prendre possession, soit lui-même, soit par l'intermédiaire d'autrui, par exemple de son esclave, de son fils, pour être possesseur. Javolenus, au Dig. 41, 2, 23, pr.....Cum heredes instituti sumus, adita hereditati omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter comprehensa ad nos non pertinet. Lorsque nous sommes institués héritiers, l'adition d'hérédité ayant eu lieu, tous les droits à la vérité nous sont transmis. Cependant la possession ne nous est pas acquise, à moins qu'elle n'ait été appréhendée naturellement c'est-à-dire matériellement (Il s'agit ici de la possessio naturalis qui à l'époque classique correspond à la détention, voir plus haut; la possession.)

En droit français, l'héritier ayant la saisine a la possession.

La solution contraire est adoptée en droit français. La possession des biens héréditaires est directement acquise à l'héritier, sans qu'il soit obligé de prendre possession, et cela en vertu de la saisine, article 724 du Code civil (qui n'a fait que reproduire le fameux article 318 de la Coutume de Paris :"Le mort saisit le vif, son hoir-héritier- le plus proche et habile à lui succéder"). Les héritiers sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession.

L'art.724 du Code civil.

Cas de l'usucapion.

Il est important de faire remarquer qu'en ce qui concerne l'usucapion;

1° -Profite à l'héritier l'usucapion du défunt même commencée et terminée avant l'adition d'hérédité, c'est-à-dire lorsque l'hérédité est jacente (voir plus haut : l'hérédité jacente).

2° - En vertu de la théorie de la successio in possessionem, l'usucapion du défunt se poursuit sur la tête de l'héritier, même si ce dernier, étant de mauvaise foi, n'a pu la commencer lui-même (Voir plus haut : théorie de la jonction des possessions).

b)- Acquisition des créances (Transmissibilité active des actions).

On a soutenu qu'il fut un temps où à Rome les créances étaient intransmissibles, qu'elles fussent de nature délictuelle ou extra-délictuelle (contractuelle et quasi-contractuelle) (I).

(I) C'est la thèse soutenue de façon générale par Esmein, "Courtes études". Nouv.Rev.Hist.de droit,1887, p.p.48 et suivantes,Korosek, die Erbenhaftung nach römischen,Recht I.1927 (Leipziger rechts wissents chafliche Studien, Heft 29) p.p.79 et suiv. et avec des réserves en ce qui concerne certaines créances (celles résultant d'une damnatio) par M. Cuq, Manuel, p. 632 et suiv.

Source : BIU Cujas

Mais dans l'un et l'autre domaine les plus anciennes sources nous présentent la transmissibilité comme étant la règle.

I° - en ce qui concerne les créances délictuelles, elles sont toutes transmissibles à l'époque classique, sauf celles reposant exclusivement sur la vengeance (actiones vindictam spirantes : l'action d'injures). Gaius 4, II2, Dig. 47, I, I § I. Ce qui était l'exception à l'époque classique aurait été la règle à l'origine du droit romain, à l'époque où l'idée de vengeance, fondement des délits privés, avait encore toute sa force, avec le caractère strictement individuel qu'elle présente à Rome, à la différence des autres peuples de l'antiquité (Grèce par exemple) chez lesquelselle s'opposait au contraire comme étant familiale. Un vestige du droit primitif nous serait donné par Cicéron qui dans une de ses lettres ad familiarem, VII, 2I, nous apprend que les premiers jurisconsultes de l'époque républicaine discutaient la question de savoir possetne heres, quod furtum antea factum esset, furti recte agere, si l'héritier pouvait agir par l'action de vol à raison d'un vol précédemment commis. (I)

2°. Pour ce qui est des créances de nature extra-délictuelle, elles sont toutes également transmissibles à l'époque classique (Pomponius, au Dig. 29, 2, 37 : Heres in [omne, interpolé] jus mortui succedit, cum et ea quae in nominibus sint ad heredem transeant, l'héritier succède dans le droit du défunt, attendu que les créances passent à l'héritier), à l'exception de celle appartenant à l'adstipulator, ou stipulant accessoire chargé de poursuivre le débiteur à la place du stipulant principal (Gaius, 3, II4 et 4, II3) nam adstipulatoris heres non habet actionem). L'explication de cette particularité doit être recherchée selon nous dans ce fait que l'adstipulator était adjoint au créancier principal intuitu personae, en considérant de la personne (comme le mandataire par exemple).

c) Obligation aux dettes (Transmissiblité passive des actions)

A l'époque classique les deux principes suivants règlent la question de l'obligation de l'héritier aux dettes de la succession.

Ier principe : l'héritier n'est pas tenu des dettes délictuelles. Celles-ci sont intransmissibles. Gaius 4. II2. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem nec competere, nec dari solere (2) Au contraire il est tenu des dettes extra-délictuelle Celles-ci sont transmissibles à l'exception toutefois de

(I) Pour Huvelin, Etudes sur le furtum I, p.p.3I9 et suiv il s'agirait seulement dans cette lettre du vol des choses héréditaires.

(2) Des fragments nombreux de juris consultes classiques insérés au Digeste - principe général formulé au Dig. 50,

Source : BIU Cujas

la dette de certaines cautions (le sponsor et le fidepromissor) Gaius 4, II3.

2ème principe - L'héritier est tenu des dettes de façon illimitée, ultra vires hereditatis. Le principe est expressément formulé au Dig. 29, 2, 2 pr : Hereditas autem quin obliget nos aeri alieno, etiamsi non sit solvendo, plus quand manifestum est, il est plus que manifeste que l'hérédité nous oblige aux dettes, même si elle est insolvable.

A quel moment est apparu dans le droit romain le principe de la transmissibilité des dettes héréditaires extra-délictuelles auquel s'ajoute celui de la responsabilité illimitée de l'héritier ? Comme, ainsi que nous le croyons probable (Voir le Cours de 2ème année : Origines de la notion d'obligations), le point de départ de toute dette fut, chez les Romains, la responsabilité délictuelle, et que le délit, comme nous pensons également devoir l'admettre, dès la plus haute antiquité, et cela à raison de l'idée de vengeance purement individuelle qui est à la base, ne pouvait qu'engendrer une responsabilité strictement personnelle, par suite non transmissible, il a dû y avoir vraisemblablement une époque où la question de la transmissibilité des dettes héréditaires ne pouvait même pas se poser -(en ce sens Matteis, Röm.Privatrecht, I, p. 97).

Mais faut-il avec plusieurs auteurs (2) aller

..... I7, 38 - édictent toutefois la règle suivant laquelle les héritiers de l'auteur du délit peuvent être poursuivis jusqu'à concurrence de leur enrichissement. Jusqu'à ces derniers temps il était admis que cette règle avait été posée expressément dans l'Edit du préteur par Cassius (cité par Venuleius au Digeste 42; 8, II). Mais aujourd'hui il y a tendance parmi les romanistes à y voir une création de Justinien. Le texte de Venuleius se rapporte à l'interdit fraudatoire. Les autres textes, ou s'appliquent à d'autres moyens de droit que les actions pénales, ou sont interpolés. Dans ce sens de Francisci, Studi sopra le azioni penalie la loro intrasmissibilita passiva, Milan I9I2; Albertario, Responsabilita fino al' limite dell' arrichimento nelle azioni pretorie concesse in luogo dell' azioni penali contra l'erede, dans Rend. Ist. Lomb. 46 (I9I3), p.p. 449, et suiv.; Nota sulli azioni penali e sulla loro intrasmissibilita passiva nei limiti dell'arrichimento de ll'erede, Bull. Ist. di dir. romano 26 (I9I4), p.p. 90 et suiv.

(2) Ce sont ceux-là même qui soutiennent la thèse de l'intransmissibilité primitive des créances. Parmi ceux-ci M. Korosec pense que la reconnaissance de la transmissibilité des dettes aurait un point de départ dans le droit honoraire et serait concomitante aux transformations

.....

Source : BIU Cujas

jusqu'à soutenir que le principe n'a fait que tardivement son apparition dans la législation romaine pour ce qui est des dettes extra-délictuelles (contractuelles principalement) ? Nous ne le pensons pas.

Pour nous, l'idée de la transmissibilité des dettes sous la forme générale d'une obligation indéfinie, illimitée, existait déjà avant les XII Tables Elle a son origine dans la communauté des membres de la domus. Les heredes sui, sont les continuateurs de la maison, et, comme tels, ils sont tenus, après la mort du paterfamilias, en plus des sacras, des autres charges et obligations contractées de son vivant, par celui qui les représentait dans l'administration de la domus (1). Lorsque, à défaut de sui, le paterfamilias se désignait un héritier par testament, celui-ci destiné à remplacer les heredes sui abunt, et à perpétuer la domus, se trouva tenu des mêmes obligations que ceux-ci (2). Et il en fut de même aussi, croyons-nous vraisemblablement comme suite naturelle de l'obligation aux sacras mise à leur charge, quand les agnats et les gentiles ne furent plus considérés comme de simples successeurs aux biens, mais comme de véritables héritiers.

..... de la situation économique à Rome (développement des relations commerciales et du crédit) survenues après la fin de la deuxième guerre punique. Voir les objections présentées à cette thèse par M. Monier dans son compte rendu de l'ouvrage de Korosek dans la Rev. hist. de droit, 1929, p.p. 345 et suiv., et par Bonfante, Corso VI, p.p. 159 et suiv.

---

(1) En ce sens, Girard, Manuel P. 943; Siber, article déjà cité des Actorum Academiae universalis jurisprudentiae comparativae I, 1928, P. 988 et suiv.; Rabel rev. de la fondation Savigny, 1930 P. 379; Michou, Nouv. Rev. hist. 1921 P. 147.

(2) Pour plusieurs auteurs (Girard, Manuel P. 943 à la suite de Pernice Labeo, I, P. 331, extension de la responsabilité illimitée aux autres héritiers que les sui aurait été faite par la disposition des XII Tables (5,9) relative à la devance de plein droit des dettes et créances entre les cohéritiers, évoquée par plusieurs impériaux (entre autres Gordien pour les créances. C. Just. 3, 36,6;

Source : BIU Cujas

Plus tard, l'obligation aux dettes in infinitum ultra vires hereditatis, fut rattachée à l'époque classique, au concept dogmatique de la successio in jus defuncti et, dans le droit de Justinien, à celui de la succession universelle, successio un universum jus, complétée par l'idée de la continuation de la personne du défunt par celle du défunt.

Par l'acquisition le patrimoine du défunt se confond avec celui de l'héritier.

Ainsi donc, à partir de l'acquisition de la succession, le patrimoine du défunt se confond avec celui de l'héritier. Il n'y a plus qu'un patrimoine unique, ayant un seul actif, et un seul passif. En conséquence, le patrimoine de l'héritier répond des dettes héréditaires. Le patrimoine du défunt répond des dettes personnelles de l'héritier.

Inconvénients de cette confusion.

Cette confusion des patrimoines pouvait porter préjudice à trois catégories de personnes:

1°- A l'héritier lui-même, tenu de payer les dettes de la succession ultra vires hereditatis, c'est-à-dire de ses deniers personnels.

2°- Aux créanciers personnels de l'héritier, lorsque l'hérédité était insolvable, car ils étaient alors obligés de subir le concours des créanciers héréditaires.

3°- Enfin, aux créanciers héréditaires, lorsque l'hérédité, qui était solvable, était acquise par un héritier insolvable, ce qui les obligeait à concourir avec les créanciers personnels de l'héritier.

Mesures prises par le Droit prétorien.

Voilà les inconvénients résultant de la confusion des patrimoines. Le droit prétorien essaya d'y remédier, en accordant aux personnes intéressées et susceptibles d'être lésées deux bénéfices: le jus abstinendi et la separatio bonorum, dont le dernier est passé dans le droit moderne.

Pour montrer l'application de ces deux bénéfices passons successivement en revue les trois questions suivantes:

1°- Protection de l'héritier contre la confusion du passif.

2°- Protection des créanciers héréditaires contre la confusion de l'actif.

3°- Protection des créanciers personnels de l'héritier contre la confusion de l'actif.

---

pour les dettes. C. Just 2,3,26). Mais voir les objections présentées par Bonfante, Siretti, I P. 295 et suiv. Corso VI, p. 84.

Source : BIU Cujas

I. Protection de l'héritier contre la confusion du passif.

Protection de l'héritier contre l'obligation ultra vires.

Comme mesures de protection en faveur de l'héritier contre l'obligation aux dettes ultra vires hereditatis, on rencontre, à l'époque classique les deux bénéfices suivants:

a) à l'époque classique.

1°- Le jus abstinendi, accordé par le prêteur à l'héritier sien.

2°- La separatio bonorum, accordée par l'édit du prêteur à l'héritier nécessaire au sens étroit du mot, c'est-à-dire à l'esclave.

1°- Le jus abstinendi.

Le jus abstinendi au profit des héritiers siens.

C'était aux heredes sui qu'il était naturel de songer tout d'abord, parce qu'ils n'avaient pas la faculté de répudier l'hérédité, même quand ils la savaient mauvaise. Le préteur leur accorda le jus abstinendi, le droit de s'abstenir. L'héritier sien l'obtenait, rien qu'en déclarant devant témoins son intention de s'abstenir, mais à condition de ne pas s'immiscer dans la succession et de n'en divertir aucun objet. Gaïus 2.159.

L'héritier sien qui usait du jus abstinendi échappait à l'obligation de payer les dettes héréditaires, et si les créanciers faisaient vendre les biens de la succession au moyen de la venditio bonorum, l'infamie attachée à la venditio bonorum était épargnée et retombait sur la mémoire du défunt.

Ils restent héritiers.

Toutefois, la qualité d'héritier étant indélébile, celui qui usait du jus abstinendi demeurait en droit héritier. Il pouvait donc revenir sur son abstention, tant que les biens n'avaient pas été vendus, et prendre ce qui restait de la succession, les créanciers héréditaires une fois désintéressés.

2°- La separatio bonorum.

La separatio bonorum au profit de l'héritier nécessaire.

C'est la protection accordée aux héritiers nécessaire au sens étroit. Le préteur les autorise à demander la separatio bonorum, c'est-à-dire la séparation des patrimoines. Par là, la confusion des patrimoines se trouve évitée. L'héritier n'est pas tenu sur son propre patrimoine de l'acquittement des dettes héréditaires, et les créanciers de la succession ne peuvent se faire payer que sur la masse des biens laissés par le défunt. Digeste 42.6.I.I8.

b) à l'époque de Justinien.

A l'époque de Justinien, la protection de l'héritier contre la confusion du passif, est assurée par le bénéfice d'inventaire.

Le délai de trois mois.

Ce bénéfice fut créé par Justinien en 531. En voici le mécanisme. Un délai de trois mois est accordé à

Source : BIU Cujas

l'héritier, du jour où il a eu connaissance de la délation de la succession, pour procéder à l'inventaire des objets de la succession (I). Cet acte, destiné à évaluer la consistance de l'actif héréditaire, devait être dressé en présence d'un tabularius. L'effet de la confection de l'inventaire est de maintenir séparés le patrimoine du défunt et celui de l'héritier, de faire obstacle à la confusion des deux masses de biens. Dès lors, l'héritier n'est tenu de payer les dettes héréditaires que jusqu'à concurrence de l'actif constaté, et il ne peut être poursuivi sur ses biens personnels. Si, une fois les dettes acquittées, il reste quelque chose, cet excédent appartient à l'héritier, qui n'a pas perdu, malgré le bénéfice dont il a usé, les droits attachés à son titre.

Séparation des deux patrimoines.

L'excédent d'actif appartient à l'héritier.

Le bénéfice d'inventaire a été consacré par les articles 793 et suivants du Code civil, et il est même passé dans le langage figuré. On dit accepter une théorie sous bénéfice d'inventaire.

II - Protection des créanciers héréditaires contre la confusion de l'actif.

La separatio bonorum des créanciers héréditaires.

Le préteur vint au secours des créanciers héréditaires, en leur accordant la separatio bonorum, la séparation des patrimoines, et c'est dans cette fonction de la separatio bonorum du droit romain qu'il faut chercher l'origine du privilège consacré par le Code civil français, la séparation des patrimoines, articles 878 et 2.III, qu'on étudiera en seconde année.

Etant donné l'importance de la séparatio bonorum relativement au droit moderne, c'est à propos de cette fonction que nous allons donner des indications sur cette institution, dans ses applications aux créanciers héréditaires.

A Conditions de la separatio bonorum.

Il faut :

Ses conditions d'exercice.

1°- Qu'une demande soit adressée au magistrat et admise par lui.

2°- Que la séparation des patrimoines soit possible. Elle ne le sera pas : quand les biens auront été aliénés; quand on ne pourra pas les reconnaître en fait; quand il se sera écoulé un délai trop long, un délai de cinq ans.

(I) Il doit avoir fait adition d'hérédité et ne pas avoir réclamé le spatium deliberandi (Inst. Just. II, 19,6, C de Just. VI, 30,22).

Source : BIU Cujas

3°- Que les créanciers n'aient pas reconnu l'héritier comme débiteur, par exemple en recevant de lui une sûreté personnelle ou réelle.

B. Effets de la separatio bonorum.

La separatio bonorum permet aux créanciers héréditaires de se payer sur les biens de la succession, sans subir le concours des créanciers de l'héritier. Mais elle n'empêche pas l'héritier de demeurer héritier, d'avoir droit aux biens s'il en reste après paiement des créanciers héréditaires. Elle n'empêche pas davantage les créanciers personnels de l'héritier d'avoir alors le droit de se payer sur les biens héréditaires restants (I).

Ses effets.

III - Protection des créanciers personnels de l'héritier contre la confusion de l'actif.

Aucune protection des créanciers personnels de l'héritier.

Aucune mesure ne fut prise pour protéger les créanciers personnels de l'héritier contre le préjudice qu'ils subissent, quand une hérédité insolvable est recueillie par un héritier solvable. Sans doute, le concours des créanciers héréditaires les empêchera d'être payés intégralement; mais on ne leur reconnaît pas le droit de se plaindre. Ils savaient, en effet, que leur débiteur pouvait empirer leur condition, en contractant de nouvelles obligations. En recueillant la succession il n'a pas fait autre chose.

L'obligation de l'héritier aux dettes dans le droit moderne.

L'idée romaine de la continuation de la personne du défunt avec son corollaire forcé de l'obligation illimitée aux dettes, admise en France dans les pays de droit écrit, triompha aussi dans les pays de coutume, avec le même correctif du bénéfice d'inventaire. Sur l'ancien droit français, cons. spécialement: Percerou, La liquidation du passif héréditaire en droit français, Rev. trimestrielle de droit civil, 1905 p. 549 et suiv.; Saleilles, De la responsabilité de l'héritier aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français, Bull. de la Société d'Etudes des Législations, 1910, P.296 et suiv., 1911 P.56 et suiv.; Olivier Martin, Coutume de Paris, II, 2, (1930, P. 451 et suiv.

(I) Sur la séparation des patrimoines, consulter l'article de Bonfante, Scritti giuridici, I, P.569 et suiv. qui renferme une riche bibliographie.

Source : BIU Cujas

Le principe de l'obligation illimitée fut consacré par le Code Civil français qui paraît toutefois le lier à la saisine (art. 724 précité) (I). Il est formellement rattaché à l'idée de la continuation de la personne par le Code Civil autrichien de 1811, § 547. L'héritier, aussitôt qu'il a appréhendé la succession, représente le défunt en considération de celle-ci. Tous les deux sont, en ce qui concerne les tiers, tenus pour une seule et même personne, § 548. Les dettes que le défunt aurait eues à payer passent à son héritier (ces articles n'ont pas été modifiés lors de la révision de 1917.)

Et parmi les Codes récents, citons comme l'ayant adopté le Code Civil suisse, art. 560. Les héritiers acquièrent de plein droit l'universalité de la succession dès que celle-ci est ouverte. Ils sont saisis des créances et actions, des droits de propriété et autres droits réels, ainsi que des biens qui se trouvaient en la possession du défunt, et ils sont personnellement tenus de ses dettes; le tout sous réserve des exceptions prévues par la loi. Cons. Crémieu, Rapport sur la question de la liquidation du passif héréditaire dans le Code Civil suisse, Bull. Société Etudes législ. 1910 P. 57 et suiv; Salleilles, La responsabilité de l'héritier dans le Code Civil suisse, même bull. 1911 P. 476.

Au système romain de la continuation de la personne s'oppose le concept germanique de la succession aux biens. Ce n'est pas l'héritier qui doit, c'est la succession. Ce système remonte aux lois Barbares, avec toutefois cette exception, très intéressante pour les Romanistes, que dans ces lois, les enfants sont personnellement tenus des dettes de leur père, en vertu de l'idée de co-propriété et de solidarité familiale. Tous les autres héritiers sont tenus seulement intra vires. La renaissance du droit romain ne put arriver à l'écarter, et nous le voyons consacré dans les premiers Codes allemands Code prussien, 1ère partie, titre IX, § 413 et suiv.; Code Saxon, § 2328 (voir les textes dans Bonfante, Scritti I, P. 199), à l'exception du Code bavarois (voir Percerou Revue trim. de droit civil 1905, P. 813 , note 4). Et c'est ce système qui finit par l'emporter dans le projet définitif du Code Civil allemand, B.C.B. § 1967 éclairé par le § 1994. Sur le système du Code Civil allemand, cons Percerou, La liquidation du passif héréditaire en droit comparé, spécialement en droit allemand, Rev. trim. de

(I) Il en est de même dans les Codes apparentés au Code Civil français: Code Civil italien de 1865, Cons. Crémieu Rapport sur la question de la liquidation du passif héréditaire dans le Code Civil italien, Bull. Soc. Et. Législ 1910, P. 64 et suiv.

Source : BIU Cujas

droit civil,1905 p.8II et suiv. C'est aussi le système qui est à la base du droit anglais. Cons. Percerou,art. cité P.360 et suiv (I)

A quelle conception convient-il de se rallier du point de vue législatif et spécialement du point de vue français?

Le principe de l'obligation illimitée se trouve encore défendu en France par des civilistes dont les noms font autorité, parmi lesquels nous citerons M. Capitant. Cours élémentaire de droit civil,5ème édition (1929) P. 500, qui propose de l'appuyer, non plus sur l'idée de la continuation de la personne du défunt,mais sur celle de la solidarité familiale (constatation également intéressante à faire pour les romanistes);Mrs. Maury et Vialleton, Traité pratique de droit civil français de Planiol-Ripert,Tome IV,Successions(1928) qui défendent encore l'idée de la continuation de la personne.

Mais ce sont les critiques qui sont de beaucoup les plus nombreuses. Après les thèses déjà citées de Jallu(1902) et de Cazelles (1905) M. Percerou se fit, en invoquant l'exemple récemment donné par le Code Civil allemand, l'apôtre des idées nouvelles (articles précités de la Rev. Trimestrielle de droit civil 1905 (fut suivi par Saleilles, Le principe de la continuation de la personne du défunt par l'héritier en droit romain,Fetschrift Für Otto Gierke 1911,p. 1015 et suiv.; nombreuses interventions au cours de la discussion relative au projet de loi sur le règlement du passif héréditaire débattu au sein de la Société d'Etudes législatives au cours des années 1910 et 1911. Voir Bulletin de cette Société, 1910 et 1911, passim.

Les romanistes eux-mêmes ne lui ont pas ménagé leurs critiques (2). En France, Accarias, I, p. 176,en note, s'exprime ainsi : Quoi qu'on puisse dire, l'héritier n'est jamais légalement solidaire du défunt, encore que, dans certains cas exceptionnels, la morale puisse lui faire un devoir de payer les dettes de la succession au delà de l'actif qu'elle contient. En Italie, Bonfante, Scritti giuridici, I P. 198 et suiv. Corso VI, P.84 et suiv.

A notre avis, le principe de l'obligation

(I) On trouvera un tableau des législations actuellement en vigueur en ce qui concerne l'obligation de l'héritier aux dettes dans l'article déjà cité de Siber, Geschichtliches und rechtsvergleichendes über die Haftung für Nachlasschulden. Actorum Academiae universalis jurisprudentiae comparativae I (1926), P.1001 et suiv

(2) Et aussi certains représentants de l'Ecole du droi

Source : BIU Cujas

illimitée, s'il se comprenait admirablement dans le très ancien droit romain, où il se trouvait en harmonie parfaite avec l'idée primitive de la perpétuation de la maison (Si l'ancien droit germanique), aurait dû disparaître avec l'affaiblissement de la sclidarité familiale, en tant qu'il s'agissait de son application aux héritiers externes (Testamentaires ou ab intestat) (I). Les tentatives faites par les jusriconsultes romains pour le maintenir, en se plaçant sur le terrain rationel, dogmatique, n'auraient pas dû, selon nous, dépasser le droit romain. On a eu tort de voir là un principe supérieur, immuable, alors qu'il ne s'agissait en réalité que d'un principe soumis aux lois de l'histoire, et qui, les circonstances l'ayant fait naître ayant disparu, aurait dû nécessairement disparaître avec elles. L'avenir, croyons-nous, est à la responsabilité de l'héritier, limitée intra vires, et la jurisprudence française, nous le verrons plus loin à propos du légataire universel (Voir chapitre IV), s'engage aujourd'hui dans cette voie.

