45859

RÉPÉTITIONS ÉCRITES
Pour la Préparation de tous les
EXAMENS DE DROIT

1929-1930

RÉPÉTITIONS ÉCRITES

DE

DROIT ROMAIN

rédigées d'après le Cours et avec l'autorisation

de

M. FLINIAUX

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

Professeur à la Faculté de Droit de Paris

Première Année

3 DEC 1929
DÉPOT LÉGAL
Bibliothèque
A 11875

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

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

Source : BIU Cujas

Source : BIU Cujas

D R O I T R O M A I N (1ère ANNEE)

INTRODUCTION.

FACULTE DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHEQUE

Esprit juridique des Romains.

L'oeuvre qui appartient en propre à Rome, c'est son droit. Jhering, Esprit du droit romain trad. Meulenaere I, 424: "Pour les Romains, le droit était ce que la religion était pour le peuple hébreu, 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". Le peuple romain est donc avant tout un peuple de juristes, c'est-à-dire de gens versés dans la science du droit. Mais qu'est-ce que le Droit?. Voici la définition du droit; le droit est l'ensemble des règles qui régissent les rapports des hommes vivant en société, et qui sont rendues obligatoires au moyen de sanctions positives.

Définition du droit.

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

1° - Le droit apparaît partout où existe un groupement humain, une société.

2° - Les règles du droit sont rendues obligatoires au moyen de sanctions positives. C'est par là que le droit se distingue de la morale. La morale est l'ensemble des règles de conduite qui sont tenues pour obligatoires par la très grande majorité des hommes. Il y a donc une ressemblance indéniable entre la morale et le droit puisque tous deux édictent des règles de conduite qui sont obligatoires.

La morale et le droit.

Mais le caractère obligatoire n'a pas le même effet, suivant qu'il s'agit de règles du droit ou de la morale. La loi morale est imposée par la conscien-

Source : BIU Cujas

ce et elle a pour unique sanction la réprobation qui s'attache à tout acte condamné par elle, tandis que le droit comporte une sanction positive. Celui qui ne veut pas observer une règle de droit peut être l'objet d'une contrainte par la force.

Le plus souvent une règle de morale est en même temps une règle de droit. A 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 théorie 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. A l'inverse, une règle de droit est le plus souvent une règle de morale. Toutefois il y a des choses permises par le droit et condamnées par la morale. Il peut en être ainsi quand l'unité sociale l'exige. 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 l'immeuble, quand on est ce qu'on appelle de mauvaise foi.

Distinction du droit privé et du droit public.

Nous n'avons pas l'intention de passer aujourd'hui en revue toutes les grandes divisions du droit. 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 intérêts 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..... exemples de matières rentrant dans le droit public: l'organisation de l'Etat, la forme de l'Etat, les pouvoirs de l'Etat sur les individus. 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, dont nous venons de donner une idée

Source : BIU Cujas

L'élaboration du droit.

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.

Ses représentants.

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, Pufendorf; en Angleterre, Locke; en France, Domat. Cette conception fut reprise par les philosophes du XVIIIème siècle (Rousseau).

La conception historique du droit.

A cette conception rationaliste du droit s'oppose l'autre conception, que nous appellerons la conception 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 S. 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 1, chap. 3).

L'école historique du droit.

Cette conception s'est affirmée avec force au début du XIXe siècle, avec 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 nous citerons au premier plan, Paul Frédéric Girard.

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. Desons-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 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 2000 ans avant J.C., ou le droit hittite (Code hittite vers 1350 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.

Son double intérêt.

Pourquoi étudie-t-on le droit romain? Pourquoi enseigne-t-on le droit romain dans les Facultés de droit français. 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.

Son intérêt historique.

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

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.

I° - 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.

Source : BIU Cujas

Les sources du droit romain.

Parmi ces documents, on peut distinguer les deux groupes suivants, distinction très importante pour l'histoire générale du droit romain: a) les sources préjustiniennes, c'est-à-dire les sources antérieures aux compilations de l'empereur Justinien. (Nous aurons bientôt l'occasion de rencontrer un autre sens du mot sources. Ici, il faut entendre par sources, des documents renfermant des renseignements sur le droit).

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:

I° - 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.

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:

I° - Jusqu'à la chute de l'empire romain

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

Durée de l'empire romain.

I° - 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 souvent 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 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 l'Espagne, à une partie des Etats balkaniques à l'Asie Mineure (Turquie, Syrie, Palestine) à l'Egypte, à la Lybie, à la Tunisie, au Maroc, c'est-à-dire au bassin de la Méditerranée.

2° Après la chute de l'empire romain.

La chute de l'empire romain n'a pas entraîné la disparition du droit romain dans tous les pays qui

Le droit romain dans les royaumes barbares.

en faisaient partie. Quand l'empire d'Occident s'effondra à la fin du V° siècle après J.C., sous la poussée des invasions barbares (des Goths, Wisigoths, Burgondes, Vandales, etc) le droit romain n'a pas été écarté du même coup. Certains rois barbares sentirent le besoin de faire des recueils pratiques de droit romain pour leurs sujets gallo-romains. Exemples: 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, recueil de constitutions impériales fait par l'empereur Théodose II.

dans l'empire byzantin.