II - Bonorum possessores.

Le bonorum possessor est mis à la tête du patrimoine du défunt.

Le bonorum possessor, sans avoir le titre d'heres, est mis à la tête du patrimoine du défunt. Il devient par conséquent propriétaire des choses corporelles du défunt, créancier des créances du défunt, et débiteur des dettes du défunt.

Responsabilité illimitée du bonum possessor quant aux dettes.

En ce qui concerne les dettes du défunt, le bonorum possessor est comme l'heres du droit civil, tenu in infinitum, au delà de l'actif qu'il recueille. C'est ce que nous apprend Ulpien au Dig. 37,I, 3 pr : susc'piturque ejus rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sunt bona, sive non sunt, sive damnum habent, sive lucrum..

---

de la nature et des gens, par exemple Wolf, O Jus naturae (I740): Si defunctus adhuc esset in vivis ut ipse solveret non plus tamen solvere posset quam quantum est in bonis suis; non autem solvere posset de alieno quod de suo solvere nequit; representatio personae defuncti minime exigit ultra vires hereditatis tenetur heres

(I) Il est impossible d'expliquer, comme le font certains romanistes, l'application du principe aux héritiers externes par des considérations tirées des nécessités du crédit et des relations commerciales. On peut avec Bonfante, Corso VI, p. 85 invoquer contre cette explication l'exemple des pays anglo-saxons, commerçants et réalistes, qui ne connaissent que l'obligation intra vires et dont les juristes trouvent " étrange " le principe romain.

Source : BIU Cujas

.... in hoc loco, proprie bona, appellabuntur, et on prend l'avantage et le désavantage de la chose; car soit que les bona soient solvables ou non, soit qu'ils procurent un dommage ou un gain, à cet endroit de l'édit (c'est-à-dire au titre De bonorum possessionibus), ils s'appelleront à proprement parler bona.

Il est important de noter que tous les effets de l'acquisition en la personne du bonorum ne se produisent que jure praetorio, et la conséquence se manifeste pour le transfert de la propriété. Le bonorum possessor n'est pas un propriétaire du droit civil. Il n'est qu'un acquéreur prétorien, un propriétaire bonitaire. Il ne deviendra propriétaire du droit civil que par l'usucapion. Jusque là, il est protégé par la Publicienne.

Jusqu'ici, nous avons supposé qu'il n'y a qu'un seul successible. Examinons les complications résultant de la pluralité de successibles. C'est l'origine d'une institution du droit moderne, le rapport.

Pluralité de successibles.

Dans l'hypothèse de pluralité de successibles, il y a deux opérations particulières à envisager : le partage et le rapport (Collatio).

§ I - Le partage.

L'indivision

Quand une succession s'ouvre , et que plusieurs héritiers l'acceptent, ils sont entre eux dans l'indivision, condominium, consortium. Ils sont appelés co-propriétaires par indivis ou coïndivisaires. Cet état d'indivision peut persister. Il est vraisemblable qu'à l'origine la co-propriété familiale du pater et des heredes sui subsistait entre les heredes sui après la mort du pater (I). On peut voir des survivances de ce régime dans les communautés taisibles du Moyen-âge, et même dans le droit moderne, par exemple dans la communauté constituée, à la mort du père , entre la mère et les enfants, du Code civil allemand § 1483 et suivants. C'est ce qu'on appelle la propriété en main commune, Gesamte Hand, intéressante pour l'étude de la propriété collective en droit moderne.

Mais dès les XII Tables, les héritiers ont toujours le droit de demander le partage, en intentant l'actio familiae erciscundae, qui remonte aux XII Tables,

---

(I) En ce sens Michon, Mélanges Cornil, 1926 II P. 115 et suiv.

Source : BIU Cujas

Tout héritier peut demander le partage (action familiae erciscundae).

comme nous l'apprend un passage du Digeste, IO. 2. I. pr. De même aujourd'hui, en droit français, d'après l'article 815 du Code Civil: Nul n'est tenu de rester dans l'indivision.

Le partage est attributif en droit romain.

Mais si ce principe est le même en droit romain et en droit français, le partage est soumis en droit romain à des règles différentes de celles du droit français. C'est ainsi que nous avons vu, à propos de l'adjudicatio, que le partage était en droit romain attributif tandis qu'en droit français, il est déclaratif, c'est-à-dire que chaque héritier est censé avoir toujours été propriétaire des choses mises dans son lot. Article 883.

§ 2 - Le rapport (Collatio)

Nous serons amenés à évoquer ici le droit de la famille, l'émancipation et la dot.

Notion de la collatio.

En principe, les successibles, en cas de pluralité, se partagent l'hérédité proportionnellement à leurs parts héréditaires respectives. Mais dans certains cas, l'hérédité constituant la masse à partager pourra être grossie de certaines valeurs qui ne font pas partie de la succession, mais qui, appartenant à certains des successibles, devront être, avant le partage, rapportées à la masse héréditaire. C'est cette mise dans la masse héréditaire par certains successibles de valeurs ne faisant pas partage de la succession et leur appartenant en propre, qui constitue l'institution romaine de la collatio. Cette institution, étrangère à l'ancien droit civil, fut introduite par l'édit du préteur et conservée, dans un rôle nouveau par le droit impérial récent. C'est sous ce rôle nouveau que l'institution est passée dans le droit moderne.

I. Le droit prétorien.

Le droit prétorien nous présente deux espèces de collatio :

1°- La collatio bonorum ou emancipati, qui est le type originel.

2°- La collatio dotis, qui en est une imitation.

A. La collatio bonorum ou emancipati.

Inégalité résultant du droit successoral des émancipés.

Cette collatio a été la conséquence du droit à la succession du pater familias, qui fut accordé par le préteur aux émancipés, par la bonorum possessio unde liberi et également par la bonorum possessio contra tabulas, si le pater-familias a fait un testament dans lequel il a omis d'instituer ou d'exhéréder les émancipés. Depuis leur émancipation, les émancipés avaient pu acquérir des biens, étant devenus sui juris, tandis que les acquisitions, réalisées par les sui restés in patria

Source : BIU Cujas

potestate, au lieu de leur rester propres, étaient venues accroître le patrimoine du pater-familias. L'admission des émancipés à la bonorum possessio était donc pour eux une source de profit, au détriment des sui. Ils conservaient en effet leur fortune personnelle, et ils venaient prendre leur part dans la fortune du pater-familias, augmentée des acquisitions dues aux enfants restés en puissance. L'égalité était rompue entre les émancipés et les sui. Il en résultait une flagrante injustice. Le préteur le comprit. Puisque, pour faire arriver les émancipés à la succession du pater-familias, le préteur ne tenait pas compte de l'émancipation, il était à la fois juste et logique qu'il la considérât aussi comme non avenue, en ce qui concernait les biens acquis par eux depuis l'émancipation. Aussi le préteur prescrivit-il que les émancipés seraient tenus de remettre ces biens dans la masse héréditaire, bona in medium conferre (d'où collatio), de façon que les sui puissent en prendre leur part. Digeste 37.6.I. pr. Cette collatio bonorum ou emancipati était déjà connue du jurisconsulte Cassius en 1' année 30 après J.C.

Le préteur les oblige à rapporter à la succession les biens par eux acquis.

1°- Conditions de forme.

La collatio bonorum ou émancipati, à la différence du droit moderne, ne s'opère ni en nature, c'est-à-dire par remise matérielle des biens dans la masse, ni en moins prenant, c'est-à-dire par imputation de celui qui la doit sur sa part. (Ce sont les deux procédés sous lesquels le rapport se présente en droit français). En droit romain, la collatio bonorum ou emancipati s'opérait par une promesse garantie par des cautions, satisdatio, que l'émancipé faisait aux sui de partager avec eux son patrimoine.

La collatio se fait par une satisdatio.

2°- Conditions de fond.

1°- La collatio était seulement due dans la succession d'un pater-familias, donc d'un ascendant paternel. En effet, il n'y a qu'une telle succession qui soit grosse des acquisitions des sui.

Elle n'est due: qu'à la succession d'un ascendant paternel.

2°- Il faut, pour qu'il soit astreint à la collatio, que l'émancipé demande le bonorum possessio unde liberi ou la bonorum possessio contra tabulas. S'il invoque la bonorum possessio secundum tabulas, la collatio ne sera pas due, car dans ce cas, s'il cause un préjudice aux sui, ce n'est pas parce qu'il est sorti de la puissance, tandis que les sui y sont restés, c'est parce que le pater-familias l'a institué héritier, comme il aurait pu instituer un étranger.

Par l'émancipé appelé par B.P. unde liberi ou contra tabulas.

3°- La collatio était due seulement aux sui et non aux autres émancipés.

Qu'aux sui.

B. La collatio dotis.

La collatio dotis sert de trait d'union entre

Source : BIU Cujas

la collatio bonorum ou emancipati et la notion moderne du rapport. M. Fliniaux interroge très souvent sur cette matière. La collatio dotis est une extension de la collatio bonorum ou emancipati. Cette dernière fonctionnait nécessairement, dans le cas où la fille émancipée avait reçu une dot, soit de son pater-familias, soit d'un tiers. Cette dot, pendant le mariage était bien laissée à la disposition du mari, mais il existait à la charge du mari une obligation éventuelle de restitution au profit de la femme, en cas de dissolution du mariage. Donc, la fille émancipée devait rapporter la dot, conferre dotem. Jusqu'ici, il n'y a encore rien de nouveau c'est l'application à la fille émancipée de la collatio bonorum ou emancipati.

La collatio de la dot due par la fille émancipée.

La question suivante ne tarda pas à se poser : la fille restée en puissance, non émancipée, ne devait-elle pas également rapporter la dot ? Les principes tendaient à répondre négativement. En effet, c'est comme cela que la femme, dans ce cas, succède à son pater familias, et la collatio n'était pas imposée aux sui. Et, cependant, lorsque la dot était fournie par le père, profecticia, le résultat était peu équitable. Les biens composant la dot avaient été distraits du patrimoine du pater-familias dans lequel ils ne devaient plus rentrer, puisque la dot était restituable à la femme elle-même, à la dissolution du mariage. Aussi le préteur décida-t-il que désormais la fille restée en puissance ne pourrait plus venir prendre sa part dans la succession paternelle qu'à charge de rapporter la dot. Digeste 37.7.1.pr.

Extension à la dot profectice de la fille non émancipée.

Puis la collatio dotis fut plus tard étendue à la dot adventice par une constitution de Gordien. Code de Justinien 6.20.4.

Et à la dot adventice

Les règles de la collatio dotis sont les mêmes que celles de la collatio bonorum ou emancipati, principalement pour les conditions d'exercice. Il faut que la fille vienne à la succession paternelle en demandant la bonorum possessio unde liberi (un heres sus héritier du droit civil peut en effet la réclamer) ou la bonorum possessio contra tabulas.

Condition d'exercice.

II - Le droit impérial récent.

C'est l'origine directe de l'institution moderne du rapport. Nous assistons à une transformation du fondement de la collatio et à une transformation de l'institution de la collatio. Cette double transformation est intimement liée à l'évolution qu'a subi le droit de la famille. L'évolution du droit de la famille eut en effet pour résultat de réduire presque à rien l'ancienne collatio bonorum ou emancipati. La cause en fut surtout le développement des différents pécules formés de biens

L'extension des pécules rend inutile la collatio emancipati.

Source : BIU Cujas

restant propres au fils de famille.

La collatio descendentium.

Alors se fit jour, une idée dont le germe en quelque sorte inconscient se trouvait dans la collatio dotis et qui a véritablement créé une collatio nouvelle, collatio que les interprètes du droit romain ont appelée collatio descendentium, et qui est l'origine directe du rapport moderne.

Son origine la collatio de la dot profectice.

Le germe, il faut aller le chercher dans la collatio dotis, lorsque la dot reçue par la fille est une dot profectice c'est-à-dire fournie par le pater-familias. Dans cette hypothèse, la collatio faisait rentrer dans la masse successorale des biens qui y figuraient autrefois, et qui en avaient été distraits au profit de la fille dotée. Par là, cette collatio constituait un véritable rapport, au sens moderne du mot. On généralisa l'idée qui se trouvait dans cette application, en décidant que tous les descendants qui auraient reçu des libéralités entre vifs de leurs ascendants, devraient rapporter ces libéralités dans la succession de ces ascendants.

Fondement nouveau du rapport, les libéralités en avancement d'hoirie.

Alors on se trouva en présence d'une collatio nouvelle fondée sur l'idée que l'ascendant, ayant pour ses descendants une affection égale, est présumé avoir voulu leur transmettre ses biens pour des parts égales. Les libéralités faites par lui de son vivant sont donc présumées faites en avancement d'hoirie, c'est-à-dire à titre d'avances sur sa succession future.

Portée de la collatio.

Etant donné ce nouveau fondement, la collatio descendentium finit par être imposée à tout descendant, qu'il fût successible jure civili ou jure praetorio, qu'il fût héritier ab intestat ou héritier testamentaire. D'autre part, on décida que la collatio serait due dans la succession de tout ascendant, aussi bien maternel que paternel.

Ancien droit français.

C'est cette institution de la collatio descendentium qui est passée, avec des fortunes diverses, dans notre ancien droit. Les coutumes variaient quant à la liste des personnes auxquelles le rapport devait être imposé et aussi quant à la rigueur des conditions qu'elles édictaient. A ce point de vue, les coutumes se partageaient en trois groupes :

Règles des coutumes.

1°- Les coutumes dites d'égalité parfaite, qui contraignaient au rapport sans dispense possible l'héritier, même renonçant.

2°- Les coutumes dites de simple égalité, dans lesquelles l'obligation du rapport disparaissait par la renonciation.

3°- Les coutumes du préciput, qui permettaient au défunt d'avantager un de ses successibles en le dispensant du rapport.

C'est ce dernier système qui est demeuré celui

Source : BIU Cujas

Systeme du Code Civil

du Code Civil français, art. 843 et suivants. Le Code consacre, comme modes de rapport, le rapport en nature et le rapport en moins prenant.

Section III

SANCTION DE L'ACQUISITION DE LA SUCCESSION.

C'est une matière très importante, pendant de la sanction de la propriété.

I. Les héritiers du droit civil.

L'héritier a les actions du défunt.

L'héritier devient, par l'acquisition de la succession, propriétaire des choses corporelles du défunt, creancier de ses créances et débiteur de ses dettes. Il a donc, pour exercer ses droits, les actions qu'avait le défunt, comme inversement, il est tenu de celles qui existaient passivement contre le défunt.

Mais en outre, l'héritier possède pour réclamer les mêmes choses corporelles, pour recouvrer les mêmes créances, une action particulière, que n'avait pas le défunt, et qui est fondée sur sa qualité d'héritier. C'est la pétition d'hérédité, hereditatis petitio.

Et la pétition d'hérédité.

Avant de donner le plan, indiquons, parmi les travaux récents un article de M. Gianetto Longo, Studi sulla " hereditatis petitio". Etudes sur la pétition d'hérédité, parue dans la Revue italienne pour les sciences juridiques, Nouvelle série, année IV, 1929, fascicul 3, et un article de Mr. Appleton, Rev. hist. de droit, 1930, P. I et suiv, P. 621 et suiv.

Bibliographie.

Voici le plan que nous suivrons :

§ I - Caractères particuliers de la pétition d'hérédite. Ses rapports avec l'action en revendication

§ 2 - Procédure de la pétition d'hérédité.

§ 3 - Règles de fond de la pétition d'hérédité

§ 4 - Sort des aliénations consenties par l'héritier apparent.

§ I - Caractères particuliers de la pétition d'hérédité. Ses rapports avec l'action en revendication.

Comme l'action en revendication, la pétition d'hérédité est une action réelle, actio in rem, mais une action reelle présentant certaines particularités

Source : BIU Cujas

La pétition d'hérédité est une action réelle, ses particularités.

qu'il convient de mettre en lumière.

Ière particularité. Tandis que la revendication porte spécialement, singulariter, disent les textes, sur une chose corporelle, prise isolément, la pétition d'hérédité s'applique à un ensemble de choses corporelles et de droits, en d'autres termes, à l'ensemble des valeurs héréditaires. C'est pourquoi on appelle la pétition d'hérédité pour la distinguer de l'action en revendication, une vindicatio generalis, tandis qu'on donne à l'action en revendication le nom de vindicatio rei singularis.

C'est une vindicatio generalis.

Ces valeurs héréditaires, l'héritier peut, par la pétition d'hérédité, les réclamer en tout ou en partie, non pas en se fondant sur sa qualité de propriétaire, ou de titulaire d'un droit réel quelconque, ou de créancier, mais en invoquant simplement sa qualité d'héritier. Conséquences pratiques :

Elle peut ne comprendre que des choses incorporelles.

I°- La pétition d'hérédité peut ne comprendre que des droits de créance, quand il n'y a rien d'autre dans l'hérédité. Digeste 5.3.50 pr.

2°- Elle peut comprendre des choses corporelles sur lesquelles l'hérédité ne peut invoquer ni un droit de propriété, ni aucun autre droit réel. Par exemple, supposons que de son vivant, une chose ait été donnée en gage au de cujus. Quand l'héritier veut entrer en possession de l'hérédité, il s'aperçoit que cette chose est aux mains d'un tiers. Il pourra, bien que le de cujus n'ait pu, ni que lui-même ne puisse se dire titulaire d'un droit réel sur cette chose, car il s'agit d'un droit de créance, le droit de gage, réclamer cette chose par la pétition d'hérédité comme faisant partie de la succession, et il n'aura qu'à prouver sa qualité d'héritier. Digeste 5.3. De hereditatis petitione. I9 Pr.

C'est une action réelle et personnelle.

2ème particularité. Bien que réelle, la pétition d'hérédité tient à certains égards de l'action personnelle. C'est pour cela que les civilistes et les procéduriers modernes inclinent à y voir une action mixte, à la fois réelle et personnelle. En effet, bien avant l'action en revendication, la pétition d'hérédité en droit romain ne tarda pas à renfermer un certain nombre d'éléments personnels. D'ailleurs, si l'action en revendication s'est imprégnée d'éléments personnels, c'est, comme nous l'avons vu, à l'imitation de la pétition d'hérédité

Ces caractères particuliers suffisent à expliquer les règles de fond propres à la pétition d'hérédité que nous allons étudier, après avoir dit quelques mots des différentes formes de procédure qui lui furent applicables.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Procédure de la pétition d'hérédité.

Procédure de la pétition d'hérédité.

Ce sont les mêmes formes de procédure que celles que nous avons rencontrées à propos de l'action en revendication, à savoir : la procédure per sacramentum in rem, la procédure per sponsionem, enfin la procédure per formulam petitoriam vel arbitrariam.

Voici la formule telle qu'elle a été reconstituée en dernier lieu par Lenel dans la 3ème édition de son Edictum perpetuum:

Si paret hereditatem de qua re agitur Auli Agerii esse ex jure quiritium neque ea res restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam Numerium Negidium Aulo Agerio condemna Si non paret absolve.	S'il apparaît que l'hérédité de laquelle il s'agit appartient à Aulus Agerus d'après le droit des Quirites et que cette chose n'a pas été restituée, condamne Numérius Negidius envers Aulus Agerius à une somme d'argent égale à la valeur de la chose. S'il n'apparaît pas, absous.

Toutefois, il y a une remarque importante à faire, pour ce qui est de la pétition d'hérédité. Comme nous l'avons vu à propos de la querela inofficiosi testamenti, la pétition d'hérédité était presque toujours soumise au tribunal des centumvirs. Or, nous savons que dans ce cas, l'instance était organisée, même sous la procédure formulaire, par sacramentum. Gaius 4.31. Il en résulte donc l'emploi assez rare de la procédure per formulam petitoriam vel arbitrariam.

Importance du sacramentum.

§ 3 - Règles de fond.

Le Sc. Juventien

Ces règles de fond, en ce qui concerne aussi bien les conditions d'exercice que les effets, ont pour la plupart pour base, à l'époque classique, un sénatus-consulte rendu sous le règne d'Hadrien, en 129 après J. C. que les interprètes du droit romain appellent, du nom d'un des consuls qui le proposèrent pour le compte de l'empereur, Juventius Celsus, SC. Juventien. Ce Sc., rendu en matière de pétition d'hérédité fiscale (il s'agissait de la revendication de certains biens vacants par le fisc), fut étendu ensuite aux pétitions d'hérédité civiles, par opposition aux pétitions d'hérédité fiscales, vraisemblablement à l'époque d'Ulpien. Voir en ce sens Dencyez, le Sc. Juventien, thèse Strasbourg 1926.

Son extension aux pétitions d'hérédité civiles.

Le texte du SC. Juventien nous a été rapporté intégralement au Digeste 5.3.20.6. S'il a été modifié quant à la forme (M. Fliniaux a essayé de le démontrer) certainement il ne l'a pas été quant au fond, comme a

Source : BIU Cujas

essayé en vain de le soutenir M. Dénoyez. M. Fliniaux a combattu cette thèse dans son compte-rendu de la thèse précitée, paru dans la Revue historique de droit, 1930, P. 110 et suiv. et avant M. Fliniaux, M. Hans Lewald en Allemagne, dans son compte-rendu de cette thèse Revue de la Fondation Savigny, 1928, page 638.

Ceci dit, étudions en détail les règles de fond de la pétition d'hérédité.

I - Conditions d'exercice.

Ces conditions d'exercice se rapportent, comme celles de l'action en revendication, aux deux sujets actif et passif, de la pétition d'hérédité.

Conditions du côté du demandeur.

1°- Du côté du demandeur, ce que les Allemands appellent l'Aktivlegitimation. Le demandeur doit se prétendre héritier du droit civil. Il ne doit pas posséder, s'il s'agit d'une chose corporelle; il ne doit pas avoir reçu satisfaction, s'il s'agit d'une chose incorporelle.

Il doit posséder.

2°- Du côté du défendeur, ce que les Allemands appellent la Passivlegitimation. Le défendeur doit posséder. Mais il n'a besoin d'avoir que la possessio juris, par opposition à la possessio corporis. Par exemple, il refuse, en niant la qualité de l'héritier, de payer une créance héréditaire dont il est le débiteur (Dig. 5,3,13,15) (1).

Pro herede ou pro possessore.

Mais la possessio juris ou la possessio corporis ne suffit pas pour le soumettre à la pétition d'hérédité. Il n'y est soumis que quand il possède soit pro herede, à titre d'héritier, soit pro possessore à titre de simple possesseur (2)

1°- Pro herede. Il en est ainsi, quand de bonne ou mauvaise foi, il se comporte comme héritier, quand il refuse de rendre le bien, de rembourser la créance, parce qu'il prétend être héritier.

2°- Pro possessore. C'est plus délicat. Il en sera ainsi quand le défendeur n'invoque aucun titre quand il refuse de rendre le bien sans pouvoir alléguer

---

(1) C'est ce que disent plusieurs fragments de jurisconsultes classiques insérés au Digeste (en plus du fragment cité au Texte, voir Dig. 5,3,16,4; ht 16,7, ht 18, 1et 2; ht 34,1; ht 36). Mais il y a aujourd'hui tendance parmi les romanistes à voir dans la mention de la possessio juris une création de Justinien. Cette idée, proposée pour la première fois par Di Marzo, La possessio juris nella hereditatis petitio, Studi Moriani, II, 1906, P. 23 et suiv. a été adoptée par Lenel dans la 3ème édition de son Edictum perpetuum.

(2) Cons. en dernier lieu Lenel, Die Passivlegitimation bei der hereditatis petitio Rev. fond. Savigny

Source : BIU Cujas

aucun titre. Dans ce cas, l'action logique que devrait intenter l'héritier serait l'action particulière qu'aurait dû intenter le défunt lui-même. Mais, à ce point de vue, l'héritier aurait été traité assez mal, car il n'aurait pas pu agir au possessoire. En effet, nous avons vu que l'héritier ne succède pas à la possession. Il n'a donc pas les interdits possessoires, même quand le défunt les avait. Aussi lui a-t-on permis d'intenter la pétition d'hérédité, où il triomphera en prouvant sa simple qualité d'héritier.

La pétition d'hérédité est donnée contre les ficti possessores.