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

en Occident.

Après la chûte de l'empire d'Occident, la législation de Justinien fut même introduite en Italie, à la suite des victoires remportées par ses généraux sur les Goths (constitution de 554, appelée des mots par lesquels elle commence, Pro petitione Vigilii, sur la demande de Vigilius, le pape qui siégeait à Rome à cette époque.

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

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS BIBLIOTHÈQUE

La Renaissance du droit romain en Italie.

Après une longue éclipse, ou peut-être après y avoir vécu d'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, événement capital, a-t-on pu écrire, pour l'histoire de la civilisation des peuples modernes.

L'école de Bologne.

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'empereur 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 1125. Il forme avec ses successeurs (les quatre docteurs, ses disciples Bulgarius, Martinus,

Source : BIU Cujas

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 Canterbury appela au milieu du XII° siècle en Angleterre Magister Vicarius, Maître Vicarus, 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 1258) 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.

La Renaissance en France.

b) A la France. C'est une partie de l'histoire de nos Universités que nous allons en même temps évoquer. 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 1289. 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 dans le Midi de la France, dans les régions qu'on appela "pays de droit écrit".

Les pays de droit écrit.

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 I2I9 l'enseignement du droit romain dans cette Université. Cette interdiction d'ailleurs ne fut pas du tout

Création des Universités.

Source : BIU Cujas

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 avec éclat en Juin dernier 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 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."

Les décrétistes à l'Université de Toulouse.

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.

Ces professeurs, de Toulouse, allèrent ensuite enseigner le droit romain à l'Université d'Orléans, dont la fondation remonte à 1235. 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 partiellement dans le Nord, dans les pays de coutumes, jusqu'à la rédaction du Code civil de 1804.

Applications du droit romain.

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 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 cul-

La réception du droit romain en Allemagne.

Source : BIU Cujas

tuels 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 1900, du Code Civil allemand, le Burgerliches Gesetzbuch (par abréviation B.G.B.)

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 des détails une bibliographie sur cette matière très intéressante et très importante.

Bibliographie

Comme ouvrages où l'on trouvera des renseignements généraux, citons: Savigny, Histoire du droit romain au Moyen âge, 1815-1831, traduction française 1839; un ouvrage récent, écrit en anglais, de Sir Paul Vinogradoff, d'origine russe, professeur à l'Université d'Oxford, aujourd'hui décédé, auteur du livre. Le droit romain dans l'Europe du Moyen âge, 2° édition, 1929, donnée par un autre professeur de droit romain à Oxford, Mr. de Zulueta qui porte le titre de Magister regius, titre des professeurs de droit romain à l'Université d'Oxford, qui remonte au Moyen âge.

Comme ouvrages spéciaux, citons: pour la France et l'Italie, l'excellent petit manuel de Mr. Ernest Perrot, Précis élémentaires d'histoire du droit, Collection de la licence en droit, Librairie du recueil Sirey, dont le premier fascicule vient de paraître, notamment pages 198, 207, 347. Spécialement pour la réception du droit romain en Angleterre, on pourra consulter l'ouvrage de Mr. Lévy-Ullmann. Le système juridique de l'Angleterre, tome 1, 1928, page 295 et le compte-rendu par Mr. E. MEYNIAL, dans la revue historique de Droit 1928 p. 487 du livre de M. de Zulueta: Le "liber pauperum" de Vacarius.

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:

1° - Le droit romain constitue la meilleure préparation à l'étude du droit moderne.

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

1° - Le droit romain constitue la meilleure préparation à l'étude du droit moderne. Il n'est pas besoin d'insister sur ce point, après tous

Source : BIU Cujas

les détails que nous avons donnés sur l'histoire du droit romain après la chûte de l'empire romain. Le droit romain a exercé une influence prépondérante sur la formation du droit moderne. Le Code civil français de 1804 est à la fois à 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 des Codes de pays de race germanique, le Code civil hollandais. Et pour ce qui est des Codes les plus récents, le Code civil allemand, entré en vigueur en 1900, le Code civil suisse, entré en vigueur en 1912 et appliqué aujourd'hui en Turquie, nombre de leurs dispositions ne peuvent se comprendre qu'avec la connaissance du droit romain. Dans les Universités allemandes, on continue à étudier le droit romain avec la même ferveur qu'avant la promulgation du Burgerliches 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, c'est-à-dire de la fin de la République jusqu'aux empereurs Sévères, 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 classification 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. Voici le témoignage d'un praticien, d'un civiliste moderne: Laurent Principes de droit civil, I, page 40, écrit: "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 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.

Le droit romain, instrument d'éducation juridique.

Méthode à suivre dans l'étude du droit romain.

Si nous laissons de côté la méthode exégétique, 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 rencon-

La question des méthodes.

Source : BIU Cujas

trons 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 mises, Les Pandectes 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 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 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, 149?-1550 Faculté de droit de Paris 1926); en France, Guillaume Budé et surtout Cujas, grand jurisconsulte et en

Source : BIU Cujas

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 aux XVII° et XVIII° siècles, 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.

I° - 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 Gelle 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, le texte authentique de plusieurs monuments législatifs romains de la plus haute importance.

Il faut y joindre les fameux papyri égyptiens trouvés dans les sarcophages.

Critique 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:

Source : BIU Cujas

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'authenticité 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 soit-disant lois royales. Dans l'histoire du droit français, on trouve aussi de faux capitulaires et de fausses décrétales.

Documents apocryphes.

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.

Interpolations.

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.

2° - Cette sélection étant faite entre les documents, un autre travail de classement doit être entrepris. 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 prêteur 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 certain rôle en matière de procédure civile. Application dans ce cas de la méthode dite des dates extrêmes.

Classement chronologique.

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;

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 lacunes au moyen de la méthode comparative, qui en réalité, n'est qu'une des formes particulières que revêt la méthode his-

L'histoire comparée du droit.

Source : BIU Cujas

torique. On recherchera des indications dans le droit des peuples appartenant à un stade équivalent de civilisation, dans les droits antiques (Voir plus haut leur énumération), le droit germanique, le droit scandinave, etc,.. On utilisera dans ce but les grands travaux d'histoire comparée du droit, principalement les ouvrages allemands de Post et de Kohler.

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 la 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 encore était-il indispensable d'indiquer brièvement comment ces 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 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.

Source : BIU Cujas

Plan général du cours.

Objet des cours de droit romain.

L'objet des cours de droit romain de première et 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 (à la fois constitutionnel, administratif et criminel) et sur la procédure.

Plan du cours.

Donc 1ère 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 général du droit privé romain (à l'exclusion du droit des obligations, qui est réservé pour le programme de seconde année).

Bibliographie.

Voici quelques indications bibliographiques. Mr. Fliniaux recommande seulement les deux ouvrages suivants, qui rentrent seuls dans sa conception de l'enseignement du droit romain.

Un ouvrage purement scientifique, utile 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.

Pour ceux qui ne veulent pas dépasser la licence le Précis élémentaire de droit romain de MM. Collinet et Giffard, Ière année, 2ème édition 1928 (collection des petits Précis Dalloz).

Comme recueil de textes de droit romain M. Fliniaux recommande Paul Frédéric Girard, Textes de droit romain, 5ème édition 1923.

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

Source : BIU Cujas

2ème PARTIE

HISTOIRE EXTERNE DU DROIT ROMAIN.-

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 VIIIème 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 savants, dont les résultats sont condensés dans un ouvrage des plus intéressants: Léon Homo, professeur à la Faculté de droit de Lyon: l'Italie primitive et les débuts de l'impérialisme romain, Paris 1925, Bibliothèque de synthèse historique.

Légendes et critique.

Les villages albains et sabins.

Les fouilles entreprises vers la fin du XIX° siècle et poursuivies presque sans interruption sur le sol de la Ville Eternelle ont jeté de vives lumières sur les origines de la fondation de Rome. 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 existants. Ces villages étaient des refuges fortifiés, aménagés sur les crêtes de quelques-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 1000 ans environ avant J.C. par des Albains, sur l'éperon 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

Source : BIU Cujas

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 ils ne tardèrent pas à 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.

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, atrusco ritu, et à laquelle fut imposé le nom de Rome, qui veut dire en langue étrusque ville du fleuve. L'Etat romain était alors fondé.

Fondation de Rome.

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 deux sections distinctes:

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

2° L'organisation judiciaire et la procédure.

Chapitre I

LA ROYAUTÉ.

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 qu'a prouvé la critique moderne, depuis le grand historien Niebuhr. On trouvera une critique de certains de ces récits légendaires dans un article de Mr. Charles Appleton, Professeur honoraire à la Faculté de droit de Lyon, Revue Historique de droit, 1924.

Source : BIU Cujas

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 de 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 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.

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 données, 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 cependant 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. Ce sont les débuts de l'artisanat.

Le fas et le jus.

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. Le droit religieux s'appelle fas, et il s'oppose au droit laïque, qui s'appelle jus.

Après avoir dégagé les facteurs économiques et moraux, abordons les facteurs politiques et juridiques, qui sont très importants, et feront l'objet de deux sections.

Source : BIU Cujas

Section I -

L'organisation politique et les sources du droit.

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.

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:

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

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

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 τὸ γένος (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

I° C'est un groupement religieux, impliquant

Source : BIU Cujas

de la gens. communauté de culte et de sépulture.

2° C'est un groupement économique se révélant 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. 1° 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

Sort des étrangers. étrangers à Rome, comme chez les peuples primitifs, était très rigoureuse. Ils étaient traités comme de véritables ennemis, 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 plus tard fut employé exclusivement pour désigner un ennemi.