De bonne heure, la pétition d'hérédité fut étendue aux ficti possessores contre celui qui a cessé par dol de posséder. C'est l'objet d'une disposition expresse du Sc. Juventien, texte précité du Digeste § 6 c, Ière partie (le § 6, qui donne le texte du Sc. Juventien, a été divisé par les éditeurs). Voici le texte très important. Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam (M. Fliniaux a démontré, dans son article le Sc. Juventien et la litis contestatio, déjà cité que les mots : ante litem contestatam ont été interpolés, car il ne pouvait pas y avoir de litis contestatio dans la procédure administrative, à l'occasion de laquelle le Sc. a été rendu . Il y avait dans le texte : ante petitam hereditatem(I) fecerint, quominus possiderent, perinde condemnantos quasi possiderent, de même ceux qui se sont emparé des biens alors qu'ils savaient qu'ils ne leur appartenaient pas (ce sont des possesseurs de mauvaise foi) devront être condamnés comme s'ils possédaient, même s'ils ont fait en sorte (avant la litis contestatio) de ne pas posséder.

Bibliographie.

Sur la règle Dolus pro possessione et dans son application à la pétition d'hérédité, renvoyons au compte rendu par M. Fliniaux de la thèse de Dénoyez. Pour les conditions d'exercice, et en particulier la question de la Passivlegitimation, principalement pour le titre pro possessore, à distinguer du titre pro herede, lire l'article de Lenel, Die Passivlegitimation bei der Petitio Hereditatis, Revue de la Fondation Savigny, 1926, et les développements sur la question de l'article précité de Longo.

1926 P. I et suiv.

(I) et non " post petitiam hereditatem" comme M. Fliniaux avait cru pouvoir le soutenir en se fondant sur Dig. 5,3,27. Voir les objections présentées contre cette restitution par Mr. Appleton, Rev. Hist. de droit, 1930, P.661, note 2.

Source : BIU Cujas

II - Effets de la pétition d'hérédité.

Comme pour l'action en revendication, il s'agit de déterminer le montant des restitutions qui doivent être fournies au demandeur par le défendeur. Le demandeur est appelé l'héritier véritable, et le défendeur est appelé l'héritier apparent. Or, ces effets ne sont pas les mêmes avant et après l'application du Sc. Juventien aux pétitions d'hérédité civiles.

Périodes à distinguer.

A. Avant l'application du Sc. Juventien aux pétitions d'hérédité civiles.

La doctrine, en partant du caractère d'action générale de la pétition d'hérédité, construisit un système d'après lequel le possesseur de l'hérédité est considéré comme une sorte d'administrateur général des biens d'autrui. En conséquence, il n'y a aucune raison de distinguer suivant que le possesseur est de bonne ou de mauvaise foi. Dans tous les cas, par conséquent, il y a obligation de réparer le préjudice causé par les opérations irrégulières, c'est-à-dire faites par le possesseur dans son intérêt propre, sui causa, et obligation de restituer le profit des opérations régulières, c'est-à-dire celles accomplies dans l'intérêt de l'hérédité, hereditatis causa.

Le possesseur d'hérédité est considéré comme administrateur général des biens d'autrui.

Responsabilité de l'héritier apparent.

Ce principe général doit être appliqué : aux fruits et aux détériorations.

a)-Application aux fruits .-Le possesseur est comptable de tous les fruits, aussi bien antérieurs que postérieurs à la litis contestatio, qu'il a perçus ou qu'il aurait dû percevoir. C'est la règle Fructus augent hereditatem, les fruits augmentent l'hérédité, donc sont pour l'héritier véritable.

Il est comptable de tous les fruits.

b)-Application aux détériorations.-Le possesseur est tenu de la perte totale ou partielle, survenue antérieurement ou postérieurement à la litis contestatio, non seulement par son dol, mais encore par sa faute. S'il s'agit de détériorations survenues après la litis contestatio, il sera tenu en outre des pertes par cas fortuit, à moins qu'il ne prouve, conformément au principe de la demeure, que la chose eût également péri chez le demandeur.

Responsabilité des pertes et des détériorations.

B. Après l'application du Sc. Juventien aux pétitions d'hérédité civiles.

Le Sénat avait voulu, en rendant le Sc. Juventien, qui à ce moment, ne visait que les pétitions d'hérédité fiscales, améliorer la situation des possesseurs de bonne foi. En conséquence, il avait décidé (règles de fond):

Le Sc. Juventien améliore la situation des possesseurs de bonne foi.

I°- Que le possesseur de bonne foi n'aurait pas à payer les intérêts du prix de vente, dans le cas où il aurait vendu un bien de l'hérédité. Digeste, à notre titre, 20.6.a.

Source : BIU Cujas

2°- Que le possesseur de bonne foi ne serait tenu de restituer que le prix de vente. Digeste à notre titre, 20.6.b. Ce qui fut interprété (et cela est très important à propos du sort des aliénations faites par l'héritier apparent) dans le sens qu'il ne sera tenu de restituer le prix que dans le cas où il s'est enrichi de celui-ci. Donc, il ne doit rien, dans le cas où il aurait soit perdu, soit dépensé, soit donné le prix touché. Digeste à notre titre, 23 pr.

Il n'est tenu que dans la mesure de son enrichissement.

3°- Que la responsabilité du possesseur de bonne foi serait toujours limitée à son enrichissement. §6 c, 2ème partie. Voici le texte de cette règle si importante: Eos autem, qui justas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo duntaxat quod locupletiores ex ea re facti essent, quant à ceux qui auraient de justes motifs pour penser que les biens de la succession leur appartiennent (c'est-à-dire les possesseurs de bonne foi) ils seront tenus seulement dans la mesure où ils sont devenus plus riches par cette chose. Ils sont tenus donc dans la mesure de leur enrichissement.

Ainsi donc, depuis l'application du Sc. Juventien, aux pétitions d'hérédité civiles, il va falloir distinguer entre le possesseur de bonne foi, et le possesseur de mauvaise foi.

I°- Le possesseur de mauvaise foi continue à être traité aussi rigoureusement qu'était traité tout possesseur quelconque, avant l'application du Sc. Juventien aux pétitions d'hérédité civiles.

2°- Le possesseur de bonne foi vit s'atténuer à son égard les rigueurs du régime ancien. On le déclare seulement comptable de ce dont il s'est enrichi. Cette règle s'applique aux fruits, aux détériorations.

Application aux fruits.

a)- Quant aux fruits, le possesseur de bonne foi est comptable seulement des fruits qu'il a perçus, s'il les a encore.

Aux détériorations.

b)- Quant aux déteriorations, le possesseur de bonne foi n'est comptable de rien, même quand la perte ou la détarioration provient de sa prodigalité, de son gaspillage ou même de son incurie.

Il s'agit ici des fruits et détériorations antérieurs à la litis contestatio. Pour les fruits et détériorations postérieurs à la litis contestatio, depuis Justinien seulement, comme nous l'avons vu à propos de la revendication, le possesseur de bonne foi est assimilé au possesseur de mauvaise foi, par le fameux texte interpolé cité à propos de la revendication. Digeste, De hereditatis petitione, 26.7, suivant lequel, après la litis contestatio, tous les possesseurs deviennent de mauvaise foi.

Interpolation de Justinien.

Pour en terminer avec les effets de la pétition

Source : BIU Cujas

d'hérédité, il reste à dire quelques mots de la question des impenses dont le Sc. Juventien ne s'est pas occupé. Elle fut résolue, en ce qui concerne la pétition d'hérédité, de la même façon que pour l'action en revendication. Il faut tenir compte des derniers travaux de la science italienne. Bonfante, Istituzioni, 8ème édition P.558, à propos de la pétition d'hérédité, renvoie aux développements sur l'action en revendication. Il faut distinguer l'époque classique et le droit de Justinien. Nous ferons comme lui (Voir plus haut : Action en revendication).

La question des impenses (Renvoi).

Effets de la pétition d'hérédité en droit français moderne.

En droit français, le possesseur de bonne foi fait tous les fruits siens

Nous rencontrons un changement très important en ce qui concerne la restitution des fruits. Notre Code Civil n'a pas consacré le système du Sc. Juventien, système qui obligeait le possesseur de bonne foi à tenir compte des fruits qui l'avaient enrichi. Il permet au possesseur de bonne foi de faire sans distinction tous les fruits siens (voir l'article 138 combiné avec les articles 549 et 550).

§ 5 - Sort des aliénations consenties par l'héritier apparent.

Les actes faits par l'héritier apparent sont-ils valables ?

Jusqu'à maintenant, nous n'avons envisagé dans la pétition d'hérédité que les rapports réciproques du demandeur et du défendeur, c'est-à-dire du véritable héritier et de l'héritier apparent. Il reste à déterminer le sort des aliénations que l'héritier apparent a pu consentir à des tiers pendant le temps où il était en possession. Le tiers acquéreur, juridiquement parlant ayant-cause de l'héritier apparent, garde-t-il vis à-vis de l'héritier véritable une situation inattaquable ? Ou bien, au contraire, est-il soumis à la revendication de celui-ci ? Telle est la fameuse question de la validité des aliénations, plus largement des actes passés par l'héritier apparent.

Avec les auteurs les plus récents, Mommsen, Gradenwitz, Girard, Bonfante, Institutions de Droit romain, page 548, M. Fliniaux pense qu'il faut, pour la solution à donner à cette question en droit romain, distinguer avec soin l'époque classique et le droit de Justinien.

Non, à l'époque classique.

A l'époque classique, la revendication de l'héritier véritable contre le tiers acquéreur était possible dans tous les cas. C'est l'application du grand principe de droit d'après lequel personne ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même. Or, l'héritier apparent ayant perdu son procès sur la pétition d'hérédité, est considéré comme n'ayant jamais eu

Source : BIU Cujas

de droit. Il n'a donc pu valablement vendre une chose de la succession.

Oui, sous Justinien quand le tiers a un recours contre le possesseur de bonne foi.

Pour le droit de Justinien, la revendication reste en principe possible, sauf dans le cas suivant: Quand le tiers acquéreur a un recours en garantie, du fait de la vente à lui consentie par l'héritier apparent, contre l'héritier apparent possesseur de bonne foi. C'est ce que décide un fragment interpolé d'Ulpien, Digeste 5,3, De Hereditatis petitione, 25 I7, Voici la traduction du passage qui nous intéresse: Si le possesseur de bonne foi a vendu des choses do la succession sans que le prix l'ait rendu plus riche, le demandeur à la pétition d'hérédité (l'héritier véritable) pourra-t-il les revendiquer contre les tiers acquéreurs ? Voilà la question posée par Ulpien, et Ulpien répond : Et je pense qu'elles peuvent être revendiquées à moins que les acheteurs n'aient un recours contre le possesseur de bonne foi. Nisi emptores regressum ad bonae fidei possessorem habent.C'est ce membre de phrase qui aurait été interpolé, d'après les auteurs précités. Justinien aurait donc remanié dans ce sens le texte d'Ulpien. Voici les raisons de cette interpolation. Il faut se rappeler ce que nous avons dit plus haut. Nous avons vu que l'héritier apparent quand il est de bonne foi, n'est comptable vis-à-vis de l'héritier véritable que du prix de la vente dont il s'est enrichi,qu'il ne doit rien dans le cas où il aurait perdu, dépensé donné le prix par lui reçu. Or, le recours en garantie que le tiers acquéreur aurait contre lui dans le cas où il viendrait à être évincé par le véritable héritier, était de nature à rendre illusoire cette règle. Justinien décida que dans le cas où existerait un tel recours contre l'héritier apparent de bonne foi il serait impossible à l'héritier véritable de revendiquer contre le tiers acquéreur parce que cela retomberait en définitive sur l'héritier apparent,alors que,s'il est de bonne foi, il ne peut pas être tenu au-delà de son enrichissement

Si nous passons maintenant du droit romain au droit français moderne, nous voyons que la question s'est également posée de savoir quel est le sort des aliénations, plus largement, des actes consentis par l'héritier apparent.

La jurisprudence française maintient les actes si le tiers acquéreur est de bonne foi.

Après de nombreux tâtonnements, la jurisprudence française valide aujourd'hui,depuis I875, de tel les aliénations, lorsque le tiers acquéreur est de bonne foi, en invoquant la règle error communis jus facit l'erreur commune crée le droit. Il y avait là une nécessité d'ordre économique; il ne fallait pas que les transactions soient rendues impossibles, faute d'être assurées. Cette maxime vient contrecarrer le principe Nemo potest ad alium plus juris transfere potest quam

Source : BIU Cujas

ipse habet. Voir la note de M. Savatier dans la Revue trimestrielle de droit civil, I930, page 557, sous l'arrêt de Cassation, Requêtes, du 5 Janvier I930 (I).

Merlin de Douai proposait la distinction de Justinien.

Mais, et cela est intéressant pour les romanistes, au lendemain du Code civil, un commentateur du Code qui avait été auparavant un commentateur de notre ancien droit, Merlin de Douai, s'était efforcé, à propos d'un arrêt de Cassation, de faire triompher la distinction consacrée par la loi romaine, A notre titre 25, I7. Voici conformément à ce texte, comment Merlin conclut sur le droit moderne " Les actes d'aliénation ne sont maintenus qu'en considération de la bonne foi de l'héritier putatif, c'est-à-dire l'héritier apparent). Ils ne le sont que pour ne pas l'exposer à des recours en garantie, et ils ne le sont pas lorsqu'il n'est pas obligé d'en garantir l'exécution". C'est, pour le droit né du Code civil, la solution donnée par le droit romain, Merlin, Questions de droit, 2ème édition, Tome VI, lequel ne renferme que des Additions. V° Héritier, parg. 3, Page 324 et suivantes. La thèse de Merlin a été adoptée par Sérésia de la pétition d'hérédité en droit moderne, Bruxelles, I873 (2).

II- Les bonorum possessores.

Le bonorum possessor n'a pas les actions de l'héritier.

Le bonorum possessor, n'étant pas héritier, n'avait ni les actions particulières du défunt, ni l'action in rem generalis qu'était pour les héritiers du droit civil la petition d'hérédité, fondée sur la qualité d'héritier. Par définition, le bonorum possessor n'est pas un héritier. Mais au fur et à mesure que le bonorum possessor était assimilé à l'héritier, il a bien fallu par des moyens de procédure différents, lui assurer des voies de droit pratiquemment équivalentes. Ces voies de droit sont, à l'époque classique:

Voies de droit qu'il a à sa disposition.

I°- L'interdictum quorum bonorum.

2°- Les actions fictices de la qualité d'héritier, bel exemple d'actions fictices.

(I) Pour le droit italien cons. Bonfante, Scritti, I, P. 53I et suiv. En droit allemand la question ne peut se poser en raison de l'institution du certificat d'héritier, la quelle fonctionne encore aujourd'hui en Alsace-Lorraine. Cons. Meury et Vialleton, traité pratique de droit civil français, t. IV, N°s 247 et suiv.

(2) Comme correctif apporté à la jurisprudence belge qui admet la thèse de la nullité des actes consentis par l'héritier apparent, Cass belge, II juillet I879, D. 79.2.35.

Source : BIU Cujas

La possessoria hereditatis petitio doit être considérée, nous le verrons, comme une création de Justinien.

L'interdit quorum bonorum.

1°- L'interdictum quorum bonorum.

Par cet interdit, qui paraît être la plus ancienne voie de droit imaginée au profit du bonorum possessor, le bonorum possessor se fera remettre la possession des choses corporelles héréditaires. Cet interdit est déjà connu de Cicéron, et il est délivré, à l'époque classique, contre ceux qui possèdent ou pro hérede ou pro possessore. Les conditions d'exercice sont donc les mêmes que pour la pétition d'hérédité.

Contre qui il est donné.

Cet interdit était impossible contre ceux qui possédaient à d'autres titres. Aussi fut-il nécessaire de créer un interdit spécial, l'interdictum quod legatorum, relatif aux choses léguées contre ceux qui se seraient emparés des choses héréditaires, en s'en prétendant légataires, contre ceux qui possèderaient pro légato. Sur cet interdit, voir l'article de M. Ernest Perrot, Etudes d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard, Tome I, pages 171 et suivantes.

L'interdit quod legatorum,

2°- Les actions fictices de la qualité d'héritier.

Actions fictices.

Le préteur assimila plus complètement le bonorum possessor à l'héritier, en le mettant à même d'intenter les actions mêmes du défunt, avec la fiction insérée dans l'intentio si heres esset. En même temps, il permettait aux créanciers du défunt de le poursuivre avec la même fiction. Gaius 4.34.

- Section IV -

FUSION A L'EPOQUE DE JUSTINIEN DES REGLES PARTICULIERES RELATIVES A L'ACQUISITION DES SUCCESSIONS DU DROIT CIVIL ET A CELLE DES SUCCESSIONS DU DROIT PRETORIEN.

A l'époque de Justinien, on peut constater que pour l'acquisition de la succession, il n'y a plus de différences entre la bonorum possessio et la succession déférée suivant le droit civil. Les deux systèmes successoraux qui, durant plusieurs siècles, avaient eu une existence indépendante, ont fini par se fondre en un seul. C'est ce que nous allons voir en passant en revue les trois points de vue auxquels nous nous sommes placés à

Source : BIU Cujas

propos de l'acquisition des successions.

I - Modes d'acquisition de la succession.
II- Effets de l'acquisition de la succession.
III- Sanction de l'acquisition de la succession.

I. Modes d'acquisition de la succession.

Modes d'acquisition de la succession prétorienne.

A ce point de vue, l'unification aurait déjà commencé avant Justinien. Les Inst. de Just. I3,9,I2I, nous apprennent que des constitutions impériales avaient décidé que la bonorum possessio n'avait plus besoin d'être demandée au magistrat, et qu'elle s'acquérait comme l'hérédité du droit civil, par une simple manifestation de volonté sans forme. Mais il semble bien que la réforme ne date que de Justinien. Cons. en ce sens Accarias, I p. I279 et en dernier lieu Biondi. La legittemazione puzessuale nell' actioni div. rom. Pérousse I9I3, qui soutient que, passé le spatium deliberationis, la bonorum possessio était tenue comme acceptée.

II. Effets de l'acquisition.

Fusion de la propriété quiritaire et bonitaire.

L'identification des deux législations inaugurée par la généralisation de la bonorum possessio cum re, fut définitive, quand, sous Justinien, la distinction entre le dominium ex jure Quiritium et la propriété bonitaire eut disparu: alors la bonorum possessor n'eut plus besoin d'usucaper, il devenait propriétaire dès le jour même de l'acquisition.

Cette unification quant aux effets apparaît aussi en ce qui concerne le nouveau moyen qui fut imaginé par Justinien pour protéger l'héritier, quel qu'il soit, contre la confusion de l'actif. Ce nouveau moyen qui apparaît dans ce droit de Justinien, qui s'applique à tout héritier du droit civil ou bonorum possessor, c'est le bénéfice d'inventaire, que nous avons déjà étudié.

Le bénéfice d'inventaire.

III - Sanction de l'acquisition de la succession.

Le rapprochement entre la succession du droit civil et la succession du droit prétorien au point de vue de la sanction fut réalisé par la création pour le bonorum possessor d'une nouvelle voie de droit. On lui donna une action semblable à la pétition d'hérédité de l'héritier du droit civil. C'est ce qu'une rubrique du Digeste 5,5 nomme la possessoria hereditatis petitio, la pétition d'hérédité donnée au bonorum possessor. Mais la critique moderne a tendance a admettre qu'il s'agit là d'une création complète de Justinien qui a imaginé cette

La possessoria hereditatis petitio.

Source : BIU Cujas

Elle date de Justinien.

et a interpolé les deux fragments de jurisprudence classique qui à eux tout seuls constituent ce titre du Digeste. Voir Biondi, la Légitimation procédurale dans les actions divisoires romaines, Annales de l'Université de Pérouse, I913, P. I33 et suivantes. Avant lui, un Allemand (I) avait lancé l'idée; Biondi a construit la thèse solidement. Tout récemment Lenel, qui jusqu'ici s'était montré rebelle, a changé d'opinion. Dans la troisième édition de son Essai de reconstitution de l'édit perpétuel, il a reconnu que cette action n'était pas de l'époque classique, mais de Justinien, et n'avait jamais appartenu à l'Edit du préteur, Lenel P.I80 et suivantes cf. Longo, article précité, P. I47 note I; Bonfante, Corso, VI I930, P.43I.

Donc, tant pour les modes d'acquisition que pour la sanction et les effets, ce n'est que dans le droit de Justinien, que l'unification s'est faite entre les deux systèmes, de même que pour la propriété quiritaire et la propriété prétorienne. Il y a eu un rythme semblable dans les deux domaines.

- Chapitre III -

DEFAUT D'ACQUISITION DE LA SUCCESSION.

Nous suivrons le plan suivant :

Section I - Causes du défaut d'acquisition de la succession.

Section II - Effets du défaut d'acquisition de la succession.

Section III - Attribution de la succession vacante.

(I) Fabricius, Ursprung und Entwickelung der bonorum possessio, I837, P. 200 et suivantes.

Source : BIU Cujas

- Section I -

CAUSES DU DEFAUT D'ACQUISITION DE LA SUCCESSION.

Causes du défaut d'acquisition.

Si nous laissons de côté la mort du successible avant l'addition, quand il s'agit d'un héritier externe ou volontaire, nous rencontrons comme cause normale du défaut d'acquisition, la répudiation de la succession par l'héritier externe. Pour les sui, l'équivalent est le jus abstinendi.

Formes de la répudiation.

Formes de la répudiation.

Sauf pour les héritiers institués cum cretione, la répudiation peut avoir lieu, pour ine déclaration expresse, dans des formes quelconques. Gaius, 2,169.

Répudiation expresse.

Pour ce qui est de l'héritier institué cum cretione, celui-ci peut, nonobstant toute manifestation de volonté contraire, accepter jusqu'à l'expiration du délai de 100 jours. Gaius 2.169.

tacite.

Mais depuis l'institution, par le préteur, du spatium deliberandi, il est rare que l'héritier fasse une manifestation expresse de sa volonté de répudier. Il n'aura qu'à laisser s'écouler le délai: il sera alors considéré comme renonçant jure praetorie, à l'expiration de ce délai.

- Section II -

EFFETS DU DEFAUT D'ACQUISITION DE LA SUCCESSION.

C'est une matière très compliquée, qui est mal expliquée dans les ouvrages. Il faut faire une distinction.

I. Effets communs à la succession ab intestat et à la succession testamentaire. Théorie du droit d'accroissement.

II. Effets spéciaux à l'une et à l'autre espèce de succession.

I. Effets communs à la succession ab intestat et à la succession testamentaire. Théorie du droit d'accroissement.

Hypothèses de défaut.

Posons d'abord clairement le problème. Deux ou plusieurs personnes sont appelées concurremment au même rang à la même succession pour une part semblable. L'une

Source : BIU Cujas

fait défaut. Par exemple, supposons 3 héritiers institués par le testament: chacun a droit au tiers de la succession; un des héritiers fait défaut.

Autre exemple (en matière de succession ab intestat). Trois agnats du même degré sont appelés concurremment: chacun doit recevoir (partage par têtes) un tiers de la succession; l'un d'entre eux fait défaut.

Le problème est de savoir à qui va profiter la part du défaillant.

Ce qui rend la solution difficile, c'est que le droit romain, nous donne plusieurs solutions. Les lois caducaires sont venues tout bouleverser. Aussi faut il distinguer avec soin trois périodes successives.

I°- L'ancien droit civil.

2°- Les lois caducaires.

3°- Le droit de Justinien.

Ière Période : L'ancien droit civil.

Vocation de chaque héritier au tout.

L'idée fondamentale est la suivante: chacun des héritiers a une vocation éventuelle à toute la succession. La désignation de plusieurs héritiers avait eu pour résultat de restreindre la vocation éventuelle de chacun au tout. Par suite, la défaillance de l'un des héritiers va permettre à la vocation des autres de s'exercer dans toute la plénitude qu'elle comportait. En conséquence, nous assistons plutôt à un phénomène de non décroissement, qu'à un phénomène d'accroissement. Application du principe. Prenons le même exemple: Trois héritiers, chacun a droit au tiers de la succession, un des héritiers fait défaut. Sa part va accroitre pour moitié à celle des deux autres, qui, en définitive, recevront chacun la moitié de la succession.

L'accroissement

Règles du droit d'accroissement.

Ière Règle - L'accroissement a lieu portioni et non personae, quant à la part, et non quant à la personne, ce qui veut dire que la part, devenue vacante, va rejoindre la part déjà acquise, quand bien même celui qui l'a acquise ne serait pas actuellement à même d'acquérir l'hérédité par une acquisition nouvelle. Par exemple, il y a trois héritiers appelés au même degré. Deux ont accepté. La part du troisième, qui vient ensuite à faire défaut, accroîtra les deux premières parts, quand bien même l'un de ceux qui ont accepté serait mort dans l'intervalle.