Les clients. 2° - Les clientes. Ce sont des hommes libres, vivant 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 les droits civiques, à savoir le connubium, mais vraisemblablement ils ne pouvaient se marier qu'entre eux; le commercium, et ils devaient aussi avoir, des textes le prouvent, les droits politiques. Ils devaient se rendre 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

Source : BIU Cujas

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.)

Rapport des clients et du patron.

Les rapports existant à Rome, entre les clients et leur patron nous sont exactement indiqués par l'historien grec Denys d'Halicarnasse, Livre II § IO. On trouvera le texte grec avec la traduction latine dans Girard, Recueil textes de droit romain 5e 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 figurait l'obligation de payer la rançon du seigneur fait prisonnier, et de supporter le coût des fêtes qu'entraînait pour lui le mariage de sa fille aînée.

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 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 connubium, pas le commercium. L'absence de droits civiques avait pour corollaire l'absence de droits 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.

Quelle était l'origine de la plèbe?

Le problème est des plus difficile à résoudre: il est même insoluble. Cependant il a été étudié

Source : BIU Cujas

passionnément dans ces derniers temps dans tous les pays. C'est le livre de Binder, Die Plebs, I909, 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 vraisemblable. Elle a été exposée par Léon Homo, Les institutions politiques romaines, Paris I927 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 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.

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 sont la guerre et la naissance.

L'esclavage.

Ses sources.

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.

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

Source : BIU Cujas

Les modes d'affranchissement.

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.

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

1° - 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 de gouvernement.

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

1° - Avant la réforme attribuée à Servius Tullius.

2° - Après cette réforme.

1° Période. Avant la réforme attribuée à Servius Tullius.

Comment se présente la constitution politique de la Rome primitive ?

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° - Le roi est chef de l'armée. Il commande les citoyens en temps de guerre, il les conduit à l'ennemi.

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

L'imperium.

Mais à Rome, le pouvoir du roi, l'imperium est un pouvoir tempéré. C'est, suivant la formule

Source : BIU Cujas

romaine, un imperium legitim, ce que nous appelons aujourd'hui en droit public moderne, un pouvoir constitutionnel.

Tempéraments au pouvoir du roi.

En effet, deux institutions politiques des plus importantes, venaient tempérer et contrôler en quelque sorte le pouvoir du Roi.

I° - 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. On tend à penser qu'ils étaient nommés par le roi. Pour les affaires importantes, le roi ne doit pas prendre de résolution, sans avoir demandé l'avis du Sénat, qui joue ainsi le rôle de conseil du roi. Mais 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.

2° - Le deuxième rouage qui sert de tempérament, de frein, aux pouvoirs du roi, est l'assemblée du peuple. Il porte le nom technique de comitia comices. L'assemblée du peuple était constituée 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.

L'assemblée du peuple.

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 10 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.

Les trois tribus.

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

Source : BIU Cujas

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 comparait 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, 16, 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 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 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 cinq classes de citoyens.

Les centuries de juniores et de seniores.

La I° classe était constituée par les

Source : BIU Cujas

La Ière classe.

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 I° classe formait 40 centuries de juniores et 40 centuries de seniores, au total 80 CENTURIES.

La 2ème classe.

La 2° 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 3ème classe.

La 3° 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 4ème classe.

La 4° 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 5ème classe.

Enfin la 5° 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.

Le total général était de 170 centuries.

Les cavaliers.

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

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 donc de savoir comment les centuries étaient réparties pour le vote.

Mode de votation des centuries.

D'abord les 18 centuries de cavaliers ouvraient le vote, comme elles ouvraient le combat. Puis les fantassins votaient par classe: d'abord les 80 centuries de la I° classe, puis les 20 centuries de la 2° classe, puis les 20 centuries de la 3°, puis les 20 centuries de la 4°, puis les 30 centuries de la 5° et, pour terminer, les 5 centuries d'accensi velati.

Les cavaliers et la Ière classe ont la majorité.

Il était inutile de continuer l'appel des centuries, quand la majorité était atteinte. Ce résultat était obtenu, quand les 18 centuries de cavaliers et les 80 centuries de la I° classe avaient voté dans le même sens. Cela faisait en effet 98 centuries, c'est-à-dire plus de la majorité des 193 centuries. Donc, fait important au point de vue politique et social, le vote était ordinai-

Source : BIU Cujas

rement terminé après l'appel de la I° classe, les dernières classes ne votaient presque jamais. Ainsi cette constitution, d'apparence démocratique, était en réalité une constitution foncièrement aristocratique.

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

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.

Portée de la réforme de Servius Tullius.

D'après la critique la plus récente (Voir les pages remarquables de Homo, Institutions politiques romaines, pages 13 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.

II - Les sources du Droit.

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 prendre ce mot dans une acceptation nouvelle: les modes de formation du droit.