L'accroissement a lieu portioni

Il est forcé

2ème Règle - L'accroissement est forcé, il se produit non seulement à l'insu du bénéficiaire, mais encore malgré lui.

Il est sine onere.

3ème Règle - L'accroissement est sine onere, sans charges, c'est-à-dire que le bénéficiaire n'est pas tenu des charges imposées au défaillant: affranchissements, legs, etc....

Source : BIU Cujas

2ème Période: les lois caducaires.

Les lois caducaires récompensent les patres.

Nous avons déjà eu l'occasion de parler de ces célèbres lois caducaires et d'en donner l'économie générale. Les lois caducaires, c'est-à-dire la loi Julia et la loi Papia Poppaea, avaient édicté certaines déchéances à l'égard des gens qui n'avaient pas d'enfants, ou qui n'en avaient pas assez, appelés les coelibes ou les orbis. Par contre, à côté de ces déchéances elles accordaient des récompenses aux hommes mariés ayant des enfants, qu'on appelait les patres. Pour ce qui est de ces récompenses, il fallait distinguer trois sortes de dispositions.

Les dispositions pro non scriptis.

I°- Les dispositions dites pro non scriptis. Ce sont celles qui sont nulles dès le principe, par exemple l'institution d'un héritier déjà mort au moment de la confection du testament. A l'égard de ces dispositions, il n'y a rien de changé. On continua à appliquer le droit d'accroissement ancien, tel que nous l'avons décrit.

2°- Aux dispositions pro non scriptis on oppose deux autres sortes de dispositions qui vont être touchées par les lois caducaires.

Les caduca.

a) Les Caduca. Ce sont les dispositions restées valables jusqu'à la mort du testateur, qui tombent parce que le gratifié n'a pas le jus capiendi directo. Il s'agit des coelibes et des orbi.

Les dispositions in causa caduci.

b) Les dispositions appelées in causa caduci. Ce sont les dispositions valables dans le principe, mais devenues nulles du vivant du testateur. Par exemple, l'institution d'un héritier mort du vivant du testateur.

Attribution des deux dernières catégories aux patres.

Dans ces deux cas, les parts des défaillants n'allaient pas aux cohéritiers, d'après les règles du droit ancien d'accroissement, mais elles étaient attribuées aux patres, qui avaient, pour les revendiquer, le jus caduca vindicandi. Et dans cette attribution aux patres, il fallait suivre l'ordre suivant:

Ordre d'attribution.

I°- D'abord les heredes patres, c'est-à-dire les patres institués héritiers dans le testament.

2°- Les legatarii patres, c'est-à-dire les gratifiés d'un legs.

3°- A défaut de patres des deux précédentes catégories, l'aerarium ou trésor public, qui devint plus tard le fiscus.

Règles de l'accroissement caducaire.

Le droit d'accroissement résultant des lois caducaires, étant fondé sur une base arbitraire, était régi par des règles toutes différentes de l'ancien droit d'accroissement.

I°- L'accroissement a lieu personae, et non plus portioni.

2°- Il est volontaire.

3°- Il est cum onere.

Les lois caducaires avaient donc restreint d'

Source : BIU Cujas

Portée du régime ancien.

manière assez large l'ancien droit d'accroissement. Cet ancien droit d'accroissement, sous le régime des lois caducaires, ne s'appliquait plus que pour les dispositions pro non scriptis. Pour les caduca et les dispositions in causa caduci, il ne s'appliquait pas en principe. Cependant il faut tenir compte de ce que l'on appelle le jus antiquum. Certains parents, ascendants et descendants au troisième degré, avaient le droit d'invoquer l'ancien droit d'accroissement, d'où le nom de Jus antiquum pour désigner leur privilège.

Le jus antiquum.

3ème Période : le droit de Justinien.

Réforme de Justinien.

Justinien a rétabli en 534 l'exercice de l'ancien droit d'accroissement aux cohéritiers Code de Justinien, 6,51,1.

II. Effets spéciaux à chaque espèce de succession.

§ 1 - Effets spéciaux à la succession testamentaire.

Ouverture de la substitution

Ier effet, c'est l'ouverture de la substitution, quand il y a une substitution prévue dans le testament. En effet, le refus ou le défaut de l'institué en première ligne ouvre le droit du substitué appelé à son défaut, pourvu qu'il soit capable, et en particulier vivant à ce moment.

Ouverture de la succession ab intestat.

2ème effet : c'est l'ouverture de la succession ab intestat. A défaut d'institué ou de substitué, la succession ab intestat s'ouvre au profit du plus proche appelé, dont la vocation et la capacité s'apprécient à ce moment.

§ 2 - Effets spéciaux de la succession ab intestat.

Quand l'héritier ab intestat le plus proche n'accepte pas, à qui la succession va-t-elle être dévolue à son défaut ? Cette question a été diversement résolue dans la législation romaine :

1°- L'ancien droit civil.
2°- Le droit prétorien.
3°- Le droit impérial.

Ière période : l'ancien droit civil.

L'ancien droit civil ignore la dévolution de classe à classe et de degré à degré ;

L'ancien droit civil ignorait absolument la dévolution, tant de classe à classe, par exemple de la classe des héritiers siens à la classe des agnats, ou de la classe des agnats à la classe des gentiles, que de degré à degré à l'intérieur d'une classe, par exemple de l'agnat le plus proche à l'agnat du degré subséquent

Source : BIU Cujas

C'est la fameuse règle rapportée par Paul, Sentences,4, 8, 2I (23) : In legitimis hereditatibus successioni locus non est, dans les successions légitimes, il n'y a pas place pour une dévolution.

Appliquons cette règle.

I°- La dévolution ne pouvait pas s'appliquer quand la succession était déférée à des héritiers siens, parce qu'ils sont héritiers de plein droit et qu'ils ne peuvent pas répudier.

Texte de la loi des XII Tables.

2°- Elle ne s'applique pas davantage quand le défunt laisse seulement des héritiers volontaires, agnats ou gentiles. A défaut d'agnats, qui ont renoncé, on n'appelle pas les gentiles. A défaut de l'agnat le plus rapproché, qui a renoncé, on n'appelle pas l'agnat le plus proche ensuite en degré. La preuve est le fameux texte de la loi des XII Tables réglant la dévolution ab intestat. Cui suus heres nec escit; si adgnatus nec escit.

La loi des XII Tables dit : à défaut d'agnat le plus proche, et non : si l'agnat le plus proche a renoncé. Il n'y a pas de dévolution de classe à classe, ni de degré à degré.

2ème Période: le droit prétorien.

L'édictum successorium.

Le droit prétorien a introduit la dévolution de classe à classe et la dévolution de degré à degré. C'est ce qui résulte de ce qu'on appelle l'edictum successorium, suivant lequel chaque bonorum possessio était offerte pendant un certain temps à ceux qui pouvaient s'en prévaloir. Passé le délai, on passait à la bonorum possessio suivante. D'où la nécessité de déterminer l'ordre même de dévolution entre les différents bonorum possessiones. Voici l'ordre de dévolution.

La dévolution de classe à classe.

Ordre des bonorum possessiones.

I°- La bonorum possessio contra tabulas.
2°- La bonorum possessio secundum tabulas.
3°- La bonorum possessio unde liberi.
4°- La bonorum possessio unde legitimi.
5°- La bonorum possessio unde cognati
6°- La bonorum possessio unde vir - uxor.

La dévolution de degré à degré.

Exceptionnellement à l'intérieur de la bonorum possessio unde cognati, l'edictum successorium avait introduit la dévolution de degré à degré. La bonorum possessio est d'abord offerte au cognat le plus rapproché et, à son défaut, au cognat du degré suivant.

Remarque importante à faire : avec le système de l'edictum successorium, la même personne pouvait être appelée successivement à plusieurs bonorum possessiones, de telle sorte que, si elle avait laissé passer le délai pour se prévaloir d'une bonorum possessio, elle pouvait venir ensuite à une autre. Si, par exemple, un héritier du droit civil avait laissé passer le délai de la bonorum possessio unde legitimi, il pouvait encore invoquer

Remarque.

Source : BIU Cujas

la bonorum possessio unde cognati. C'était donc un grand progrès réalisé par le droit prétorien. Mais le droit prétorien avait le monopole de cette dévolution.

3ème Période : Le droit impérial.

En principe, le droit impérial conserva les deux systèmes du droit civil et du droit prétorien. Pourtant, on trouve une première application réduite du principe prétorien de la dévolution, dans les sénatus-consultes Tertullien et Orfitien.

Réformes de Justinien.

Justinien admit la dévolution de degré à degré dans la classe des agnats. Institutes de Justinien, 3, 2,7, et dans le droit des Novelles, il admit pleinement la dévolution aussi bien de classe à classe que de degré à degré. Le système romain de la dévolution successorale est passé sur la même base dans le droit moderne.

- Section III -

ATTRIBUTION DE LA SUCCESSION VACANTE.

Les successions vacantes.

La succession est dite vacante, quand elle n'est recueillie par personne. Aucun héritier, soit testamentaire, soit ab intestat, ne s'est présenté. A qui les successions vacantes étaient-elles attribuées en droit romain ? Il faut distinguer suivant les périodes

Ancien droit.

1°- Jusqu'à la fin de la République, la succession n'est attribuée à personne. On applique alors l'usucapio pro herede. D'autre part, les créanciers avaient le droit de se faire mettre en possession et de faire vendre les biens.

Les lois caducaires.

2°- Les lois caducaires, c'est-à-dire la loi Julia et la loi Papia Poppaea, attribuent la succession vacante à l'aerarium. C'est l'origine du droit de déshérence, c'est-à-dire de l'attribution à l'Etat des successions vacantes.

Le droit de déshérence.

Mais il y a deux façons de concevoir le droit de déshérence. Dans une première conception, l'Etat recueille les biens vacants en vertu de son droit de souveraineté, du droit pour l'Etat de s'emparer des biens sans maître. C'est la conception actuelle du droit civil français. Dans une deuxième conception, l'Etat recueille les biens vacants comme un véritable héritier.

L'Etat recueille comme héritier.

A laquelle de ces deux conceptions s'est rattaché le droit romain ? Il semble que c'est à la seconde. En effet, l'Etat pouvait exercer, comme un héritier, la pétition d'hérédité. Il peut répudier la succession; il est tenu des charges, dettes, legs, fidéicommis. Il n'est tenu toutefois que intra vires hereditatis, jusqu'à concurrence des forces de la succession.

Source : BIU Cujas

Au principe que les biens vacants revenaient à l'Etat, la législation romaine a apporté une exception. C'est l'addictio bonorum libertatum conservandarum causa, qui est un des modes variés d'acquisition, per universitatem, à cause du mort, qu'a connus le droit romain. Il fut créé par un rescrit de Marc-Aurèle qui nous a été rapporté par Justinien dans ses Institutes, III, II § I. Un certain Virginus Valens était mort, laissant un testament dans lequel il affranchissait plusieurs esclaves. L'héritier institué répudia la succession, ce qui eut pour effet de faire tomber les affranchissements. Et de leur côté les héritiers ab intestat la répudièrent également. Marc-Aurèle autorisa un certain Popilius Rufus, qui s'était adressé à lui, à demander au magistrat l'attribution de la succession, à condition de maintenir tous les affranchissements et de fournir de bonnes garanties pour le paiement intégral de toutes les dettes héréditaires. Justinien conserva l'institution, tout en la complétant (Code VII, 2, I5).

L'addictio bonorum libertatum conservandarum causa.

Le rescrit de Marc-Aurèle

Sur l'addictio bonorum libertatum conservandarum causa, consulter Accarias, I, N°s 474 et suivants.

CHAPITRE IV

LES LEGS, LES FIDEICOMMIS ET LES DONATIONS A CAUSE DE MORT.

Les Romains ont connu d'autres dispositions à cause de mort que les institutions d'héritiers, dispositions servant à gratifier certaines personnes, mais ne mettant pas le bénéficiaire in jus defuncti. Ces dispositions, ce sont les legs et les fidéicommis auxquels il convient d'ajouter les donations à cause de mort.

Les legs.

Les legs ont apparu les premiers dans la législation romaine. C'étaient des dispositions faites en termes solennels et impératifs et ne pouvant être imposées qu'à l'héritier institué. Legatum est delibatio hereditatis, le legs est un prélèvement sur l'hérédité, nous apprend le jurisconsulte Florentinus, Digeste 30, de Legatis (il n'y a pas de titre dans ce livre) 116 pr.

Depuis Auguste, on trouve, à côté du legs, une autre sorte de libéralité faite par le défunt, les fidéi-

Source : BIU Cujas

Les fidéicommis.

commis. Ce sont des dispositions qui, faites en termes précatifs, c'est-à-dire sous forme de prière, peuvent être imposées, non seulement à l'héritier institué, mais à toute autre personne gratifiée mortis causa, par exemple à un légataire.

Ces deux sortes de libéralités, d'abord dans un antagonisme marqué, se sont peu à peu rapprochées l'une de l'autre, pour fusionner définitivement à l'époque de Justinien.

PLAN.

Section I - Les legs.
I. Formes et sanctions des legs.
II. Acquisition des legs.
III. Conditions de validité des legs.
IV. Défaut d'acquisition des legs: Règle Catonienne. Théorie du droit d'accroissement.
V. Restrictions à la liberté de léguer.
Section II - Les fidéicommis.
I. Formes du fidéicommis.
II. Sanction du fidéicommis.
Appendice: Les codicilles.
Section III - Le legs partiaire et le fidéicommis d'hérédité.
Section IV - Fusion des legs et des fidéicommis.
Section V - Les donations à cause de mort.

SECTION I - LES LEGS.

I. FORMES ET SANCTIONS DES LEGS.

Le formalisme romain se manifeste ici par la triple exigence que voici:

Le legs est fait dans un testament ou un codicille,

1° - Au point de vue de l'acte qui peut contenir le legs. A l'origine, un seul acte peut le contenir: c'est le testament. On admit ensuite qu'un legs pourrait être fait dans un codicille (voir: Appendice: Les codicilles), pourvu que ce codicille soit confirmé dans le testament.

après l'institution d'héritier.

2° - Au point de vue de la place que le legs devait occuper dans le testament. Le legs devait être fait après l'institution d'héritier.

3° - Au point de vue des termes mêmes qui servaient à créer le legs, le testateur devait à l'origine employer certaines formules solennelles, et l'effet du legs, de même que sa sanction (c'est pourquoi nous avons réuni dans le même chapitre les formes et les sanctions) variaient suivant la formule dont

Les quatre formes du testament.

Source : BIU Cujas

s'était servi le testateur. A ce point de vue, le droit romain a connu quatre sortes de legs, dont nous avons déjà évoqué certaines.

1° - Le legs per vindicationem.
2° - Le legs per damnationem.
3° - Le legs sinendi modo.
4° - Le legs per praeceptionem.

Reprenons-les dans cet ordre en les étudiant en détail.

§ I - Le legs per vindicationem.

Formules du legs per vindicationem.

C'est la forme de legs dont le testateur se servait quand il voulait directement transférer au légataire la propriété de la chose léguée. Voici les formules sacramentelles rapportées par Gaius, 2.193. Do, lego Stichum, ou bien s'adressant au légataire: Stichum sumito, capito, sibi habeto.

La chose passe directement sur la tête du légataire. Sanction.

Quel était l'effet de ce legs ? C'était de rendre le légataire directement propriétaire de la chose léguée, sans que la propriété de la chose léguée passe un seul instant sur la tête de l'héritier institué. Il en résulte que l'action qui sanctionne un pareil legs ne peut être que la revendication. Donc le légataire a l'action en revendication pour obtenir la chose léguée.

L'action en revendication ou l'action confessoire.

Si, au lieu du transfert de la propriété, le légataire a obtenu une servitude, le legs aura comme sanction l'action confessoire.

Moment de l'acquisition du legs par le légataire.

Supposons que c'est la propriété de la chose que le légataire a obtenue. La question suivante se pose alors: à quelle époque exactement le légataire devient-il propriétaire de la chose léguée ?

Sur cette question, il y avait controverse entre les Sabiniens et les Proculiens.

Les Sabiniens considéraient que le légataire devenait propriétaire par l'adition d'hérédité faite par l'héritier institué, et le légataire devenait propriétaire même à son insu, bien que le légataire pût répudier le legs.

S'il venait à répudier le legs, tout se passait comme si le legs n'avait pas été fait.

Au contraire, les Proculiens considéraient que le légataire ne pouvait devenir propriétaire de la chose léguée que quand il avait connu le legs et l'avait accepté. Dans ce système quelle va être la situation de la chose léguée, tant que le légataire n'a pas accepté le legs ? Les Proculiens déclaraient que la chose restait res nullius.

Cette solution des Proculiens était très lo-

Source : BIU Cujas

gique, à l'époque où les choses héréditaires étaient encore considérées comme res nullius, mais elle ne pouvait plus s'harmoniser avec la doctrine nouvelle, au fur et à mesure que fut imaginée la théorie suivant laquelle l'hérédité était considérée comme une personne. Aussi M. Fliniaux pense-t-il que c'est la théorie des Sabiniens qui a dû prévaloir définitivement dans le droit romain.

Impossibilité de léguer une chose appartenant soit à l'héritier, soit à autrui.

Quelles étaient les choses pouvant faire l'objet d'un legs per vindicationem ? Etant donné l'effet de ce legs, son application est restreinte. Le testateur ne pourra léguer per vindicationem qu'une chose dont il est propriétaire ex jure Quiritium. Il est donc impossible, par cette forme de legs, de léguer une chose appartenant soit à l'héritier, soit à autrui.

§ 2 - Le legs per damnationem.

Cette forme de legs rend le légataire seulement créancier de la chose léguée.

Voici la formule de ce legs: Heres meus damnas esto dare Stichum Titio, que mon héritier soit obligé de transférer à Titius la propriété de l'esclave Stichus (Gaius 2, 201). Dans ce legs, le testateur s'adresse directement à l'héritier, pour lui imposer l'obligation de transférer au légataire la propriété de la chose léguée.

Sanction.

Quelle va être l'action sanctionnant ce legs ? Ce ne peut être qu'une action personnelle, mais il faut distinguer la période des actions de la loi et la période formulaire.

Sous les actions de la loi, la manus injectio. Sous la procédure formulaire l'actio ex testamento.

A l'époque des actions de la loi, le legs per damnationem était sanctionné par la manus injectio. Sous la procédure formulaire, le légataire avait une action personnelle, l'actio ex testamento, qui est une action de droit strict, mais qui n'est pas une condictio, parce que la condictio est de sa nature une action abstraite, n'indiquant pas la cause en vertu de laquelle on réclame la chose. Or, ici la cause est indiquée: ex testamento.

L'actio ex testamento présentait le caractère particulier d'entraîner une condamnation au double contre l'héritier qui refusait de délivrer le legs. Elle fait en effet partie des actions quae in inficientem crescunt in duplum, qui croissent au double contre le défendeur qui nie.

Toute espèce de chose pouvait être lé-

Le legs per damnationem avait un champ d'application plus étendu que le legs per vindicationem. Par ce legs, on pouvait léguer une chose appartenant

Source : BIU Cujas

guée per dammationem.

à l'héritier, ou une chose appartenant à autrui.

1° - Legs d'une chose appartenant à l'héritier. L'héritier sera alors obligé de transférer la propriété de cette chose au légataire.

2° - Legs d'une chose appartenant à autrui. Il faudra que l'héritier achète la chose d'autrui pour pouvoir exécuter le legs. Si le propriétaire ne veut pas vendre sa chose à l'héritier, ce dernier devra transférer au légataire la valeur de la chose (Gaius 2.202).

On pouvait aussi par le legs per damnationem léguer des choses futures, par exemple, des fruits à venir, le part d'une esclave à naître.

Aussi, étant donné son champ d'application général, le legs per damnationem était appelé par les jurisconsultes romains l'optimum jus legati. Règles Ulpien, 24, 11a.

§ 3 - Le legs sinendi modo.

Formule du legs sinendi modo.

Ce legs est ainsi conçu, d'après Gaius, 2.209 Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium hominem Stichum sumere sibique habere, que mon héritier soit obligé de laisser Lucius Titius prendre l'esclave Stichus et l'avoir pour soi. Ce legs imposait à l'héritier l'obligation de laisser le légataire s'emparer de la chose léguée sans être tenu de lui en transférer la propriété.

Sa sanction.

Dans la suite, ce legs fut interprété plus largement. On admit que le légataire pourrait agir par l'actio ex testamento, pour obtenir de l'héritier le transfert de la propriété de la chose léguée.

Son champ d'application.

La sphère d'application de ce legs est moins large que celle du legs per dammationem. On ne pouvait pas par ce legs léguer la chose d'autrui.

§ 4 - Le legs per praeceptionem.

Formule du legs per praeceptionem.

Ce legs donnait droit au légataire d'opérer un prélèvement sur la masse héréditaire. Gaius, 2.216, en donne la formule: Lucius Titius hominem Stichum praecipito, que Lucius Titius prélève l'esclave Stichus.

Théorie des Sabiniens.

Il y avait une controverse entre les Sabiniens et les Proculiens au sujet de la portée et de la sanction d'un tel legs.

Il ne peut être fait qu'à un hé-

Les Sabiniens, s'attachant au sens littéral du mot, praecipere, en avaient conclu que le legs per praeceptionem ne pouvait être fait qu'au profit d'un héritier institué, et supposait toujours l'hypo-

Source : BIU Cujas

ritier institué.

thèse de pluralité d'héritiers institués. Dans cette théorie, l'héritier gratifié d'un legs per praeceptionem n'avait pas l'action en revendication pour se faire attribuer la propriété de la chose léguée. Il

Sanction.

fallait que l'héritier gratifié s'adressât aux autres héritiers, qui devaient alors lui transférer la propriété de la chose. S'ils ne le voulaient pas il intenterait contre eux l'actio familiae erciscundae. Ce serait alors le juge qui ferait, par le moyen d'une adjudicatio, attribution de la chose léguée au légataire.

Champ d'application.

Dans cette théorie, on ne pouvait léguer par cette forme de legs que des choses qui faisaient partie de la succession. Cependant les Sabiniens admettaient qu'on pût léguer la chose d'autrui dans une hypothèse particulière, celle où la chose a été aliénée autrefois fiduciae causa par le testateur à un de ses créanciers, Gaius, 2.220.

Théorie des Proculiens.

Les Proculiens, au contraire, décidaient que le legs était valable, même quand il n'avait pas été fait au profit d'un héritier institué, en se fondant sur l'intention du testateur. Il en résultait que le légataire avait toujours l'action en revendication, même dans le cas où le legs per praeceptionem était fait à un héritier institué, au lieu d'être fait à un légataire extraneus. Ils admettaient en effet que l'héritier institué aurait l'action en revendication pour se faire mettre en possession de la chose léguée, même quand il renonçait à la succession. Toutefois il faut supposer que le testateur était propriétaire de la chose léguée ex jure Quiritium. Si le testateur avait la chose in bonis, l'héritier institué ne pouvait plus agir par la revendication, et alors, les Proculiens étaient obligés d'admettre qu'il devait agir, comme dans la théorie des Sabiniens, par l'actio familiae erciscundae. Gaius 2.219.

Telles sont les quatre formes de legs qu'a connues le droit romain. Il faut reconnaître que c'est un chef-d'oeuvre d'analyse et de logique. Tout se tient. M. Fliniaux interroge souvent sur ces formes et sur les sanctions, matière très juridique.

Cumul dans la pratique des formes de legs.

Mais cette classification des legs n'était pas sans danger pour le testateur. En effet, le testateur devait avoir soin de bien choisir sa formule, sinon il pouvait arriver que le legs fût nul. Supposons qu'un testateur veuille léguer la chose d'autrui et emploie le legs per vindicationem, ou le legs sinendi modo. Le legs est nul. Aussi, la pratique imagina-t-elle un moyen pour remédier à cet inconvénient: c'est, comme les notaires le font aujourd'hui, comme

Source : BIU Cujas

nous l'avons vu déjà en droit romain avec les papyrus de Ravenne, d'employer à la fois plusieurs formules. On est sûr alors d'en trouver une de bonne. Cette pratique résulte d'un document qui nous est parvenu directement, le fameux testament de Dasumius, Textes de Girard, page 801. On voit le testateur employer une série de formules. On rencontre la même variété de formules dans le testament de Longinus Castor, qui figure à la suite du précédent dans les Textes de Girard.

Testaments qui nous sont parvenus.

Mais la pratique ne suffisait pas. Il fallait apporter des réformes sur le terrain même du droit. C'est ce que fit le sénatus-consulte Néronien, qui décida qu'un legs per vindicationem nul vaudrait désormais comme legs per damnationem, et la jurisprudence (c'est-à-dire la doctrine) alla plus loin encore. Elle conclut du sénatus-consulte Néronien que si un legs per vindicationem pouvait valoir comme legs per damnationem, il pouvait en être de même, si un legs per vindicationem était valablement fait. Il en résultait alors que, quand une chose avait été léguée valablement per vindicationem, le légataire pouvait, à son choix, agir par l'action en revendication ou par l'action personnelle ex testamento. Il avait un avantage à agir par cette dernière action, parce qu'elle entraînait une condamnation au double contre le défendeur qui niait. On alla encore plus loin. Une constitution de 339 des fils de Constantin, Code 6, 23, 15, supprima pour le testateur la nécessité d'employer des formules solennelles. Dès lors on put léguer en termes quelconques. Il en résulta que la classification des legs fut supprimée par Justinien comme inutile, Code de Justinien 21,6,49. A l'époque de Justinien, il n'y a donc plus qu'une seule espèce de legs.

Le Sc. Néronien.

Sanctions du legs per vindicationem.

Unification des legs par Justinien.

Quelle est la sanction des legs à l'époque de Justinien ? Quelle action aura le légataire ? Justinien décida que le légataire aurait à sa disposition trois actions, à savoir:

Justinien donne trois actions au légataire.

1° - Une action personnelle,
2° - L'action réelle en revendication.
3° - Une autre action réelle, l'action hypothécaire.

1° - L'action personnelle.

En donnant une action personnelle, Justinien ne faisait que consacrer la conséquence que la jurisprudence avait déduite du sénatus-consulte Néronien. Ce n'est pas une innovation.

L'action personnelle.

2° - L'action en revendication n'est pas non plus une innovation. Mais elle ne sera pas tou-

La revendication.

Source : BIU Cujas

jours à la disposition du légataire, par ex. si le legs a pour objet la chose d'autrui, ou un fait.

L'action hypothécaire.

3° - Reste alors l'action hypothécaire, qui est donnée dans tous les cas. Elle constitue, à l'époque de Justinien, une sanction générale des legs. Cette action soulève des difficultés juridiques de premier ordre. Justinien est parti de cette idée que le testateur aurait pu lui-même constituer une hypothèque sur les biens de la succession, pour assurer l'exécution du legs. Justinien sous-entendit simplement cette constitution d'hypothèque.

Elle est donnée dans tous les cas.

Alors se pose la question: dans quelle limite le légataire peut-il intenter l'action hypothécaire, dans le cas de pluralité d'héritiers ? Soit plusieurs héritiers. Supposons qu'il y ait deux héritiers. Primus et Secundus, et la totalité du legs est de 50. L'action hypothécaire sera-t-elle donnée pour 50, ou bien pour 25, contre chacun des deux héritiers? Justinien décida que l'action hypothécaire ne serait donnée que dans les limites de l'action personnelle contre chacun des héritiers. Donc, dans notre exemple, elle sera donnée pour 25 contre Primus et elle sera donnée pour 25 contre Secundus. Mais elle ne pourra pas être donnée pour la totalité du legs, soit pour 50, ni contre Primus ni contre Secundus.

L'action hypothécaire se divise, en cas de pluralité d'héritiers.

Si cette décision de Justinien se comprend facilement dans la période antérieure au partage, elle est beaucoup plus difficile, impossible même à expliquer, quand on se place après le partage. Car si l'on se place après le partage, on se trouve en présence de deux théories: l'effet attributif du partage en droit romain, et le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, que nous retrouverons en seconde année.

Difficultés après le partage.

L'effet attributif du partage et l'indivisibilité de l'hypothèque.

Reprenons le même exemple. Soit deux immeubles de valeur égale dans la succession. Le premier immeuble, à la suite du partage, est mis dans le lot de Primus. Le second immeuble est mis dans le lot de Secundus. Que va-t-il se passer en droit ? Primus conserve par le partage, sur l'immeuble mis dans son lot, le droit de propriété qu'il avait antérieurement au partage, en même temps qu'il demeure tenu hypothécairement, jusqu'à concurrence de la fraction du legs qui est à sa charge personnelle. En outre, il a acquis à la suite du partage, sur cet immeuble, le droit de propriété que Secundus avait sur cet immeuble, droit de propriété lui-même grevé de l'hypothèque dont celui-ci était tenu jusqu'à concurrence de la fraction du legs qui est à sa charge personnelle. Conclusion: il est impossible d'expliquer la dé-

Source : BIU Cujas

cision de Justinien. Il faut donc dire, si on se place après le partage: chaque cohéritier d'un bien de la succession peut être poursuivi hypothécairement sur ce bien jusqu'à concurrence de la totalité du legs.

La sanction des legs dans le droit français.

Dans l'ancien droit, le légataire est d'abord muni d'une action personnelle ex testamento contre les personnes grevées du legs. Cette action personnelle est doublée, au moins au XVIII° siècle, d'une action hypothécaire. C'est une hypothèque légale qui a sa source dans l'action hypothécaire du droit de Justinien et qui a été consacrée par le Code civil français, article 1017. Cons. Olivier-Martin, Histoire de la Coutume de la prévôté et de la vicomté de Paris, tome II, 2 (1930), pp. 513 et suiv.

II. ACQUISITION DES LEGS.

Il y a deux époques à considérer:
1° - celle où le droit s'ouvre au profit du légataire. Il s'agit alors d'un droit éventuel, mais transmissible à ses héritiers (époque du dies cedit).
2° - celle où il pourra exiger l'exécution du legs (époque du dies venit)

1°- Dies cedit.

1° - Le dies cedit.

La théorie du dies cedit répond à la question de savoir à quel moment le légataire va acquérir un droit transmissible à ses propres héritiers.

Principe: le dies cedit se place au jour du décès du testateur.

Il ne peut certainement acquérir aucun droit au legs tant que vit le testateur. On devrait admettre la même chose tant que l'héritier institué n'a pas fait adition d'hérédité. Cette solution, les Romains ne l'ont pas admise. Ils ont reconnu au légataire un droit au legs dès le jour même du décès du testateur.

Pourquoi ont-ils admis cette solution ?

C'est que, si l'on s'en était tenu aux rigueurs des principes, on aurait eu à craindre des fraudes. L'héritier, en face d'un légataire vieux ou malade, aurait attendu jusqu'à sa mort pour faire adition d'hérédité.

L'héritier, dans ces conditions, n'aura plus intérêt à retarder l'adition d'héridité. Les héritiers du légataire pourront, après l'adition d'hérédité, poursuivre contre lui l'exécution du legs.

Effets du dies cedit: a) transmissibilité du legs aux héritiers du légataire.

Source : BIU Cujas

b) Si l'on suppose que la personne gratifiée est alieni juris au jour du dies cedit, c'est la personne qui avait ce jour-là cet alieni juris sous sa puissance qui pourra exiger l'exécution du legs.

c) C'est au jour du dies cedit que l'on se place pour fixer l'étendue du legs, ce qui est intéressant lorsque le legs a pour objet une universalité susceptible d'accroissement, par exemple un troupeau.

Exceptions au principe suivant lequel le dies cedit se place au décès du testateur.

1° - Les legs conditionnels (auxquels on assimila les legs affectés d'un terme incertain, dies incertus), pour lesquels le dies cedit se place à l'arrivée de la condition.

2° - En ce qui concerne les legs purs et simples, la loi Papia Poppaea, une des lois caducaires, avait retardé le dies cedit jusqu'à l'ouverture du testament (apertura tabulorum).

3° - Le legs d'usufruit n'avait le dies cedit qu'à l'adition d'hérédité ou à l'arrivée du terme quand l'usufruit avait été légué ex die. La raison en est que ce n'était pas l'intérêt du légataire d'avoir dies cedit au décès du testateur. En effet l'usufruit n'est pas transmissible aux héritiers du légataire. Le légataire était, au contraire, intéressé à ce qu'on retardât le plus possible le dies cedit. En effet, nous avons vu que l'usufruit s'éteignait par la capitis deminutio de l'usufruitier. Mais cela n'empêchait pas le légataire d'usufruit, s'il encourait une capitis deminutio postérieurement à l'adition d'hérédité, de perdre le bénéfice de son legs d'usufruit.

Moyen imaginé par la pratique pour éviter ce danger: le testateur, au lieu de léguer purement et simplement l'usufruit du fonds Cornelien, léguait l'usufruit in singulos annos, in singulos menses, in singulos dies.

Les Romains dans ce cas décomposaient le legs d'usufruit en une série de legs correspondant à chaque année, à chaque mois, à chaque jour. Ex: legs in singulos menses. Le legs du premier mois était un legs pur et simple. Les autres legs étaient conditionnels, subordonnés à la condition que le légataire se ra vivant au premier jour du mois auquel correspondra l'usufruit. Donc, le dies cedit se place au début de chaque période. Il en résulte que si le légataire vient à subir une capitis deminutio, il va bien perdre l'usufruit du mois où elle s'est produite. Mais pourvu que le légataire soit redevenu capable au pre-

Source : BIU Cujas

mier jour de l'autre mois, il recommençait un autre usufruit.

2° - le dies venit

2° Dies venit.

Au dies cedit du legs, on oppose le dies venit du legs.

Principe: le dies venit se place au jour de l'adition d'hérédité.

C'est le moment où le droit du légataire devient certain et exigible, où le légataire peut poursuivre l'exécution du legs. A quel jour se produit le dies venit ? Si le legs est pur et simple, à l'adition d'hérédité. Si le legs est à terme, à la réalisation du terme. Si le legs est conditionnel, à l'arrivée de la condition. Dans ce dernier cas le dies venit se confond avec le dies cedit.

III. CONDITIONS DE VALIDITÉ DES LEGS.

Certaines conditions de fond doivent être réunies, relatives soit aux sujets du legs, soit à son objet, soit aux modalités dont il peut être affecté.

§ I - Conditions relatives aux sujets du legs.

Un legs se rapporte à trois sujets: a) le disposant, lequel doit avoir la testamenti factio; b) la personne grevée du legs, laquelle ne peut être qu'un héritier institué; c) la personne du légataire, laquelle doit avoir également la testamenti factio.

Legs faits à un héritier (prélegs).

En ce qui concerne la personne du légataire, celle-ci peut-elle être en même temps un héritier institué ? C'est la question difficile du legs fait à un héritier (prélegs), que le droit moderne a remise en honneur (1).

Droit romain.

Commençons par exposer les règles du droit romain.

Il convient de distinguer suivant qu'il y a un seul ou plusieurs héritiers institués.

En cas d'institution unique nullité complète du legs.

Ière hypothèse: Il n'y a qu'un seul institué. Dans ce cas le legs qui lui serait fait par le testateur est nul. C'est ce qu'exprime la règle: heredi a semet ipso legari non potest, on ne peut pas

---

(1) Bibliographie: Ferrini, Teoria dei legati e fideicommessi, 1889, pp. 203 et suiv.; Opere, IV, 1930, pp. 237 et suiv.; Pandette, pp. 818 et suiv. Scuto, Riv. ital. per le scienze giuridiche, 26 (1910), pp. 1 et suiv.; Gangi, même revue, pp. 315 et suiv; Bonfante, Scritti giuridici, I, pp. 430 et suiv.; pp. 443 et suiv. Corso di diritto romano, VI, (1930), p. 86 - Pour la littérature allemande, voir Windscheid, Pandekten, III, § 627.

Source : BIU Cujas

charger un héritier d'un legs envers lui-même. Règl. Ulpien, 24, 22, Cf. Gaius II, 245; Fragments du Vatican 87.

En cas de pluralité d'institués, nullité partielle du legs.

2° hypothèse: il y a plusieurs héritiers institués. Rien n'empêche le testateur d'avantager l'un d'eux par un legs, qu'on appelle prélegs (le mot praelegatum ne se trouve pas dans les sources)(1)

Mais ce legs, valable en tant qu'il grève les parts des cohéritiers du légataire, est nul proportionnellement à la part héréditaire de ce dernier. C'est ce qu'exprime la règle formulée au Dig. 30, De legatis, 116, § I : Heredi a semet ipso legatum dari non potest, a coherede potest. On ne peut pas charger un héritier d'un legs envers lui-même, on peut en charger son cohéritier envers lui.

Exemple: soit deux héritiers institués pour des parts égales. Un fonds est légué à l'un d'entre eux. Le prélégataire a droit à la totalité du fonds à lui légué, mais il n'en recueillera que la moitié à titre de légataire, l'autre moitié lui appartenant jure hereditario.

Ancien droit français.

Les principes du droit romain, appliqués dans les pays de droit écrit, ne furent admis que dans un très petit nombre de coutumes. Dans la plus grande partie des pays de coutume, principalement dans la coutume de Paris (art. 121 de la coutume de 1510: Aucun ne peust estre heritier et légataire d'un défunt ensemble. Cf. art. 300 de la coutume réformée de 1580), le prélegs est nul, à moins que le légataire ne renonce à la succession. Dans les coutumes dites d'égalité parfaite, il est même nul dans ce cas. Cons. Pothier, Des donations testamentaires, Ch. 3, section 2, art. 4 (Oeuvres posthumes, II - 1778 - p. 341.)

Code civil français.

Le Code civil français, art. 843, a au contraire admis la validité des "legs faits à un héritier", mais en même temps prescrit qu'ils étaient soumis au rapport, à moins qu'ils n'aient été faits expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport. La loi du 24 mars 1898 a renversé la prescription en décidant qu'ils sont réputés faits par préciput et hors part, à moins que le testateur n'ait exprimé la volonté contraire, auquel cas le légataire ne peut réclamer un legs qu'en moins prenant.

Droit allemand.

En Allemagne les principes romains admis par le "Droit commun" (Pandektenrecht), furent con-

---

(1) Qui peut être un legs per damnationem ou un legs per vindicationem - Sur la différence entre le prélegs et le legs per praeceptionem, cons. Ferrini, Opere, IV (1930), p. 237.

Source : BIU Cujas

sacrés expressément par le Code saxon, § 2401 et 2402. Le Code civil allemand de 1900 les a au contraire repoussés formellement dans son § 2150 en décidant que "le legs fait à un héritier (prélegs, Vorausvermächtniss) vaut comme legs aussi dans la mesure où l'héritier en est lui-même grevé". Le nouveau droit allemand repousse donc la règle romaine de la nullité partielle du prélegs.

Droit italien.

Le Code civil italien est muet sur le prélegs. Aussi les civilistes italiens discutent-ils au sujet de sa validité. Cons. en plus des articles précités de Bonfante, Ferrini, Opere, IV, 1930, pp. 377 et suiv.

§ 2 - Conditions relatives à l'objet du legs.

Le legs peut avoir pour objet soit des choses corporelles, soit des choses incorporelles, soit même un ensemble de choses corporelles et incorporelles. Ce dernier legs constitue le legs partiaire, que, étant donné son importance, nous étudierons à part en même temps que le fidéicommis d'hérédité avec lequel il convient de le rapprocher.

a) legs de choses corporelles.

Il peut consister soit en un corps certain, soit en chose de genre:

1° - legs de corps certain: Ex: l'esclave Stichus. Le testateur peut léguer non seulement une chose qui lui appartient, mais encore la chose du légataire et même la chose d'autrui. Avant le sénatus-consulte Néronien, le legs de la chose d'autrui était seulement possible per damnationem. Après ce sénatus-consulte, le legs de la chose d'autrui fut-il toujours considéré comme valable ?Il n'en fut ainsi que lorsque le testateur savait que la chose qu'il a léguée appartenait à autrui. La raison en est que le legs de la chose d'autrui constituait pour l'héritier une charge assez lourde. Il faudra que l'héritier achète la chose à celui qui en est propriétaire. Aussi les Romains ne donnaient-ils effet à un tel legs que si on fournissait la preuve que le testateur avait sciemment voulu imposer une telle charge à son héritier.

2° - legs de chose de genre: Ex: un esclave, un cheval. Un tel legs est valable pourvu que l'objet du legs ne soit par trop indéterminé. Dans l'ancien droit un tel legs pouvait être fait per vindicationem. Le legs était valable quand à la mort du testateur il y avait de ces choses léguées dans le patrimoine du testateur. Le choix appartenait alors au légataire. Si le legs avait été fait per damnationem, c'est à

Source : BIU Cujas

l'héritier débiteur qu'il appartiendra de choisir la chose qui devra être livrée au légataire.

Legatum optionis.

Il ne faut pas confondre le legs de choses de genre avec le legatum optionis. Ex: un esclave de la succession. L'option ne peut être que l'oeuvre du légataire lui-même. Jusqu'à Justinien, les Romains décident alors que si le légataire est mort avant l'option, le legs sera nul (1)

b) legs de choses incorporelles.

On peut léguer une servitude prédiale, un droit d'usufruit, d'usage ou d'habitation.

Mais à l'époque classique le droit réel ne sera constitué par l'effet du legs que si le droit a été légué per vindicationem.

Le legs d'une créance (legatum nominis).

On peut léguer une créance (legatum nominis). Les créances à Rome étant incessibles, quand le testateur léguait ainsi une créance, le legs n'avait pas pour effet de faire passer la créance sur la tête du légataire. C'est l'héritier institué qui va succéder à la créance.

Quel était donc l'effet de ce legs ? C'était de permettre au légataire d'agir contre l'héritier pour le forcer à lui céder l'action sanctionnant la créance, afin qu'il puisse, avec cette action, poursuivre le débiteur. Plus tard, on sous-entendit cette cession. On donna alors au légataire une actio utile.

Legatum liberationis.

On peut aussi léguer à un débiteur sa libération (legatum liberationis). Quel était l'effet de ce legs ? Le débiteur ne se trouvait pas libéré de sa dette, car le legs de libération, n'est pas un mode d'extinction des obligations. Son effet sera de procurer une action au légataire contre l'héritier pour le forcer à lui procurer sa libération. Si l'héritier institué voulait forcer le légataire à payer sa dette, le préteur donnait au légataire une exception de dol.

Legatum debiti.

On pouvait aussi léguer à son créancier ce qu'on lui doit (legatum debiti). Ce legs sera valable quand le legs contiendra des avantages que ne présentera pas la créance pour le créancier.

Hypothèse où ce legs sera toujours valable c'est quand le testateur léguait à sa femme la dot dont elle aurait pu exiger la restitution. En effet l'actio ex testamento était pour la femme beaucoup plus avantageuse que l'actio rei uxoriae.

---

(1) Cons. Ferrini, Studi sul "legatum optionis"(188[illegible] Opere, IV, pp. 269 et suiv.

Source : BIU Cujas

La femme évitait les retentiones et le délai de restitution établi en faveur du mari.

Le legs de rente viagère.

En terminant, disons quelques mots du legs de rente viagère. Ex. Je lègue à Sempronius dix mille sesterces chaque année, chaque mois, chaque jour qu'il vivra, in singulos annos, in singulos menses, in singulos dies quoad vivet.

Caractères de la créance qu'il fait naître.

Les Romains considéraient le legs de rente viagère comme un legs pur et simple pour le premier terme d'échéance, et comme un legs conditionnel pour les autres termes, la condition étant celle-ci: si le légataire est encore en vie à ce terme-là. Il en résulte que la créance née du legs de rente viagère présente les caractères suivants (différences avec la stipulation de rente viagère qui sera étudiée en 2ème année. Voir Pomponius, au Digeste, 45, 1, 16, § I):

a) elle est multiple. Elle naît en effet à chaque terme d'échéance.

b) elle est certaine. Elle consiste en une somme d'argent fixe, qui est celle qui est due à chaque terme d'échéance.

c) elle est temporaire, c'est-à-dire qu'elle s'éteint avec le décès du légataire.

§ 3 - Conditions relatives aux modalités du legs.

Les modalités dont un legs peut être affecté sont le terme ou la condition, l'un et l'autre pouvant être suspensif ou résolutoire.

a) terme ou condition suspensif. Le legs est valable, même s'il s'agit d'une condition illicite ou immorale. Dans ce cas on efface la condition.

b) terme ou condition résolutoire - Avant Justinien un tel legs était nul.

Sous Justinien on peut transférer la propriété ad tempus. Aussi le legs affecté d'une condition extinctive ou d'un terme résolutoire est-il valable. Mais le légataire doit fournir caution. Code de Justinien 6,36,26.

Revenons au terme et à la condition suspensive:

La cautio legatorum.

Si le legs est fait ex die ou sub conditione, ce n'est qu'à l'arrivée de la condition ou du terme que se place le dies venit du legs, c'est-à-dire le moment où on pourra en poursuivre l'exécution. Le légataire va donc se trouver exposé à double danger:

1°. - Il peut redouter qu'à l'échéance, l'héritier soit devenu insolvable.

Source : BIU Cujas

2° - Il peut craindre qu'à ce moment-là l'héritier soulève des contestations sur la validité du legs.

Aussi le préteur vint-il au secours du légataire. Comme le légataire n'a pas traité avec l'héritier et qu'il n'a pas été à même d'exiger des garanties de son débiteur, le préteur permettait au légataire ex die ou sub conditione d'exiger de l'héritier une promesse garantie par des fidejusseurs. C'est la cautio legatorum. Dig. 26,3,1 pr.

IV - DEFAUT D'ACQUISITION DES LEGS.

Les circonstances qui empêchent l'acquisition d'un legs sont ou contemporaines de la confection du testament, ou postérieures à sa confection.

§ I - Circonstances contemporaines de la confection du testament.

Il faut avoir bien soin de distinguer 2 sortes de nullité. Un legs peut en effet être nul dès le principe, ab initio, ou bien être nul par application de la règle Catonienne.

a) nullité ab initio.

Il en sera ainsi quand il manquera au legs un élément indispensable à sa formation. Ex: legs fait avant l'institution d'héritier; quand le légataire n'avait pas la testamenti factio avec le testateur.

Dans ce cas le legs est nul, alors même que l'obstacle viendrait à disparaître dans la suite. C'est ce qu'exprime la règle formulée au Dig. 50,17,29: Quod ab initio vitiosum est nullo tractu temporis convalescere potest, Ce qui est nul dès le principe ne peut être validé par aucun écoulement de temps.

b) nullité par application de la règle Catonienne. (1).

Il peut se faire qu'un legs présente toutes les conditions essentielles à son existence. Mais cependant il peut rencontrer un obstacle, d'un caractère accidentel et temporaire, à son exécution, obstacle dont on peut facilement prévoir la disparition.

---

(1) Cons. en dernier lieu Jacques Lambert, La règle Catonienne, thèse Lyon 1925; Charles Appleton, L'origine et la fin de la règle Catonienne, Revue d'Histoire du droit (hollandaise) 1931, p. 19 et suiv.

Source : BIU Cujas

Ier exemple: on a légué au légataire une chose appartenant à celui-ci.

2ème exemple: legs fait à un esclave de l'unique héritier institué.

Il est certain qu'à l'époque de la confection du testament, des legs de cette espèce ne peuvent être exécutés. Que décider ? Devait-on déclarer le legs nul ab initio ? ou bien ne fallait-il pas admettre la validité du legs sauf à en déclarer la nullité dans le cas où l'obstacle existait encore au moment du décès du testateur ?

Ce n'est aucune de ces deux solutions qui fut admise, mais une solution intermédiaire. Le legs fut déclaré nul toutes les fois qu'en se plaçant au moment de la confection du testament le legs aurait été nul si le testateur était mort immédiatement après la confection du testament.

Formule de la règle Catonienne.

Cette solution fut consacrée par la règle Catonienne. Il s'agit vraisemblablement ici de Caton l'Ancien ou de son fils (fin du VII°siècle de Rome). Cette règle se trouve ainsi formulée au Digeste, 34, 7, 1, pr: Quod si testamenti facti tempore decesserit testator inutile foret, id legatum, quando cumque decesserit, non valere, le legs qui ne serait pas valable si le testateur était mort au moment de la confection du testamont, ne sera pas valable à n'importe quelle époque qu'il vienne à mourir.

Application de la règle Catonienne.

La règle Catonienne ne s'applique pas aux legs conditionnels.

Il y a toute une catégorie de legs qui vont échapper à la nullité. Ce sont les legs qui n'ont pas leur dies cedit au jour du décès du testateur. Il en est ainsi des legs conditionnels qui, nous l'avons vu, ont leur dies cedit à l'arrivée de la condition.

Reprenons les deux exemples précédemment donnés.