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

A l'époque royale, on ne rencontre pas comme source du droit, 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

Source : BIU Cujas

comices par centuries, s'ils existaient, que les comices par curies, ne faisaient pas de lois comme nos assemblées parlementaires modernes.

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 réunis).

Ils interviennent sur des questions particulières.

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

Une première objection touche les comices curiates. Un jurisconsulte du temps de l'Empire, Pomponius, nous affirme l'existence de lois royales, qui auraient été votées par les comices curiates. Un recueil de ces lois aurait même été fait par un personnage vivant au début de la République, Papirius.

Les lois curiates et le recueil de Papirius sont apocryphes.

Mais la critique moderne a remis les choses au point, en démontrant que le recueil attribué à Papirius était une publication apocryphe de la fin de la République ou du temps d'Auguste. Par suite, l'affirmation de Pomponius n'a plus de valeur.

Une deuxième objection ne vise que les comices centuriates. Denys d'Halicarnasse, 4,10, rapporte que Servius Tullius aurait fait voter au peuple réparti en centuries 50 lois sur les contrats et les délits. Ce sont 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.

Les soit-disant lois centuriates.

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

La coutume.

Source : BIU Cujas

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'organisation 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.

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

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'in-

Source : BIU Cujas

dividu 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 laGrèce 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

Bien plus, aujourd'hui encore, dans notre siècle de belle civilisation, nous rencontrons encore,à titre exceptionnel, dans les états 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 il 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 justice privée en droit moderne

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 coté 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 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. 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.

La justice privée à Rome dans les rapports entre particuliers

Source : BIU Cujas

Il en a été de même quand une notion du droit rudimentaire 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 croit propriétaire, ce dernier le met à la porte.

Tempéraments à la justice privée

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?

Le système des compositions volontaires

I°- En matière de délits, on voit s'établir la pratique du rachat de la vengeance 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.

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 réglementer 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 facultatif.

3°- Tempérament, très important pour l'histoire du droit international d'aujourd'hui. Il s'est arrêté à ce stade inférieur qui marque cependant un progrès, par rapport à la guerre. C'est l'arbitrage facultatif. Les parties s'entendent ppur charger une tierce personne appelée arbitre 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:

I° - Quand le roi agit comme chef de l'administration, dans les litiges d'ordre adminis-

Source : BIU Cujas

Les litiges d'ordre administratif.

tratif. L'Etat est à la fois juge et partie. Cela paraît exorbitant. Cependant aujourd'hui, 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 chef de la religion, réprime les délits publics.

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.

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 y a eu aussi des délits intéressant les simples particuliers, par exemple, le meurtre. Le meurtre se trouve en dehors de toute répression publique à l'origine. Il donne naissance exclusivement, à la vengeance de la famille du mort. Mais il arriva un moment où l'Etat, devenu assez fort, 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, et qui continuèrent à être soumis au régime de la vengeance privée, avec le tempérament du rachat de la vengeance privée , délits qu'on appelle délits privés.

Distinction des délits publics et des délits privés.

Qu'est-ce qui amena l'Etat à la répression publique de certains délits ?

Source : BIU Cujas

C'est vraisemblablement l'idée que voici.

Le meurtre.

L'évolution s'est faite à propos du meurtre. Le meurtre volontaire d'un membre de la cité finit par être considéré comme portant atteinte à l'inviolabilité de la vie humaine et constituant une véritable offense aux dieux. Le roi est venu le réprimer comme chef religieux. Il en fut de même aussi de l'autre délit public; l'incendie volontaire, car il comporte des risques de pertes de vies humaines.

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, 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 ? 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 plus ou moins active de l'autorité publique.

Les procédures judiciaires.

A Rome, la première de ces procédures fut celle du sacramentum. Nous allons en donner une notion générale. Nous la retrouverons dans l'époque postérieure. Les deux plaideurs affirmaient devant le roi leur bon droit par serment, sacramentum. Le roi recherchait alors duquel des deux plaideurs le serment était juste, sacramentum justum, et duquel il était injuste, sacramentum injustum. Car nécessairement l'un des deux plaideurs avait juré à tort, avait commis un faux serment, et c'est ainsi que la question de droit qui divisait les parties, droit de propriété, droit de créance, était tranchée indirectement par le roi.

Le sacramentum.

Comment expliquer cette procédure, et par

Source : BIU Cujas

là même le passage, en matière civile, de la justice privée à la justice publique ? Nous rencontrons deux explications différentes.

C'est un biais pour forcer le roi, chef de la religion, à trancher le litige.

I° Explication. C'est celle de P.F. Girard, Histoire de l'organisation judiciaire des Romains, I, page 41. La procédure du sacramentum, serait tout simplement un biais, un subterfuge, dont les parties se sont servies pour amener le chef de l'Etat, le roi, à s'intéresser à la solution d'un litige d'ordre exclusivement privé qui les divisait. Pour obliger le roi à intervenir, les parties font un double serment relatif à la prétention juridique de chacune d'elles. Il met le roi, en sa qualité de chef religieux, en demeure de rechercher qui a raison en droit, pour savoir qui a commis le parjure.