1er exemple: legs de sa propre chose au légataire - Si le legs est pur et simple, on le déclare nul. S'il est fait sous condition, il sera valable pourvu que la chose léguée ait cessé d'être la propriété du légataire à l'arrivée de la condition (dies ce dit). Inst. Just. II, 20, § 10.

2ème exemple: legs fait à un esclave de l'unique héritier institué. Si le legs est pur et simple, en supposant que le testateur meure immédiatement après avoir testé, le legs eût été nul, car le bénéfice du legs se serait fixé sur la tête de l'héritier institué et, nous l'avons vu, heredi a semet ipso legari non potest. Au contraire si le legs est fait sous condition, il sera valable pourvu qu'avant l'arrivée de la condition l'héritier ait aliéné l'esclave à u

Source : BIU Cujas

tiers. Inst. Just. II, 20, § 32.

Depuis longtemps on a fait remarquer que la règle Catonienne ne pouvait se défendre du point de vue rationnel. On l'explique ordinairement par cette idée que le citoyen romain, lorsqu'il faisait son testament, devait toujours avoir dans la pensée qu'il pouvait mourir à bref délai. Il vaut mieux l'expliquer par ce fait qu'elle a été créée pour la première forme du testament per aes et libram (mancipatio familiae), fait, comme nous l'apprend Gaius, 2.102, par un testateur qui se sent menacé d'une mort imminente. La règle aurait dû disparaître ensuite avec cette première forme de testament per aes et libram . Elle fut au contraire maintenue malgré le caractère irrationnel qu'elle présentait alors et elle subsiste encore sous Justinien. Elle n'est pas passée dans le droit moderne.

§ 2 - Circonstances postérieures à la confection du testament.

Parmi les causes qui peuvent frapper ex post facto un legs d'inefficacité, il y en a d'étrangères à la volonté du testateur (extinction du legs) et de volontaires (révocation du legs).

1° - Extinction du legs.

Extinction du legs.

Il en sera ainsi dans les cas suivants: testamentum ruptum; perte de la chose léguée survenue par cas fortuit; défaillance de la condition, concours de deux causes lucratives "duo lucrativae causae in eamdem personam et in eamdem rem concurrere non possunt". Inst. II, 20, § 9.

Ex.: Le testateur m'a légué une chose et j'acquiers moi-même cette chose par donation du vivant du testateur. Je ne puis plus l'acquérir par une seconde cause lucrative, par un legs. Si j'avais acquis la chose à titre onéreux, je pourrais demander la valeur de la chose léguée.

2° - Révocation du legs.-

Révocation du legs.

Le testateur pouvait révoquer un legs.

Comment se faisait la révocation ? Au début, en employant les mêmes formes que celles qui avaient servi à la former. Plus tard, on admit que la révocation serait possible par un codicille confirmé par le testament, sous Justinien par un codicille non confirmé par le testament.

Le droit prétorien se montra moins rigoureux: il admit que le legs pourrait être révoqué par suite de certaines circonstances impliquant chez le

Source : BIU Cujas

testateur son désir de révocation. Ex: grave inimitié survenue entre le testateur et le légataire; l'aliénation de la chose léguée quand elle est faite avec l'intention de révoquer le legs. Dans ces hypothèses, la révocation ne se produisait que jure praetorio. Alors le préteur donnait à l'héritier institué exception de dol pour paralyser l'action du légataire.

Autre mode de révocation: la translatio legati, c'est-à-dire la confection d'un nouveau legs portant sur le même objet que le premier legs - Dig. 26.4.6.pr.

Il nous reste maintenant, pour en terminer avec le défaut d'acquisition des legs, à parler du droit d'accroissement dans les legs.

Du droit d'accroissement dans les legs.

Droit d'accroissement.

Quand un légataire ne recueille pas la libéralité qui lui est faite soit parce qu'il répudie, soit qu'il est incapable, il y a lieu de se demander à qui va revenir le legs devenu vacant. Il faut distinguer 3 périodes dans la législation romaine:

1°, période du droit ancien,
2° période des lois Caducaires,
3° période du droit de Justinien.

Le problème du droit d'accroissement se pose dans l'hypothèse où un legs portant sur le même objet a été fait au profit de plusieurs personnes, et lorsque le testateur n'a pas fait d'assignation de parts: distinction à faire suivant les diverses formes de legs.

I° Période du droit ancien - En principe, le legs étant une charge imposée à l'héritier, il faut décider que c'est l'héritier institué qui doit en être pourvu. Mais exception était faite à ce principe quand il y avait lieu au droit d'accroissement entre colégataires. Ce qui se produisait dans l'hypothèse où un legs portant sur le même objet avait été fait au profit de plusieurs personnes.

Le principe est le suivant: chaque colégataire a une vocation à la totalité de la chose léguée. En conséquence, si nous supposons deux colégataires et que l'un fasse défaut, l'autre colégataire aura droit à la totalité de la chose léguée.

Le droit d'accroissement dans les legs repose uniquement sur la volonté du testateur. Il en résulte qu'il ne peut pas s'appliquer quand le testateur a fait le legs avec des assignations de parts.

Mais dans le cas où le testateur n'a pas fait d'assignation de parts, le droit d'accroissement fonctionnera-t-il toujours entre colégataires ?

Une distinction très importante doit être faite entre les différentes espèces de legs:

1° - Si le legs a été fait per vindicationem il y a toujours lieu au droit d'accroissement, soit que le testateur ait fait le legs par une même phrase, conjunctim (et dans ce cas les colégataires sont dits conjuncti re et verbis): Titio et Seio hominem Sti-

Source : BIU Cujas

chum do,lego, soit que le testateur ait fait le legs par des phrases distinctes, disjunctim (et dans ce cas les colégataires sont dits conjuncti re tantum): Titio hominem Stichum do,lego. Seio hominem Stichum do lego. Gaius 2.119.

2° - Si le legs a été fait per damnationem, il n'y a jamais lieu au droit d'accroissement. En effet si les colégataires ont été gratifiés conjunctim, ils deviennent des créanciers conjoints. Or, entre créanciers conjoints,la créance se divise. C'est ce qu'exprime la règle: Damnatio partes facit. S'ils ont été gratifiés disjunctim, chaque colégataire devient créancier pour le tout de la chose léguée et par suite la chose léguée sera due autant de fois qu'il y a de legs . Le premier colégataire qui se présentera obtiendra l'esclave Stichus par exemple en nature; le second aura droit à la valeur du dit esclave. Gaius,2.205.

3° - Dans le legs sinendi modo, il n'y avait jamais lieu non plus au droit d'accroissement.

4° - Dans le legs per praeceptionem, il y avait lieu toujours au droit d'accroissement.

2° Période des lois Caducaires.- Comme en nature d'institution d'héritier, il faut dans les legs distinguer:

a) D'une part, les dispositions pro non scriptis, c'est-à-dire celles qui sont nulles dès le principe. Ex: le légataire est déjà mort au moment de la confection du testament. Il n'y a rien de changé avec l'ancien droit d'accroissement.

b) D'autre part, les dispositions caduca, c'est-à-dire les dispositions restées valables jusqu'à la mort du testateur, mais qui tombent parce que le gratifié n'a pas le jus capiendi directo. Ex: les coelibes, les orbi, et les dispositions in causa caduci, c'est-à-dire les dispositions valables dès le principe , mais devenues nulles du vivant du testateur. Ex: legataire mort du vivant du testateur.

Attribution aux patres des parts caduca ou in causa caduci.

On se servait des parts caduca ou in causa caduci pour récompenser les patres qui avaient le jus caduca vindicandi. Voici quel était l'ordre d'attribution:

1° - les collegatarii patres,

2° - les patres institués dans le testament,

3° - Les patres gratifiés dans le testament,

4° - l'aerarium et plus tard le fiscus.

Définition des collegatarii patres.

Que faut-il entendre par collegatarii patres ? C'est la loi Papia, comme nous l'apprend Gaius,2.207, qui avait institué la préférence dont

Source : BIU Cujas

ils jouissaient. Mais cette loi n'avait pas répondu à la question, de telle sorte que ce sont les jurisconsultes qui eurent à la trancher. Après controverse, ils finirent par s'attacher à l' idée qu'il fallait tenir compte du langage traditionnel. En conséquence furent considérés comme collegatarii les légataires qui ont été gratifiés par une même phrase sans distinguer s'ils sont conjuncti re et verbis, c'est-à-dire ayant déjà droit à l'accroissement, ou conjuncti verbis tantum, c'est-à-dire appelés par la même phrase à des parts différentes et précédemment exclus de l'accroissement.

Il en résulte que le droit de préférence créé par les lois Caducaires au profit des collegata - rii patres n'existait pas pour les colégataires gratifiés par des phrases distinctes, conjuncti re tantum, au profit desquels fonctionnait auparavant le droit d'accroissement.

Les lois caducaires et l'ancien droit d'accroissement.

Les parts caduca ou in causa caduci étaient acquises de plein droit par les patres, qui pouvaient très bien les répudier.

Comme on le voit, les lois Caducaires avaient considérablement restreint dans son application l'ancien droit d'accroissement. Celui-ci continuait à s'appliquer dans les cas suivants:

a) en ce qui concerne les dispositions pro non scriptis.

b) quand on prenait en considération le jus antiquum qui permettait aux ascendants et aux descendants jusqu'au 3° degré de s'emparer des parts caduca ou in causa caduci par préférence aux patres toutes les fois qu'ils pouvaient le faire en vertu de l'ancien droit d'accroissement.

c) quand il s'agissait d'un legs d'usufruit.

3° Période du droit de Justinien.

Sous Justinien, l'ancien droit d'accroissement fonctionne d'une façon générale, Code de Justinien 6,5I, constitution unique, car à son époque, il n'y a plus qu'une seule espèce de legs et se trouve abolie la règle Damnatio partes facit.

V - RESTRICTIONS A LA LIBERTE DE LEGUER.

Nécessité de limiter la liberté de léguer.

A l époque des douze Tables, le testateur pouvait librement disposer de ses biens par legs. Mais ce pouvoir illimité n'était pas sans dangers. En effet, il était à craindre que le testateur ne cédât trop au plaisir de faire des libéralités et que l'héritier institué, en présence d'une hérédité épuisée par les legs, ne renonçât à la succession. La succession

Source : BIU Cujas

ab intestat va alors s'ouvrir; tous les legs vont tomber. Il importe donc de limiter la liberté de léguer non seulement dans l'intérêt du testateur lui-même, mais dans l'intérêt des légataires. Aussi diverses lois sont venues restreindre la liberté de léguer. Ce n'est qu'à la longue que la législation romaine établit un système satisfaisant. Ici encore, il y a eu des tâtonnements qui ont précédé la découverte de la vérité.

La loi Furia testamentaria limite les legs à 1000 as chacun.

La première loi en la matière est la loi Furia testamentaria, certainement antérieure à 585 de Rome. Cette loi décidait qu'un légataire ne pouvait pas recevoir un legs supérieur à 1,000 as. Le légataire recevant un legs excédant 1,000 as devait restituer au quadruple tout ce qui dépassait les 1,000 as.

Sanction.

Les héritiers avaient dans ce cas une manus injectio, que Gaius, 4,23, nous dit être une manus injectio pura.

Personae exceptae.

Il y avait cependant des exceptions prévues; certains parents étaient soustraits à cette disposition; les parents du testateur jusqu'au sixième degré et même les enfants sobrino sobrinave nati. Ce sont ceux que l'on appelle les personae exceptae.

Cette loi Furia testamentaria se révéla insuffisante. Le testateur, qui ne pouvait pas léguer plus de 1,000 as, n'avait qu'à multiplier les legs de 1,000 as, et il pouvait ainsi épuiser la succession.

La loi Voconia (585)

La loi Voconia, de 585, entra dans une voie nouvelle, en décidant qu'un légataire ne pourrait pas recevoir plus que ce que l'héritier institué recevrait lui-même par adition d'hérédité. De cette façon on était sûr que l'héritier institué aurait quelque chose. Mais cet intérêt pouvait être réduit à presque rien; le testateur n'avait qu'à multiplier les petits legs, Gaius, 2, 225.

Il fallait donc trouver autre chose. Une autre loi trouva un système satisfaisant: c'est la loi Falcidie, de 714 de Rome. Cette loi décida que le testateur ne pourrait pas disposer par legs de plus des trois quarts de son hérédité. L'héritier est donc sûr d'avoir un quart de la succession, et ce quart, qui lui est ainsi assuré est ce qu'on appelle la quarte Falcidie, Gaius, 2, 227.

La loi Falcidie (714). La quarte Falcidie.

Calcul de la quarte.

Comment calculait-on cette quarte Falcidie ? Elle était d'un quart de l'actif de la succession. Pour le calcul, il fallait se placer au décès du testateur. On apprécie la valeur des biens laissés et on en retranche le montant des legs et des dépenses funéraires, et la valeur des affranchissements. On obtient alors l'actif net. C'est le quart qui constitue la quarte Falcidie.

Source : BIU Cujas

Supposons que le testateur ait disposé de plus des trois quarts de la succession par des legs Comment se faisait la réduction des legs ? Voici les règles qu'on appliquait.

La réduction se produit de plein droit;

1° - La réduction se produisait ipso jure, de plein droit. Donc si la chose a été léguée per vindicationem, il y aura indivision entre l'héritier et le légataire en ce qui concerne la chose léguée. Autre conséquence, le légataire qui réclame la totalité du legs perd son droit par plus petitio re.

en principe, en nature,

2° - La réduction se faisait en nature. Cependant il y avait une exception. Quand la chose léguée était une chose indivisible, par exemple une servitude prédiale. Dans ce cas, on admettait que le légataire pouvait acquérir la totalité du legs, à condition de promettre à l'héritier la valeur du surplus en argent.

et proportionnellement.

3° - Tous les legs étaient réduits proportionnellement à leur valeur, à l'exception des legs d'affranchissement, et des legs que le testateur déclarait ne devoir être réduits qu'à la dernière extrémité.

Il pouvait se faire qu'un héritier institué exécutât un legs intégralement, croyant qu'il n'y avait pas lieu à réduction. Plus tard, il s'aperçoit qu'il n'a pas la quarte Falcidie. Dans cette hypothèse on peut dire que l'héritier a payé l'indû, parce que la réduction se produisait de plein droit.

Condictio accordée à l'héritier

Mais dans l'exercice de la condictio indebiti fondée sur l'enrichissement sans cause, l'héritier risquait de se heurter à l'insolvabilité du légataire. Il peut craindre aussi que le légataire conteste le bien-fondé de cette réduction. Aussi fut-il décidé que quand le légataire poursuit l'exécution de son legs l'héritier institué peut exiger de lui qu'il s'engage, par une promesse accompagnée de cautions, satisdatio, à restituer ce qui lui manquerait de sa quarte Falcidie.

Promesse exigée du légataire

La loi Falcidie était encore en vigueur sous Justinien. Il en modifia le caractère. Autrefois, c'était une loi d'ordre public dont les testateurs ne pouvaient pas écarter l'application. Par la Novelle 119, Justinien décida le contraire, et il décida aussi, Code de Justinien 6,30,22,14, que l'héritier qui n'aurait pas fait inventaire des biens de la succession n'aurait pas droit à sa quarte et qu'il serait tenu des legs, même de ceux dépassant les forces de la succession, ultra vires hereditatis.

Réformes de Justinien.

Source : BIU Cujas

Droit français moderne.

Le droit français moderne, comme déjà l'ancien droit dans les pays de coutume, ne connaît plus la quarte Falcidie qui autorisait l'héritier institué à retenir un quart de l'hérédité en faisant subir une réduction correspondante aux légataires.

Donc, aujourd'hui, les héritiers sont tenus de payer tous les legs. Mais sont-ils tenus indéfiniment, ultra vires, ou seulement jusqu'à concurrence des biens, intra vires ?

Dans l'ancien droit, il était de tradition qu'à la différence des dettes, l'héritier pur et simple était tenu des legs seulement intra vires.

En ce qui concerne le droit français moderne, la question reste encore controversée tant dans la doctrine (voir un bon exposé de la controverse doctrinale dans une note de Flurer, D. 9I, 2, 2I3) que dans la jurisprudence (voir en dernier lieu Cass. 1er août 1904. D. I904.I.5I3; S. 1905,1,7) qui admet l'obligation indéfinie en la rattachant à la saisine et par suite ne la fait peser que sur les successeurs saisis.

SECTION II

LES FIDÉICOMMIS.

Origine du fidéicommis.

L'origine des fidéicommis doit être cherchée dans la rigueur du régime successoral romain. Dans l'ancien droit, on ne pouvait faire des libéralités à cause de mort que par l'institution d'héritier ou par le legs. Ces deux sortes de manière de faire des libéralités à cause de mort n'étaient pas sans inconvénients; c'est que les personnes gratifiées peuvent être frappées de l'incapacité de recevoir. La liste est assez longue, nous l'avons vu, des incapacités de recevoir. Il en résultait qu'une législation aussi sévère devait provoquer une réaction. L'excès de règlementation, la rigueur des lois est souvent une incitation (cf. aujourd'hui en matière fiscale) à trouver des formes plus souples, plus libres. Le fidéicommis est justement le produit de cette idée

Notion du fidéicommis.

Ce qui caractérise le fidéicommis, c'est qu'au lieu de s'adresser directement à la personne qu'il veut gratifier, le testateur commence par gratifier, suivant les formes ordinaires, une personne capable de recevoir, en lui imposant l'obligation de remettre le bénéfice de la libéralité à une autre personne, très souvent, précisément, une personne incapable de recevoir. C'est ce qu'on appelle agir par

Source : BIU Cujas

personne interposée. Comparer les libéralités faites par des personnes interposées à des congrégations non autorisées. Il n'y a rien de changé.

I. Formes du fidéicommis.

Les formes du fidéicommis sont simples. Le fidéicommis peut être fait non seulement par testament, mais par un codicille, confirmé ou non par un testament, et même par ce qu'on appelle un codicille ab intestat. Si le fidéicommis est fait dans un testament, il n'est pas nécessaire qu'il soit fait après l'institution d'héritier. Il n'est pas nécessaire d'employer la langue latine; il l'est encore moins d'employer des termes solennels. Les termes employés par l'usage sont ce que l'on appelle des termes précatifs, sous forme de prière. Fideicommitto, je m'en rapporte à ta bonne foi pour que tu fasses, etc.... D'où le nom de fidéicommis

Simplicité de formes du fidéicommis.

Voici les noms techniques des deux personnes qu'intéresse un fidéicommis. La personne gratifiée s'appelle le fidéicommissaire. La personne chargée de l'exécution du fidéicommis, la personne grevée, porte le nom de fiduciaire. Et ce fiduciaire peut être, soit un héritier institué, soit un héritier ab intestat soit encore un légataire. Il peut même être un fidéicommissaire.

Le fidéicommissaire et le fiduciaire.

II - Sanction du fidéicommis.

Au début, le fidéicommis n'était pas reconnu par le droit civil Par suite le fidéicommissaire n'avait aucune action pour forcer le fiduciaire à lui remettre la libéralité. Il n'y avait qu'une sanction d'ordre purement moral Mais à l'époque d'Auguste, l'inexécution de certains fidéicommis ayant très vivement froissé l'opinion publique, l'empereur se décida à faire exécuter les fidéicommis. Mais alors, il ne s'adressa pas aux magistrats de l'ordre judiciaire; il s'adressa à des chefs de l'administration: d'abord les consuls, plus tard un préteur spécial, appelé le praetor fideicommissarius, au nombre de deux sous Claude, puis un seul depuis Titus; dans les provinces, les gouverneurs de province.

Le fidéicommis a été sanctionné à partir d'Auguste.

Les consuls.

Le préteur fidéicommissaire.

Quelle était la procédure par laquelle on demandait l'exécution des fidéicommis devant ces magistrats ? Ce n'est pas la procédure de l'ordo, mais celle de la cognitio extra ordinem. C'est dans la matière des fidéicommis que, sur le terrain du droit privé, nous rencontrons pour la première fois la procédure administrative. Voir notre première partie.

Ils statuent par cognitio extra ordinem

Sur l'histoire du fidéicommis, renvoyons aux Institutes de Justinien 2,23,1 Justinien a fait à cet endroit une petite introduction historique à la matière des fidéicommis. Il donne des détails intéres-

Histoire du fidéicommis.

Source : BIU Cujas

sants sur les nécessités qui ont amené l'apparition des fidéicommis et la nécessité de les sanctionner.

En voici la traduction:

"Inst. Justinien II, 23, 1.

"Il faut donc savoir que tous les fidéicommis étaient inefficaces aux premiers temps, parce que nul n'était forcé de remettre malgré lui ce qu'il avait été prié de remettre à une autre personne. En effet, si on voulait laisser quelque chose à des personnes à qui on ne pouvait laisser des hérédités ou des legs, on s'en remettait à la loyauté de ceux qui pouvaient recueillir en vertu d'un testament. Et c'est pourquoi les fidéicommis ont été appelés de ce nom, parce que ceux qui étaient priés de les exécuter n'étaient tenus par aucun lien de droit, mais simplement par un sentiment de pudeur.

"Par la suite, le divin Auguste, déterminé par plusieurs raisons, soit par sympathie pour les personnes, soit parce qu'on disait qu'une personne avait été adjurée d'exécuter un fidéicommis par la santé du prince, ou à cause de la perfidie insigne de certaines personnes, ordonna le premier aux consuls de faire intervenir leur autorité. Et comme cette façon d'agir parut juste et était populaire, peu à peu cela se changea en une juridiction régulière, et la faveur des fidéicommis a été telle que peu à peu un préteur particulier fut créé pour rendre la justice en la matière des fidéicommis, lequel on appela "praetor fideicommissarius".

Appendice: LES CODICILLES.

Codicille signifie : petit écrit (diminutif de codex). C'est un acte qui peut contenir des dispositions de dernière volonté, mais qui n'est pas soumis aux formes des testaments.

L'origine des codicilles se rattache à l'histoire des fidéicommis. L'usage s'établit de faire les fidéicommis par des codicilles au lieu de les faire dans des testaments. Au début la validité des codicilles fut contestée. Mais ayant admis la validité de fidéicommis on admit logiquement l'efficacité des codicilles, Inst. II, 25 pr. Premiers codicilles dont on reconnut la validité: codicilles de Lentulus sous Auguste.

Deux espèces de codicilles:

1° - codicilles testamentaires. Ce sont de véritables annexes du testament et ils se subdivisent en codicilles confirmés ou non confirmés, selon que le testament les a ou non prévus et mentionnés comme devant être exécutés. Le codicille confirmé est censé écrit dans le testament dont il fait désormais partie intégrante.

Source : BIU Cujas

Il peut contenir des legs, des affranchissements des fidéicommis, des nominations de tuteur, mais non une inst d'héritier, ni une substitution, ni une révocation d'institution, ni une exhérédation (Inst § 2). Par codicille non confirmé, on ne pouvait laisser que des fidéicommis (Ulp. Reg. XXV, 8)

2° - Codicilles ab intestat - C'est l'oeuvre d'une personne morte sans testament.

Trois différences les séparent des codicilles testamentaires:

a) ils pouvaient émaner de personnes n'ayant pas la testamenti factio au jour de la confection du codicille, pourvu qu'elles l'aient au jour du décès.

b) ils ne pouvaient contenir que des fidéicommis

c) ils conservaient leur effet malgré la survenance d'évènements qui eussent entraîné la rupture d'un testament, tandis que les codicilles testamentaires tombaient avec le testament dont ils étaient une dépendance

SECTION III

LE LEGS PARTIAIRE ET LE FIDÉICOMMIS D'HEREDITÉ

I - Legs partiaire.

Un legs pouvait avoir pour objet, soit des choses isolées, et ces choses isolées peuvent être une res corporalis ou une res incorporalis, par exemple une créance soit un ensemble de choses corporelles et incorporelles. C'est le legatum partitionis, legs partiaire, ayant pour objet la quote-part d'une hérédité.

Formule du legs partiaire.

Nous trouvons dans Ulpien, Règles 24 25. la formule d'un legs partiaire: Heres meus cum Titio hereditatem meam partito, dividito, que mon héritier partage avec Titius mon hérédité.

Le légataire partiaire n'est pas successeur à titre universel

Chose très importante à mettre en lumière dans un legs partiaire le légataire n'est qu'un acquéreur à titre particulier, ce n'est pas un héritier Il n'est qu'un légataire il ne succède pas in jus defuncti. Ce n'est pas un acquéreur per universitatem Conséquences

Il n'a qu'une action personnelle;

1° - Le légataire partiaire ne peut pas réclamer la quote-part de la succession par l'actio familiae erciscundae, il n'a comme action qu'une action personnelle, l'actio ex testamento.

il ne succède pas aux dettes ni aux créances.