Il implique l'idée d'arbitrage à la fois facultatif et obligatoire.

2° Explication. C'est celle professée à son cours par Mr. Giffard. Le sacramentum serait, si on l'analyse en détail, une procédure impliquant encore l'arbitrage facultatif, donc se rattachant encore au système primitif de la justice privée, mais dans laquelle apparaît déjà l'idée nouvelle d'arbitrage obligatoire.

Ces deux explications paraissent à M. Flinïaux mériter d'être retenues l'une et l'autre, car chacune d'elles permet de rendre compte des traits originaux qu'a présentés longtemps la procédure civile romaine.

Le procès romain suppose un accord des parties.

Le procès civil romain, en effet, d'une part, implique une entente, un accord entre les parties, d'autre part, une collaboration des parties avec le magistrat, et cette collaboration ou cette entente, se révèlent principalement aux deux points de vue suivants:

I° - 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.

Il n'y a pas de procédure par défaut.

2° - Pendant très longtemps, 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.

Source : BIU Cujas

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 fameuse 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.

I° - Jusqu'à la fin de la première guerre punique (513 de Rome, 241 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 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, qui eurent une énorme importance tant au point de vue politique, qu'au point de vue moral, économique et juridique, 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.

Ces conquêtes eurent de grandes conséquences, tant au point de vue économique qu'au point de vue moral. Ce sont ces facteurs économiques et moraux que nous devons dégager.

Conséquences économiques des conquêtes.

I° - Au point de vue économique, les grandes conquêtes 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

Source : BIU Cujas

Disparition de la classe moyenne agricole.

qui disparaît presque complètement, à la suite des conquêtes, pour les trois raisons suivantes:

Ses causes.

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

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

Les grands domaines.

I° - 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, 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 des banquiers et autres "manieurs d'argent", principalement les publicains ou fermiers de l'impôt.)

Le commerce d'importation et de l'argent.

Source : BIU Cujas

La morale se sépare de la religion.

L'influence de la civilisation grecque.

Sa pénétration dans le droit romain par la philosophie grecque.

Les ambassadeurs philosophes d'Athènes.

2° - Au point de vue moral. La morale à Rome, à l'époque républicaine tend à se séparer de la religion, à devenir purement philosophique. 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 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 plu à nous montrer autour de Scipion 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 morale et de la philosophie grecque dans le droit romain.

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 de désigner comme ambassadeurs les trois membres les plus célèbres de ses écoles philosophiques: le péripatéticien Critolaos, le stoïcien Diogène 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,

Source : BIU Cujas

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".

Vaine réaction de Caton l'Ancien.

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 sénatusconsulte enjoignant aux philosophes "de retourner dans leurs écoles disserter avec les enfants des Grecs".

Mais Caton ne fut pas assez fort pour empêcher le mouvement de se propager dans l'élite.

L'éclectisme de Panaetius.

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.

Il reste à étudier les facteurs politiques et juridiques.

Section I - Organisation politique et sources du Droit.

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, et enfin, entre ces deux catégories, des hommes qui sont libres, mais ne l'ont pas toujours été; les affranchis.

Etudions ces différentes catégories au point de vue juridique.

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.

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:

L'enfant légitime suit la condition du père.

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.

1° 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.

1° - Condition privée.

Le citoyen romain a seul la pleine jouissance du jus civile, c'est-à-dire du droit exclusi-

Source : BIU Cujas

Le citoyen jouit du jus civile.

vement propre aux citoyens. Or, le jus civile comprend à l'époque républicaine les trois éléments essentiels suivants:

Le connubium

I° - Le connubium, 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 des citoyens

Droits politiques des citoyens.

I° - Les citoyens romains avaient d'abord 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 d'indiquer les causes qui, sans toucher à la liberté, faisaient perdre à Rome la cité.

Autres causes

I° - 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 I7 et I8 du Code civil français.

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

Source : BIU Cujas

§ 4 - Différentes classes de citoyens

On ne trouvera pas ces développements dans les manuels courants.

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

Formation de la nobilitas.

des mariages mixtes, depuis la loi Canuleia. Peu à peu, ces familles s'étaient fondues en une aristocratie nouvelle, la noblesse patrio-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 curale. 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.

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

Les equites equo publico.

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 présu-

Les equites equis privatis.

més 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 des chevaliers.

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

Source : BIU Cujas

II - Les Etrangers.

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 developpements 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 : I° 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, 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 II autres, d'où le nom de duodecim coloniae pour les désigner.

Source : BIU Cujas

§ 2 - Les conditions 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 connubium.

1°- Les Latini veteres avaient soit tous, soit pour la plupart, le connubium 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, Chapitre 52I et suivants, (Girard, Textes, 5° éd. page I09) 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 Romains sont régis par leur loi nationale.