2° - L'héritier est le seul qui succède aux dettes de la succession, comme aux créances de la succession Le légataire partiaire ne peut succéder ni

Source : BIU Cujas

aux dettes ni aux créances de la portion d'hérédité qui lui a été léguée. Cependant, il était équitable que le légataire partiaire prît sa part dans les créances et surtout dans les dettes. Pour obtenir ce résultat, la pratique imagina les stipulationes partis et pro parte, Gaius 2, 254, c'est-à-dire des stipulations entre l'héritier et le légataire partiaire, par lesquelles chacun s'engage à faire passer les créances touchées pour le compte de l'autre et les dettes payées pour le compte de l'autre.

Les stipulationes partis et pro parte.

II Fidéicommis d'hérédité.

Les fidéicommis pouvaient avoir, comme les legs, pour objet soit des choses isolées, soit un ensemble de choses. Mais, à la différence des legs, ils pouvaient porter alors non seulement sur une quote-part de l'hérédité, mais encore sur la totalité de la succession. Tel est le double domaine de ce qu'on appelle le fidéicommis d'hérédité qui a joué un grand rôle dans la législation romaine. Un de ses principaux intérêts était de pouvoir servir à réaliser ce qu'on appelle les substitutions fidéicommissaires. A ce point de vue, il présentait vis-à-vis du legs le grand avantage que voici:

Les institutions d'héritier successives sont impossibles.

Quand le testateur avait fait une institution d'héritier, il ne pouvait pas de nouveau disposer, en tout ou en partie, de son patrimoine au profit d'une autre personne par une nouvelle institution d'héritier, pour le cas où l'héritier institué viendrait à mourir après avoir recueilli la succession.

Les fidéicommis d'hérédité successifs sont permis.

Au contraire, le testateur pouvait le faire par fidéicommis, en priant son héritier de laisser à sa mort la succession à une autre personne. Ces fidéicommis sont devenus célèbres dans notre ancien droit sous le nom de substitutions fidéicommissaires. De telles substitutions existent encore aujourd'hui en Angleterre. L'article 896 du Code civil français les a supprimées en principe, ne les laissant subsister que dans certains cas, ainsi au profit des descendant Voir les art. 1048 et suivants.

Les substitutions fidéicommissaires.

Sachant ce qu'il faut entendre par fidéicommis d'hérédité, étudions la théorie du fidéicommis d'hérédité. Nous nous placerons dans l'hypothèse la plus pratique, celle où le fiduciaire est un héritier institué. Gaius nous a rapporté la formule du fidéicommis d'hérédité, lorsqu'il s'agit de la restitution immédiate du fidéicommis. Gaius 2, 250 . Voici la formule: Rogo te petoque a te ut, cum primum possis here

Formule du fidéicommis d'hérédité.

Source : BIU Cujas

ditatem meam adire, Caio Seio reddas restituas, je te prie et te demande de rendre et de restituer à Caius Seius mon hérédité, dès que tu pourras faire adition d'hérédité.

Le fideicommissaire est un acquéreur à titre particulier.

Le fideicommis d'hérédité est une matière assez difficile. Par l'effet de ce fideicommis, le fideicommissaire n'est pas investi de plein droit de la succession ou de la part de succession qui lui est attribuée. Il n'est pas un successeur à titre universel, mais simplement un acquéreur à titre particulier. C'est l'héritier institué qui se trouve de plein droit investi de l'hérédité, qui, par conséquent, a seul les actions contre les débiteurs héréditaires, et qui peut seul être poursuivi par les créanciers héréditaires. Le fideicommissaire n'a donc qu'un seul droit, celui de demander à l'héritier institué la restitution du fideicommis.

Restitution du fideicommis.

Comment pouvait être faite cette restitution ? A ce point de vue, le droit romain est passé par 4 phases successives. C'est une matière très juridique.

Ière phase: Transfert de la propriété des choses corporelles.

Ière phase. Pour ce qui est des choses corporelles faisant partie de l'hereditas, l'héritier institué en fera la restitution en transférant la propriété de ces choses au fideicommissaire. Le plus souvent l'héritier institué se contentera de laisser le fideicommissaire se mettre lui-même en possession (Cf. fideicommis d'usufruit. Voir plus haut: servitudes). Mais pour ce qui est des créances et des dettes faisant partie de l'hereditas, on ne conçoit pas une restitution de ce genre. La pratique imagina alors des procédés, et il faut avec soin distinguer suivant que le fideicommis porte sur une quote part de la succession, ou sur la totalité de la succession.

Fideicommis d'une quote part.

1° - Le fideicommis porte sur une quote part de la succession. Nous rencontrons alors le même procédé vu à propos du legs partiaire, le procédé des stipulationes partis et pro parte, et alors, avec ce système quelle est la situation du fideicommissaire en droit ? Il est loco legatarii, considéré comme un légataire.

Le fideicommissaire est loco legatarii.

Fideicommis de la totalité.

2° - Le fideicommis porte sur la totalité de la succession. Dans ce cas, comme nous l'apprend Gaius, 2, 252, on avait recours à un procédé qui consistait de la part de l'héritier institué, à vendre les créances et les dettes pour un prix fictif, nummo uno, pour un sesterce et alors, intervenaient des stipulations réciproques entre l'héritier institué et le fideicommissaire appelées stipulationes emptae et venditae hereditatis stipulations relatives à l'hérédité vendue. L'héritier institué promettait au fideicommissaire de lui rembourser les créances qui auraient été payées entre ses mains ou même de lui céder ses créances. Le fideicommissaire

Le fideicommissaire est loco emptoris.

Source : BIU Cujas

de son côté promettait à l'héritier institué de l'indemniser de tout ce que celui-ci serait obligé de payer aux créanciers. Quelle est alors la situation en droit du fideicommissaire ? Il est, dit Gaius, loco emptoris, considéré comme un acheteur.

Dangers de ce système.

Tel est le système primitif. Ce système présentait le grave inconvénient que voici: c'est que, si les créances étaient plus fortes que les dettes, ou les dettes plus fortes que les créances, il y avait un des deux, de l'héritier institué ou du fideicommissaire, qui restait créancier pour le surplus et pouvait se heurter à l'insolvabilité de l'autre. Aussi pouvait-il arriver que l'héritier institué ou le fiduciaire refusât d'accepter la succession et fît tomber du même coup la totalité du fideicommis. On chercha autre chose. Nous allons voir jouer la technique juridique.

2ème phase: le Sc. Trébellien.

2ème phase. Le sénatus-consulte Trébellien, rendu sous Néron, va remédier à cet inconvénient, en décidant que, dès que serait opérée la restitution du fideicommis, celle-ci étant faite par une simple déclaration orale ou écrite du fiduciaire, le fideicommissaire serait en droit considéré comme héritier, loco heredis. De telle sorte que le fideicommissaire pourra poursuivre lui-même les débiteurs de la succession et être poursuivi par les créanciers héréditaires. Mais ce n'était qu'à titre d'actions utiles que le fideicommissaire pouvait intenter les actions héréditaires, ou être poursuivi par les créanciers de la succession. En effet, c'était le préteur qui était chargé d'appliquer le senatus-consulte Trébellien. Le Sénat agissait par voie d'injonction au préteur (Voir première partie du cours, Théorie du sénatus-consulte)

Le fideicommissaire est loco heredis à titre utile

A partir du sénatus-consulte Trébellien l'héritier institué n'avait plus à redouter l'insolvabilité du fideicommissaire, comme à l'inverse le fideicommissaire n'avait plus à redouter l'insolvabilité de l'héritier institué. Mais une autre considération pouvait empêcher l'héritier institué, c'est-à-dire le fiduciaire, de faire adition d'hérédité, c'était l'énormité du fideicommis.

3ème phase le Sc Pegasien.

3ème phase: C'est à ce deuxième inconvénient qu'est venu remédier le sénatus-consulte Pégasien, rendu sous Vespasien. Il renfermait les deux règles suivantes:

La quarte pégasienne

1° Règle: il étendit la loi Falcidie, aux fideicommis, en déclarant que le fiduciaire pourrait toujours conserver le quart de la succession, lorsque le fideicommis excèderait les trois quarts de l'hérédité. C'est la quarte pégasienne. Il en résulta que,

Source : BIU Cujas

dans l'hypothèse où le fiduciaire acceptait la succession et réclamait la quarte, le fideicommissaire était considéré en droit loco legatarii, comme un légataire. De telle sorte que les inconvénients auxquels le Sc. Trébellien était venu remédier réapparaissaient. Les droits et actions restaient sur la tête du fiduciaire, et il était nécessaire d'employer à nouveau le procédé des stipulationes partis et pro parte.

Le fideicommissaire est loco legatarii.

2ème règle: Dans l'hypothèse où l'héritier institué ne voulait pas accepter la succession, le Sc. Pégasien permit au fideicommissaire d'amener l'héritier institué devant le préteur, qui pouvait alors le forcer à faire adition d'hérédité. Dans ce cas, le fiduciaire était privé de sa quarte, et le fideicommissaire était en droit comme un héritier, loco heredis, conformément au Sc. Trébellien. Il pouvait donc user des actions héréditaires, à titre d'actions utiles.

Sanctions du refus de l'héritier institué.

Par conséquent, il pouvait y avoir un concours de nos deux S.C. Pégasien et Trébellien. Nous allons voir ce concours se manifester dans les quatre hypothèses suivantes, qu'il faut avoir bien soin de distinguer les unes des autres.

Hypothèses à distinguer

1ère hypothèse. Le fideicommis n'excède pas les trois quarts de l'hérédité, et le fiduciaire accepte restitution se fera en vertu du S.C. Trébellien donc le fideicommissaire est loco heredis

2ème hypothèse: Le fideicommis excède les trois quarts de l'hérédité, et le fiduciaire demande la quarte. La restitution se fera en vertu du S.C. Pégasien et le fideicommissaire sera loco legatarii.

3ème hypothèse: Le fiduciaire refusant de faire adition d'hérédité, le préteur lui ordonne de le faire. La restitution se fera en vertu du S.C. Trébellien et le fideicommissaire sera loco heredis.

4ème hypothèse: Le fideicommis excédant les trois quarts de la succession, le fiduciaire fait adition d'hérédité, sans réclamer sa quarte. En vertu de quel Sénatusconsulte va se faire la restitution ? La doctrine décida que la restitution se ferait en vertu du Sénatusconsulte Pégasien. Le fideicommissaire sera donc loco legatarii.

4ème phase: le droit de Justinien.

Il n'est pas besoin de montrer combien cette législation était compliquée. Aussi Justinien fit des réformes. Institutes 2,23,7. Justinien fusionna les deux S.C. qu'il réunit en un seul, sous le nom de S.C. Trébellien. C'est pour cela que nos anciens auteurs (car ces dispositions s'appliquaient dans l'ancien droit français) donnaient à la quarte pégasienne le nom de quarte trébellienne. Voici les règles rela-

Justinien fusionne les deux Sénatusconsultes.

Source : BIU Cujas

tivement simples qui président désormais à la restitution du fideicommis d'hérédité.

1° - L'héritier qui fait edition d'hérédité volontairement a toujours droit à la quarte.

2° - S'il fait adition d'hérédité contraint et forcé, il n'a pas droit à la quarte.

3° - Dans tous les cas, le fideicommissaire sera considéré comme un héritier. Notre fideicommis d'hérédité est donc devenu un mode d'acquisition à titre universel.

SECTION IV

FUSION DES LEGS ET DES FIDEICOMMIS.

Justinien fusionna en 531 les legs et les fideicommis, Code 6.43.2. A vrai dire, cette fusion avait été depuis longtemps préparée par un rapprochement continu des fideicommis et des legs, principalement au point de vue des incapacités (les incapacités frappant les légataires furent étendues aux fideicommissaires par une série de Senatusconsultes) et au point de vue des restrictions apportées à la liberté de gratifier (la loi Falcidie fut étendue aux fideicommis).

Portée de la Réforme de Justinien.

Quelle est exactement la portée de la réforme de Justinien ? Voici comment il s'exprime à ce sujet dans ses Institutes 2, 20, 3: Trouvant que l'antiquité avait enfermé les legs dans des règles strictes et donné une nature plus large aux fideicommis comme dépendant plus de la volonté des défunts, nous avons jugé nécessaire d'assimiler les legs et les fideicommis, de telle sorte qu'il n'y ait plus entre eux aucune différence, mais que les legs empruntent ce qui leur manque aux fideicommis et que ceux-ci s'enrichissent de ce que les legs peuvent avoir de plus avantageux.

A la suite de la réforme de Justinien, il n'y a donc plus à rechercher quelle est la forme de la disposition, dans quel acte de dernière volonté elle est contenue, quelles sont les personnes qui peuvent en être grevées.

Les legs et les fideicommis dans le droit français moderne

Le droit français ne connaissant pas l'institution d'héritier, un testament ne peut contenir que des legs: legs universel, à titre universel, particulier.

En ce qui concerne le légataire universel, on assiste - et cela déjà dans l'ancien droit (cons. Mongin, De la situation du légataire universel

Source : BIU Cujas

ssimilation croissante du légataire universel à l'héritier.

dans le droit moderne et dans l'ancien droit à l'égard des dettes de la succession. Revue critique de législation 1888, p. 222 et suiv; Percerou, Revue trim. de droit civil, 1905, p. 558 et suiv.) a une tendance à le considérer à raison de l'universalité de son titre, comme un véritable héritier. L examen de la jurisprudence la plus récente est des plus significatif. L'assimilation apparaît aux points de vue les plus variés droit de poursuite, rapport des dons et legs, rapport des dettes, séparation des patrimoines, etc... Toutefois il y a un recul de la jurisprudence en ce qui concerne l'obligation illimitée aux dettes. En 1851, la Cour de Cassation s'était prononcée pour l'obligation ultra vires du légataire universel même non saisi d'après le Code Civil, le légataire universel n'a la saisine que quand il n'est pas en concours avec des héritiers réservataires). Mais depuis 1904 (Civ. 1er Août 1904, S. 1905.1.7.; Civ. 28 Février 1927, S. 1. 353) elle décide le contraire. Il faut voir dans ce revirement de jurisprudence, croyons-nous, la volonté de restreindre le plus possible les cas d'application de la responsabilité ultra vires. La jurisprudence française cède au grand mouvement qui se manifeste dans tous les pays, en faveur de l'obligation aux dettes limitée intra vires, par réaction contre l'idée de la continuation de la personne et le précédent du droit romain (Voir plus haut). Dans ce but, la jurisprudence applique à la lettre le Code Civil en tant que celui-ci dans plusieurs articles (entre autres l'art. 724 déjà cité), lie à la saisine l'obligation illimitée aux dettes. Seuls les légataires saisis, c'est-à-dire le légataire universel lorsqu'il n'est pas en concours avec des héritiers à réserve, à l'exclusion du légataire universel en concours avec des héritiers à réserve, et du légataire à titre universel, sont tenus des dettes in infinitum.

Pour ce qui est des fideicommis, nous rencontrons encore aujourd'hui leur pratique sous la forme d'une disposition par laquelle le testateur charge une personne nommément désignée de faire parvenir à une autre ou à d'autres personnes tout ou partie des biens héréditaires. Mais, comme les premiers fideicommis du droit romain, une telle disposition n'a pas un caractère obligatoire en ce sens qu'elle n'est pas sanctionnée par une action en exécution. Elle n'impose au fiduciaire qu'une obligation de conscience sur laquelle on discute d'ailleurs si l'on peut greffer une obligation naturelle. Mais il n'y a pas d'obligation civile.
Cons. Aubry et Rau § 693 , Lévy-Uhlmann, Cours de Droit Civil comparé, 1928-1929, Répétitions écrites, p. 239. (5ème édition revue par Mr Bartin, XI, p. 202).

Source : BIU Cujas

SECTION V

LES DONATIONS A CAUSE DE MORT.

La donatio mortis causa est une donation particulière faite à une personne en vue de la mort de la personne donatrice. Elle se rapproche donc, quant à son but, des dispositions testamentaires à titre particulier, des legs. C'est la raison pour laquelle nous les étudions après les legs et les fideicommis.

PLAN.

I Origines de la donation à cause de mort.
II. Théorie de la donation à cause de mort à l'époque classique.
III. Les donations à cause de mort dans le droit de Justinien.
IV. Le droit français moderne.

I. Origines de la donation à cause de mort.

A l'origine la donation mortis causa se présente sous la double forme

La donation à cause de mort paraît avoir pris naissance à Rome dans le cas où une personne envisageait l'éventualité prochaine de sa mort, soit dans une maladie, soit dans un combat. En vue de cette éventualité, elle était amenée à faire une des deux opérations suivantes:

d'une donation sous condition suspensive

1° - faire une donation ordinaire en l'affectant d'une condition suspensive: si le donateur vient à mourir dans la maladie, dans le combat pris en considération. La naissance du droit, pour le donataire, est donc ici retardée jusqu'à la mort du donateur (Ulpien citant Julien D. 39,6,2).

et d'une aliénation fiduciaire,

2° - Faire une aliénation fiduciaire, c'est-à-dire une aliénation (réalisée par mancipatio ou in jure cessio) accompagnée d'un pacte de fiducie par lequel l'acquéreur s'engage vis-à-vis de l'aliénateur à lui retransférer la chose aliénée si l'évènement envisagé (mort dans une maladie, dans un combat) ne vient pas à se produire. Sur cette forme originelle de la donation à cause de mort cons. Senn, Nouv. Revue Hist. de droit 1913, p. 169 et suiv.; Etudes sur le droit des obligations, I, 1914, p. 40 et suiv.

C'est sur cet acte d'aliénation fiduciaire que se forma ensuite la théorie de la donation mortis causa envisagée comme une donation affectée non plus d'une condition suspensive, mais d'une condition extinctive ou résolutoire et que nous allons étudier maintenant en nous plaçant à l'époque classique.

Source : BIU Cujas

II. Théorie de la donation à cause de mort à l'époque classique.

C'est une donation sous condition résolutoire.

La donation à cause de mort étant une donation affectée d'une condition résolutoire, il en résulte:

1° - que le donataire devient propriétaire dès le jour de la dation qui lui est faite de la chose.

2° - que son droit se trouve résolu si la condition prévue vient à se réaliser: survie du donateur ou donataire, révocation de la donation (ce droit de révocation venant de l'ancienne mancipation fiduciaire. En ce sens Senn. Etudes, p. 59).

A l'époque classique, la propriété ne pouvant pas être, comme nous l'avons vu, transférée à temps, ad tempus, la restitution au donateur de la chose transférée au donataire ne pouvait être obtenue qu'au moyen d'une action personnelle.

Rapprochement de la donation mortis causa avec le legs.

Bien avant l'époque classique, les donations à cause de mort avaient été traitées autrement que les donations entre vifs ordinaires. C'est ainsi qu'elles étaient permises entre époux et qu'elles avaient été soustraites quant à leur montant aux restrictions de la loi Cincia. D'autre part, elles s'étaient rapprochées des legs. C'est ainsi qu'elles avaient été soumises aux dispositions restrictives de la loi Furia et de la loi Voconia (Gaius 2,225 et 226). Le rapprochement fut poursuivi à l'époque classique: elles furent soumises aux dispositions restrictives de la loi Falcidie (Code de Just 8,56 (57) 2,2) et on leur appliqua les lois Caducaires relativement à la capacité de recevoir Dig 39,6,35 pr

III. Les donations à cause de mort dans le droit de Justinien.

Continuation du rapprochement avec le legs.

Justinien a encore rapproché des legs les donations à cause de mort en les dispensant de l'insinuation (formalité créée pour les donations) au-dessus de cinq cents sous d'or et en les soumettant au concours de cinq témoins exigé pour la confection des codicilles.

Mais, bien qu'il semble le dire par suite d'une exagération de langage (Inst. 2,7,1), il ne les a pas confondues avec les legs (voir Girard Manuel p. 1004).

Sous Justinien, où, nous l'avons vu, la propriété peut être transférée ad tempus, la restitution au donataire de la chose peut être assurée au moyen d'une action réelle (Ulpien Dig. 39.6, 29, interpolé).

IV Le droit français moderne.

L'évolution se poursuivit dans le sens de l'assimilation des donations à cause de mort aux dis-

Source : BIU Cujas

positions testamentaires.

L'art. 277 de la nouvelle coutume de Paris

Art. 277 de la nouvelle coutume de Paris de 1580: "Toutes donations, encore qu'elles soient conçues entre vifs, faites par personnes gisans au lit malades, de la maladie dont ils décèdent, sont réputées faites à cause de mort, et testamentaires et non entre vifs". On en tira la conclusion que les formalités des testaments devaient être observées. Arrêt du 18 Février 1668 rapporté dans Bourdot de Richebourg, Nouveau Coutumier général, t. III, p. 49 en note sous l'art. 277 - Cons. Olivier Martin, Coutume de Paris, II, 2, p. 484.

L'art. 3 de l'ordonnance du mois de Février 173I sur les donations

Mais ces règles n'étaient pas observées dans toutes les coutumes. L'ordonnance du mois de Février 173I sur les donations, oeuvre du chancelier d'Aguesseau, amena sur ce point la généralisation: art. 3; Toutes donations à cause de mort, à l'exception de celles qui se feront par contrat de mariage, ne pourront dorénavant avoir aucun effet, dans les pays mêmes où elles sont expressément autorisées par les lois ou par les coutumes, que lorsqu'elles auront été faites dans la même forme que les testaments ou les codicilles, en sorte qu'il n'y ait à l'avenir dans nos Etats que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, dont l'une sera celle des donations entre vifs, et l'autre celle des testaments ou des codicilles. Sur l'état du droit français antérieur à l'ordonnance de 173I, cons. Regnault, Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau, 1929, p. 228 et suiv.

L'article 893 du Code Civil a prohibé les donations à cause de mort.

Le Code civil français est allé encore plus loin. L'art. 893 prohibe les donations à cause de mort: On ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament.

Source : BIU Cujas

TITRE II

LA CAPITIS DEMINUTIO

Gaius, 3, 83 et suiv., nous donne des développements sur le détail de ce mode d'acquisition. Mais, pour comprendre ce mode d'acquisition spécial à titre universel, il importe de connaître à fond la théorie d'ensemble de la capitis deminutio. Dans les ouvrages, on traite cette question en appendice au droit des personnes, alors qu'on ne connait pas encore les théories de l'acquisition à titre particulier et à titre universel. M. Fliniaux y voit une sorte de synthèse du droit des personnes et du droit du patrimoine, synthèse qui lui paraît constituer le digne couronnement du cours de 1ère année. Les développements de M. Fliniaux sur la théorie de la capitis deminutio sont en grande partie personnels.

Caput est la personnalité

Dans l'expression Capitis deminutio, il y a deux termes qu'il faut définir. Pour le premier, capitis, génitif de caput, aucune difficulté. Par Caput il faut entendre ici, en droit, la personnalité considérée comme ayant son siège dans la tête de l'individu.

Sens du mot deminutio

Sur le deuxième terme, deminutio, les romanistes ne s'entendent pas. Deux acceptions possibles du mot:

1ère acception: Diminution de capacité. Des auteurs importants, Savigny, Hisele, ont pensé qu'il fallait l'entendre ainsi.

2ème acception : pour les autres auteurs Deminitio voudrait dire anéantissement, destruction de la personnalité juridique.

Qui a raison ? Il est impossible de le dire, avant d'avoir fait l'exposé de la théorie classique de la capitis deminutio, pour ce qui est des causes et aussi des effets de la capitis deminutio. En faisant cet exposé, nous rencontrerons les textes, et ensuite il sera facile de déterminer la nature juridique de la capitis deminutio.

Voici le plan que nous suivrons :

Chapitre I - Théorie de la capitis deminutio à l'époque classique

Source : BIU Cujas

Section 1 - Causes de capitis deminutio.
Section 2 - Effets de la capitis deminutio.
Section 3 - Nature juridique de la capitis deminutio.

Chapitre II - Origine et histoire de la capitis deminutio (que nous pousserons jusqu'au droit moderne).

Chapitre 1

THEORIE DE LA CAPITIS DEMINUTIO A L'EPOQUE CLASSIQUE

Section 1- Causes de capitis deminutio

Causes de capitis deminutio à l'époque classique.

Dans la théorie de la capitis deminutio, arrivée à son complet développement (c'est à ce moment que nous la prenons) telle qu'elle se manifeste dans les sources pures, dans les Institutes de Gaius, l. 159, voici quelles sont les causes de capitis deminutio. Au texte précité, Gaius commence par définir la capitio deminutio: est autem capitis deminutio prioris status permutatio, la capitis deminutio est le changement d'un état antérieur. Comblons un peu la lacune de Gaius, car il parle à des étudiants, qui sont censés connaitre la théorie du status. Or, il y avait trois sortes de status. Ce sont celles que Paul indique, Digeste 5,4 De capite minutis, il, ce sont :

La capitis deminutio est le changement d'un status.