Les Latins ont le commercium et la legis actio.

2°- Les Latins avaient tous le commercium.

3°- Les Latins avaient tous la régis actio.

B- Condition politique

Ils ont le droit de vote

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: On pouvait perdre la qualité de Latin pour prendre une condition pire; par exemple, on pouvait cesser d'être Latin pour devenir esclave. On peut dire

Source : BIU Cujas

que toutes les causes qui entraînaient la perte de la liberté avaient pour conséquence de faire perdre également le titre de Latin. On pouvait cesser d'être Latin pour devenir pérégrin. Il en était ainsi, quand un Latin encourait une peine particulière, l'interdiction de l'eau et du feu.

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.

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

Le bienfait de la loi.

I° - 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'interêt 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.

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.

II - 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 mauvaise 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 à la capitulation une situation acceptable, en les rattachant à une cité.

Pérégrins sine civitate.

2°- Les pérégrins sine civitate, ou pérégrins dediticii. Ce sont ceux pour lesquels les Romains n'avaient pas beaucoup d'estime, ceux qui s'étaient rendu à merci(se dedere d'où le mot dediticii).Ils ne sont pas rattachés à une cité.

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

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

Les pérégrins cum civitate gardent leur loi locale.

Il faut faire la distinction suivante En ce qui concerne les rapports des pérégrins appartenant à une même cité, les peregrini cum civitate, ils restaient soumis à leur loi nationale.

Portée du jus gentium.

La question n'est donc importante pour le jus gentium que pour les rapports des pérégrins appartenant à des cités différentes et dans les rapports

Source : BIU Cujas

des pérégrins avec les citoyens romains. Il faut qu'ils puissent vivre les autres pérégrins et avec les Romains, et d'autre part, les Romains avec les pérégrins. 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 fut même aussi 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.

Le jus gentium s'applique aussi aux Romains.

3° - 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.

Les pérégrins n'ont pas la légis actio.

Comme nous le verrons en étudiant l'organisation judiciaire; 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. On perd la qualité de pérégrin pour prendre une condition pire, quand

Source : BIU Cujas

on devient esclave. Nous renvoyons aux sources de l'esclavage.

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. accorde au pérégrin qui ferait condamner un magistrat romain concussionnaire le droit de cité romaine.

La naturalisation.

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

Délégation du peuple.

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.

III - Les esclaves

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

§ 1 - Sources de l'esclavage.
§ 2 - Condition de l'esclave.

Source : BIU Cujas

§ 3 - Cessation de l'esclavage.

§ I - Source de l'esclavage.

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

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 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 des citoyens romains seuls 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 route au delà du Tibre.

Qui pouvait être ainsi vendu.

Quels citoyens pouvaient être vendus au-delà du Tibre ?

I° - Les déserteurs et les gensqui 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.

Source : BIU Cujas

§ 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, 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 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 à Rome, un riche qui possédait une Maison à Rome et des propriétés à la campagne avait une double familia.

Conditions rigoureuses 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 détail affreux sur la cruauté des maîtres, qui nous révoltent.

A vrai dire, cette nouvelle situa-

Source : BIU Cujas

tion 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 qui devenait prisonnier de guerre. Un grand publiciste contemporain, Mr. Hauriou aujourd'hui décédé, 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 808. 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. Voilà 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 me laisse indifférent, restera longtemps sans écho, en ce qui touche le sort de l'esclave.

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

La situation de fait de l'esclave qui à l'origine ne s'était pas modelé 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'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, dépouvu de toute personnalité. Cette idée entraîne des conséquences qu'il faut examiner en se plaçant aux trois points de vue suivants:

L'esclave est une chose.

I° - 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

Source : BIU Cujas

demandeur, soit comme défendeur.

I. Droit des personnes.

Le maître a sur l'esclave la dominica potestas.

1° - 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.

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

Jouir: les enfants de la femme esclave, partus ancillae, le 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 dès le VI° siècle de Rome, II° siècle avant J.C. il peut intervenir au nom de son maître, qu'il représente. Mais 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: 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.

Au principe suivant lequel l'esclave

Source : BIU Cujas

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.

Le pécule de l'esclave.

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.

Il en a la disposition.

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

III. Droit d'agir 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:

L'esclave ne peut paraître en justice.

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 liberté.

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

Le procès peut être re-

2° - La deuxième règle est celle suivant laquelle le procès tranché contre la liberté

Source : BIU Cujas

commencé.

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.

Théorie du postliminium.

Supposons un citoyen romain qui, au cours d'une guerre, est tombé 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, seuil), 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.

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

Source : BIU Cujas

Il efface les res juris.

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

Condition 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 affranchis.

Les affranchis et les ingénus.

Les affranchis sont ceux qui ont été libérés d'une servitude 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,
2° - Les affranchis latins.
3° - Les affranchis pérégrins.

I. 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.

Modes d'affranchissement à l'époque royale.

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

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.