Les trois status

1° - Le status libertatis.
2° - le status civitatis.
3° - le status familiae.

Quand il y a un changement dans un de ces trois états, il y a capitis deminutio. Gaius en effet poursuit ainsi: eaque tribus modis accidit, et cette capitis deminutio arrive de trois façons différentes, nam aut maxima est capitis deminutio, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima, car la capitis deminutio est ou maxima, ou minor (que certains appellent media) ou minima.

I - La capitis deminutio maxima

Causes de capitis deminutio maxima

C'est celle qui résulte de tous les évènements qui font perdre la liberté et par contre-coup la cité. Toutefois, cette capitis deminutio résultera rarement d'un mode du droit des gens, à cause de la théorie du postliminium, quand le captif revient à Rome, et de la fiction de la loi Cornelia, qui, pour empêcher que ne tombe le testament du captif mort en captivité, le répute mort avant d'être tombé en escla-

Source : BIU Cujas

vage, avant d'avoir subi la capitis deminutio. En conséquence, Gaius, I.130, cite seulement comme cas de capitis deminutio maxima les trois cas suivants:

1°- Quand quelqu'un est vendu comme esclave au nom de l'Etat,

2°- Quand un affranchi déditice est venu, contrairement aux lois, s'installer à Rome. Du même coup, il est remis en esclavage.

3° - Le cas du S.C. Claudien, où la femme entretient des relations avec un esclave sans le consentement du maître.

II - La capitis deminutio media ou minor.

Capitis deminutio media.

C'est celle qui résulte de la perte de la cité. Elle se produit quand une personne vient à perdre le droit de cité romaine, tout en restant libre. Il en est ainsi, Gaius,1,161, quand un citoyen est condamné à la peine de l'interdiction de l'eau et du feu.

III- La capitis deminutio minima.

Capitis deminutio minima.

C'est celle qui résulte de la perte des droits de famille, ce qui a lieu :

1° - toutes les fois qu'un citoyen romain de sui juris, devient alieni juris, ce qui arrive;

Un sui juris devient alieni juris.

a) Dans le cas de la conventio in manum de la femme sui juris,

b) Dans le cas du paterfamilias qui se donne en adrogation.

c) Dans le cas de la révocation de l'émancipation.

d) Dans le cas de la légitimation.

Un alieni juris passe sous une autre puissance.

2° - Toutes les fois qu'un alieni juris passe sous la puissance d'une autre personne. Ce sera le cas :

a) De la femme alieni juris, qui fait une conventio in manum.

b) des enfants de l'adrogé.

c) des personnes in patria potestate ou in manu qu'on fait passer sous le mancipium d'un tiers.

d) des personnes in mancipio qui sont affranchies du mancipium et retombent in patria potestate.

e) des enfants donnés en adoption sans mancipation ni affranchissement, dans la forme récente d'adoption.

Certains cas où un alieni juris

3° - Dans certains cas où un alieni ju-

Source : BIU Cujas

devient sui juris.

ris devient sui juris. C'est le cas :

a) de la femme sortie de la manus par diffarreatio

b) des émancipés, Nous avons pour eux un texte de la plus grande importance, qui nous permettra de résoudre le problème de la nature juridique de la capitis deminutio. Gaius.I.162, in fine, tel qu'il a été lu complètement lors de la révision de Studemund; Item in his qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur, adeo quidem ut quotiens quisque mancipetur, aut manumittatur, totiens capite deminuatur, de même il y a capitis deminutio minima à l'égard de ceux qui sont donnés in mancipio et qui sont affranchis du mancipium, de telle sorte qu'il y a autant de fois capitis deminutio qu'il y a eu de mancipations, ou même d'affranchissements.

Cas des émancipés.

Il y a autant de capitis deminutiones que de mancipations et d'affranchissements.

Ainsi le fils de famille émancipé, combien aura-t-il subi de capitis deminutiones? Six, car il y a eu trois mancipations et trois affranchissements.

Section 2 - Effets de la capitis deminutio à l'époque classique

Il convient d'éviter une grave confusion. Il faut avoir soin de ne pas confondre les effets de la capitis deminutio avec l'évènement dont elle n'est qu'une conséquence, à savoir: la perte de la liberté, la perte de la cité, ou un changement dans le droit de la famille. Les effets de la capitis deminutio sont toujours les mêmes, quelle que soit la cause qui la fait naître, quelle que soit la capitis deminutio dont il s'agit, maxima, media ou minima.

Les effets de la capitis deminutio sont toujours les mêmes.

Quels sont les effets généraux de la capitis deminutio ? Ils sont étudiés par Gaius, relativement aux deux points de vue suivants : 1° - au point de vue du droit de la famille.

2° - au point de vue du patrimoine.

Nous allons reprendre ces effets, en nous plaçant successivement à ces deux points de vue.

1° - Droit de la famille

Texte de Gaius.

Nous avons un texte très important de Gaius. I. 158 : Sed agnationis quidem jus capitis deminutione perimitur, cognationis vero jus eo modo non commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non potest; mais le droit de l'agnation est éteint par la capitis deminutio; au contraire, le droit de la cognation n'est pas chargé par ce moyen, parce que la raison ayant sa ba-

Source : BIU Cujas

se dans le droit civil, peut détruire à la vérité les droits civils, mais elle ne peut pas détruire les droits naturels.

De ce principe, bien dégagé par Gaius, nous allons déduire les deux principes suivants :

La capitis deminutio éteint les droits découlant de l'agnation,

1° - La capitis deminutio éteint tous les droits de parenté civile découlant de l'agnation. Par exemple, celui qui est capite minutus perd la patria potestas, s'il l'avait; il est déchu de tous les droits qu'il avait par rapport à ses agnats, et à ses gentiles. S'il était tuteur légitime, il cesse de l'être, s'il était appellé à la tutelle ou à la succession d'un agnat ou de gentilles ces droits de tutelle ou de succession s'éteignent.

mais non les droits découlant de la cognation.

2° - Au contraire, tous les droits de famille qui reposent sur les liens naturels du sang, sur la cognation, ne sont pas éteints par la capitis deminutio. En conséquence, tous les droits qui s'attachent à la cognation subsisteront, par exemple la bonorum possessio unde cognati.

II - Droit du patrimoine

Il faut distinguer entre les deux sortes d'éléments qui composent le patrimoine l'actif et le passif.

Certains droits du patrimoine s'éteignent par la capitis deminutio.

A - L'actif.

Certains droits du capite minutus s'éteignent pour toujours . En voici la liste:

1° - le droit d'usufruit. Gaius.3.83.

2° - Le droit aux services d'un affranchi résultant du jusjurandum, Gaius, même passage.

3° - Les droits résultant de la litis contestatio dans un judicium legitimum. Gaius, même passage.

4° - Les droits dans une société, la société étant constituée intuitu personae, c'est-à-dire en considération de la personne, comme nous le verrons en seconde année, Gaius.3.153.

5° - Les droits de créance accessoire, Adstipulatio, Gaius.3.114.

6° - Le testament du capite minutus devient irritum.Gaius.2.149

Les dettes du capite minutus s'éteignent,

B - Le passif

Les dettes du capite minutus s'éteignent. C'est ce que nous apprend expressément Gaius 3.84 ; Quia per capitis deminutionem liberetur. Mais il y a des exceptions. Cette règle ne s'applique pas :

sauf les dettes délictuelles

1° - aux dettes délictuelles, car les délits, nous le verrons en seconde année, font naître un droit à la vengeance sur la personne physique du délinquant. Par conséquence, la capitis deminutio n'a

Source : BIU Cujas

aucun effet sur une dette de ce genre.

et celles d'une succession antérieurement acquise.

2° - Aux dettes faisant partie d'une succession antérieurement acquise par le capite minutus (Gaius.3.84).D'autre part, il faut savoir que le capite minutus, s'il n'est plus obligé civilement, reste tenu naturellement , naturaliter , Digeste: 4, 5 De capite minutis,2,2.

Une obligation naturelle subsiste

Tel est le droit à l'époque classique, Alors se pose la question : à qui va aller le patrimoine du capite minutus ? Il va être dévolu à la personne qui profite de la capitis deminutio?

Le patrimoine est dévolu à la personne qui profite de la capitis deminutio.

a) S'il s'agit d'une capitis deminutio minima, Gaius 3.83, cite les deux cas suivants: le cas de l'adrogation et le cas de la conventio in manum. Ce sera dans le premier cas l'adrogeant, dans le second le mari. Mais cela se produira aussi en cas de capitis deminutio maxima, ou media.

b) Capitis deminutio maxima; au profit des créanciers dans le cas du débiteur insolvable vendu trans Tiberim; au profit du volé quand il s'agit d'un fur manifestus; au profit du maître avec l'esclave duquel une femme libre entretient des relations, celle-ci devenant esclave en vertu du sénatus-consulte Claudien; au profit de l'Etat au cas de perte de liberté encourue à titre de peine publique ,

c) Capitis deminutio media : au profit de l'Etat en cas de perte de la cité encourue à titre de peine publique.

Mais le patrimoine du capite minutus va-t-il passer entièrement à la personne qui profite de la capitis deminutio? Il faut ici distinguer l'actif et le passif.

1° - L'actif va passer à la personne qui profite de la capitis deminutio, sauf en ce qui concerne les droits que nous venons de passer en revue, qui s'éteignent par la capitis deminutio.

Elle n'est pas tenue des dettes.

2° - Quant au passif, il y a extinction des dettes, donc la personne qui profite de la capitis deminutio n'est pas tenue en principe du passif, Celui qui prend les biens du capite minutus n'est pas obligé envers ses créanciers, Les dettes sont éteintes sauf les exceptions indiquées.

Un tel système était choquant, contraire aux principes élémentaires de la justice et de l'équité.Aussi le préteur est-il intervenu,et il a appliqué en notre matière le principe indiqué à propos du patrimoine. Non sunt bona nisi deducto aere alieno. On ne peut pas acquérir les biens composant un patrimoine , sans en supporter les dettes.

Intervention du préteur.

Source : BIU Cujas

Comment le préteur a-t-il donné satisfaction à ce principe en ce qui concerne la capitis deminutio? Il faut faire une distinction entre, d'une part, la capitis deminutio minima, et, d'autre part, la capitis deminutio maxima et media.

1° - La capitis deminutio minima. Renvoyons à un article de M. Desserteaux, professeur honoraire à la Faculté de Droit de Dijon, qui a consacré son existence entière à l'étude de la capitis deminutio. Nouvelle revue historique, 1912, pages 423 et suivantes; le moyen de droit utilisé par le préteur est ici l'in integrum restitutio. Le préteur déclare tenir la capitis deminutio intervenue comme non avenue, et en conséquence il donne aux créanciers l'ancienne action qui leur appartenait contre le capite minutus, Digeste 4, 5, 2,1. In eos easque, perinde quasi id factum non sit, judicium dabo, je donnerai contre les capite minuti et les capite minutae une action, comme si la capitis deminutio minima n'avait pas eu lieu, c'est-à-dire que les créanciers pourront tirer les conséquences résultant de l'in integrum restitutio au moyen d'une action fictive, comme si la capitis deminutio n'avait pas eu lieu.

En cas de capitis deminutio minima : le préteur donne une in integrum restitutio.

Celui qui profite de la capitis deminutio minima, qui a recueilli les biens du capite minutus, doit donc prendre fait et cause pour le capite minutus et venir le défendre. S'il ne le fait pas, le préteur accorde contre lui la missio in possessionem, et s'il résiste, il ira jusqu'à la venditio bonorum. Le préteur a donc le dernier mot (Gaius 3.84; 4,38)

Celui qui profite des biens doit défendre aux actions, sinon le préteur accorde les moyens prétoriens de contrainte

2° - La capitis deminutio maxima ou media.

On ne rencontre plus le système de la restitutio in integrum. Le préteur donne une action directe aux créanciers contre celui à qui est allé le patrimoine, contre celui qui a profité de la capitis deminutio, et s'il refuse de défendre à cette action, il peut être contraint par les mêmes moyens prétoriens.

Capitis deminutio maxima ou media. Le préteur accorde une action directe.

Donc, de toute façon, celui qui acquiert le patrimoine d'un capite minutus, ne peut le garder qu'en payant les dettes qui grèvent le patrimoine. L'équité est respectée.

Source : BIU Cujas

Section 3 - Nature juridique de la capitis deminutio

Nous sommes maintenant assez avancés dans l'étude de l'institution pour résoudre le problème posé in limine : Comment faut-il comprendre la capitis deminutio? Est-elle une diminution de capacité, comme le veulent Savigny et Bisele? Est-ce au contraire une destruction, un anéantissement de la personnalité ? Aujourd'hui le doute n'est plus possible depuis la dernière lecture du paragraphe 162 in fine du Com. I de Gaius. En effet, ce texte dit qu'il y a autant de capitis deminutiones que non seulement de mancipations , mais encore d'affranchissements, or, dans l'affranchissement, il n'y a pas diminution de capacité puisque la situation s'améliore.

Malheureusement, la difficulté n'est pas épuisée. S'il est certain qu'il s'agit d'un anéantissement de la personnalité, comment faut-il comprendre cet anéantissement de la personnalité? Nous rencontrons la théorie traditionnelle et une nouvelle théorie lancée par M.Desserteaux.

Dans la théorie traditionnelle, c'est une mort civile.

D'après la théorie traditionnelle, celle de Girard, il faut voir, dans cet anéantissementde la personnalité, une véritable mort civile. En effet, cette théorie traditionnelle se ramène aux deux idées que voici :

C'est une fiction de mort.

1° - La capitis deminutio est une sorte de mort, une fiction de mort. On retrouve cette fiction des plus nettement dans les textes classiques. Un texte des Institutes de Gaius, donc pur, 3.153, déclare que les droits de la société s'éteignent, et voici la raison donnée par Gaius; Quia civili ratione, capitis diminutio morti coaequatur, parce que, au point de vue de la raison fondée sur le droit civil, la capitis deminutio équivaut à la mort.

Textes en ce sens.

D'autre part, un texte d'Ulpien,Digeste 24.I.32.6., à propos de la capitis deminutio maxima s'exprime ainsi ; Quamvis morti servitus comparetur, bien que l'esclavage soit égal à la mort; et un autre texte d'Ulpien, Digeste 37.4.I.8,à propos des déportés frappés de capitis deminutio media,s'exprime ainsi : Deportatos enim mortuorum loco habendos. En effet, les déportés doivent être considérés comme morts.

Source : BIU Cujas

C'est une fiction au point de vue du droit civil.

2ème idée : Cette fiction de mort n'a d'effet qu'au point de vue du droit civil. C'est donc une mort civile. Gaius dit, 3.153, civili ratione, et il est encore plus explicite dans le passage précité, I.158.

Théorie de Desserteaux.

Telle est la théorie traditionnelle sur la nature juridique de la capitis deminutio. Cette théorie a été combattue par M. Desserteaux dans son ouvrage général intitulé "Etudes sur la formation historique de la capitis deminutio, Tome II, Evolution et effets de la capitis deminutio, 1° partie, parue en 1919 et 2° partie 1926. Voir le compte rendu de Michon, Nouvelle revue historique, 1919, page 666, pour la première partie, et Revue historique de droit 1927, page 133, pour la seconde partie.

Pour M. Desserteaux, il serait absolument inutile d'invoquer la fiction de mort pour faire comprendre les effets de la capitis deminutio à l'époque classique.

Les effets de la capitis deminutio minima s'expliqueraient par le droit commun.

En ce qui concerne d'abord la capitis deminutio minima, M. Desserteaux porte son argumentation sur le cas particulier de l'adrogation. Les effets de la capitis deminutio, déclare-t-il, peuvent tous s'expliquer sans fiction de mort, par les règles du droit commun relatives au droit des personnes, principalement peuvent s'expliquer par la règle suivant laquelle l'alieni juris peut rendre meilleure la condition de son paterfamilias, mais ne peut pas la rendre pire. Prenons, déclare M. Desserteaux, le cas de l'adrogation. L'ancien paterfamilias devenu alieni juris fait acquérir tout son actif à l'adrogeant, mais il ne peut pas le rendre débiteur: c'est pourquoi les dettes de l'adrogé ne peuvent pas passer à l'adrogeant.

Capitis deminutio maxima ou media.

En ce qui concerne la capitis deminutio maxima et la capitis deminutio media, la perte de la libertas et en même temps de la civitas, et la perte de la civitas seulement, amènent en principe, et sans aucune fiction de mort, l'extinction de tous les droits du condamné, aussi bien les droits publics que les droits privés.

Réfutation de la théorie de Desserteaux.

Convient-il d'accepter la théorie nouvelle de M. Desserteaux ? Tout en rendant hommage à son ingéniosité peut-être un peu trop subtile, M. Fliniaux ne croit pas pouvoir l'accepter pour deux raisons :

Elle n'explique pas la libération des dettes de l'adrogé.

1° - En ce qui concerne la capitis deminutio minima, par exemple, l'adrogation, non seulement l'adrogeant recueille l'actif et n'est pas tenu des

Source : BIU Cujas

dettes, mais l'adrogé est libéré de ses propres dettes. Il est impossible d'éviter, Gaius, 3.84, quia per capitis deminutionem liberetur. Or, ce n'est pas là le droit commun . N'en déplaise à M. Desserteaux, à l'époque classique le fils de famille, nous l'avons vu, est tenu civilement de ses dettes.

Les textes classiques admettent l'idée de mort en cas de capitis deminutio maxima et media

2° - Sur le terrain de la capitis deminutio maxima ou media, M. Desserteaux est obligé de reconnaître qu'on trouve déjà chez les juristes du IIème et du IIIème siècle après J.C., par conséquence de l'époque classique, les premières traces d'une comparaison avec la mort, principalement dans le cas d'entrée en servitude pénale, des servi poenae.

Chapitre II

ORIGINE ET HISTOIRE DE LA CAPITIS DEMINUTIO

La question de l'unité originelle de la capitis deminutio.

La question des origines de la capitis deminutio a suscité la curiosité des interprètes du droit romain. On s'est demandé principalement s'il n'était pas possible de réduire à l'unité la division tripartite de Gaius quant aux causes de capitis deminutio. Voici un petit tableau succinct des opinions diverses. Sont très rares ceux qui admettent l'égale ancienneté des trois causes de capitis deminutio. Les autres auteurs ont essayé de réduire à un ou deux les cas de capitis deminutio, par exemple Mommsen et Pernice, pour qui les trois causes de capitis deminutio de l'époque classique se ramènent à deux degrés, la capitis deminutio major et la capitis deminutio minor. Puis d'autres auteurs, Krueger et Eisele, ont essayé de ramener tous les cas de capitis deminutio à un principe unique, celui de la capitis deminutio minima qui serait la plus ancienne.

Théories diverses.

Théorie de Desserteaux.

Enfin, récemment, M. Desserteaux a consacré à cette question le premier volume d'un grand ouvrage, tome I, Ancienneté respective des cas et des sources de la capitis deminutio, 1909, Compte rendu de M. Michon. Nouvelle revue historique, 1909, page 352.

Sa méthode.

M. Flinlaux se déclare séduit par la méthode employée par M. Desserteaux, la méthode dite de régression, qui est un procédé particulier de la méthode historique et qui consiste à prendre une institution au milieu de son histoire, principalement à son apogée, puis à remonter le plus haut possible dans le passé.

Le point de départ de Desserteaux, c'est

Source : BIU Cujas

la capitis deminutio ressuscitée avec Gaius. C'est,

La division tripartite de Gaius.

en effet, Gaius qui le premier nous met en présence de la division tripartite de la capitis deminutio. Commençons avec M. Desserteaux par appliquer à la capitis deminutio minima la méthode de régression.

La capitis deminutio minima résulte de toute mutatio familiae.

D'après Gaius,159, il y a capitis deminutio minima, toutes les fois qu'il y a mutatio familiae. Le capitis deminutio minima a donc lieu, à l'époque de Gaius, indistinctement en cas d'adrogation et conventio in manum, d'adoption, d'émancipation et d'entrée dans le mancipium et aussi en cas de sortie du mancipium, Gaius.I.162.

Remontons maintenant dans le passé.Ici il n'y a plus de documents fournis par les sources juridiques. Nous ne pouvons utiliser que des sources littéraires : Cicéron, Aulu-Gelle.

A l'époque de Cicéron,elle ne résulte que de l'entrée dans le mancipium.

On s'aperçoit qu'à l'époque de Cicéron la capitis deminutio tout court, on ne dit pas encore minima, n'est pas attachée à toute mutatio familiae. Au temps de Cicéron, il n'y a de capitis deminutio minima que quand il y a entrée dans le mancipium. Conséquences : 1° - L'adrogation et la conventio in manum, qui ne comportent pas d'entrée dans le mancipium, ne produisent pas de capitis deminutio à l'époque de Cicéron.

2° - Point admirablement indiqué par M. Desserteaux. Cette idée est la seule façon d'expliquer un passage d'Aulu-Gelle, Nuits attiques 20, 9,18, nous apprenant que Labéon disait formellement

Cas de la vestale.

que la Vestale sortait de la patria potestas, donc de la famille,sans encourir de capitis deminutio. Cette anomalie était une énigme insoluble, avec la capitis deminutio résultant de toute mutatio familiae. Avec la théorie de M. Desserteaux, l'explication est toute simple, il n'y a pas capitis deminutio, parce qu'il n'y a pas entrée dans le mancipium. Quand la capitis deminutio a été, après Cicéron, attachée à toute mutatio familiae, le cas de la vestale, qui appartenait au droit primitif, avait disparu. Passons avec M. Desserteaux aux deux autres cas.

La capitis deminutio media n'existe pas à l'époque de Cicéron

La capitis deminutio media n'existe pas encore au temps de Cicéron. Elle ne s'est dégagée qu'au commencement de l'empire, quand l'interdiction de l'eau et du feu est devenue une peine privative de la cité.

La capitis deminutio maxima n'existe que pour

Quant à la capitis deminutio maxima,elle existe à l'époque de Cicéron, mais pour un cas seulement,celui de la vente trans Tiberim (voleur manifeste prisonnier pour dettes) et ici encore sans aucune dé-

Source : BIU Cujas

nomination spéciale.

l'entrée en servitude.

Donc pour M. Desserteaux, à l'époque de Cicéron, nous nous trouvons en présence de deux causes de capitis deminutio, non encore qualifiées, qui se ramènent, l'une à l'entrée en servitude, l'autre à l'entrée en mancipium.

C'est la plus ancienne source.

De ces deux sources, quelle est la plus ancienne? C'est le cas d'entrée en servitude. A l'origine, la condition de la personne in mancipio ne se distinguait pas, nous l'avons vu, de celle de l'esclave. Ce n'est que plus tard que, de l'idée primitive d'entrée en servitude, est sortie l'idée d'entrée dans le mancipium. Nous avons alors deux cas de capitis deminutio qui sont devenus, postérieurement à Cicéron, des capitis deminutiones qualifiées avec des épithètes : magna et minor. La capitis deminutio magna se produit quand on perd la liberté et en même temps la cité, la capitis deminutio minor se produit quand on garde la liberté et la cité. Enfin vint ensuite s'intercaler entre les deux la capitis deminutio media, et nous voilà revenus à notre point de départ.

Les capitis deminutiones magna et minor.

Destinées de la capitis deminutio dans le droit romain postérieurement au droit classique.

La capitis deminutio minima disparut la première, pratiquement par un phénomène de disparition par inanition. En effet quand la cognation de plus en plus l'emporta sur l'agnation, l'intérêt pratique attaché à cette capitis deminutio disparut. Quant aux capitis deminutiones media et maxima, elles se maintinrent, pour les déportés, pour la servitude pénale, Cons. Desserteaux, tome III. La capitis deminutio dans le droit byzantin, 1929, compte rendu de Michon, Revue historique de droit, 1928, pp. 696 et suivantes.

Droit moderne

La mort civile dans le Code civil.

De la capitis deminutio du droit romain et spécialement de la capitis deminutio media et maxima dérive la mort civile qui, jusqu'à la loi du 31 mai 1854, accompagnait certaines condamnations à des peines afflictives perpétuelles, Code civil, art. 22 à 33, abrogés par la loi de 1854. L'article 25, qui énumère les effets de la mort civile, fait songer aux effets de la capitis deminutio du droit romain. C'est au moyen âge que la mort civile apparut avec le caractère d'institution positive et pénale et ce fut

Source : BIU Cujas

là le résultat du travail des glossateurs sur les textes romains relatifs à la capitis deminutio maxima et media.

F I N

Source : BIU Cujas