Source : BIU Cujas

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 renfermertrouvaient leur force dans cette disposition privée. Ils revêtaient les deux variétés suivantes:

Lelegs per vindicationem.

I° - 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 dammationem, 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 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. 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

En quoi consistait exactement ce mode d'affranchissement par la vindicte?

C'était tout simplement le procès de liberté, vindicatio in libertatem, utilisé artificiellement pour donner la liberté à un homme, en ayant l'air de reconnaître sa liberté préexitante. 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'est une petite comédie judiciaire.

C'est un procès fictif de liberté.

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

Quels en 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'adsertor.

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, la 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. Alors le magistrat nommerait un juge, devant lequel il renverrait les parties.

L'addictio du magistrat.

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 aquiescement à la revendication de l'adsertor, prononcera que l'esclave est libre. Cette déclaration du magistrat, c'est l'addictio.

Dans l'affranchissement par la vindicte ce n'est pas la nécessité de résoudre un litige qui provoque l'intervention du magistrat, mais simplement le besoin de réaliser un acte juridique qui l'exige. C'est ce qu'on exprime en disant que l'affranchissement par la vindicte 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 I° 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 texte

§ 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

I° - Que le maître fût bien propriétair

Source : BIU Cujas

quiritaire de l'esclave.

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

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

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

I° - Comme membre de la société.

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

I° - 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'affanchi citoyen avait bien le connubium, mais pas avec les ingénus. Il avait en entier le commercium.

Condition privée de l'affranchi.

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.

Condition politique.

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. Les descendants de l'affranchi naissaient ingénus. Cependant le jus honorum fut longtemps refusé aux fils et petits-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.

Le fils de l'affranchi naît ingénu.

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

Les droits de patronat.

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

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

L'obsequium.

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

Source : BIU Cujas

Les operae.

a - operae officiales, services domestiques.

b - operae fabriles, ayant un caractère industriel et pécuniaire, qui sont dus aussi aux héritiers du patron, après la mort de celui-ci.

Tutelle et succession.

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

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 comices.
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, comme on les appela plus tard. 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 tous les pouvoirs du roi, mais leurs pouvoirs vont-être tempérés par deux institutions constitutionnelles des plus importantes.

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

Source : BIU Cujas

magistrature, 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 des magistratures.

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 têtes 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.

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 la police de la ville et des marchés, les deux édiles Curules crées en 387 de Rome, 367 avant J.C.

4°- Enfin pour la justice civile, très importante pour nous, le préteur, créé la même année que les édiles curules (Lois Liciniennes).

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 préteurs: le préteur urbain, chargé des procès entre citoyens romains, et le préteur pérégrin, chargé des procès entre pérégrins, ou entre pérégrins et citoyens romains.

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

La dictature

Source : BIU Cujas

limitée à six mois.

Mr. Fliniaux, en raison du bruit n'a pas fait son cours le mercredi 27 Novembre. Il a repris la suite de son cours, en laissant les matières qui auraient dû être traitées dans le cours supprimé.

II - Sources du droit à l'époque républicaine.

III 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. Parmi ces édits, ceux des préteurs, c'est-à-dire des magistrats chargés de l'administration de la justice civile, prirent une importance considérable . Les préteurs, dans leur édit, qui était affiché près de leur tribunal,

L'édit du préteur.

annonçaient à leurs justiciables, la façon dont ils rendraient la justice jusqu'à une loi très importante pour 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, car c'est dans leurs édits qu'ils faisaient part à leurs justiciables de leurs réformes. Ils 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.

IV - L'interprétation doctrinale.

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, jurispru-

Source : BIU Cujas

dentes. 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 - (9. 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.

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. Cependant leur influence a été assez grande sur le développement du droit à Rome. Sous le coup des besoins journaliers, ils 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 imaginé par les pontifes.

Les pontifes sont des avocats consultants.

Ils ont créé du droit nouveau.

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

2° Phase. On peut caractériser cette phase, en la désignant sous le nom de phase de vulgarisation. Elle commence au début du V° siècle, avec un événement 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 formu-

La phase de vulgarisation.

Cneius Flavius

Source : BIU Cujas

divulgue les formules de procédure.

les 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.

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 par 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

et le calendrier.

calendrier établi par les pontifes comportait, en face de l'indication de chaque jour, des lettres spéciales, qui indiquaient la qualité du jour au point de vue religieux et judiciaire. C'était une clef, qui n'appartenait qu'aux pontifes. Flavius l'a dévoilée aux justiciables.

Dans cette seconde période, commence à se manifester le rôle joué par les jurisconsultes

Le triple rôle des jurisconsultes.

romains. D'après Cicéron, De oratore, ce rôle des jurisconsultes était triple:

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.

Les principaux jurisconsultes.

Sextus Aelius, consul en 556 de Rome, I98 avant 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.

La phase de systématisation.

3°- Phase. C'est 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 bien

Q.M. Scaevola.

distinguer du premier, Quintus Mucius Scaevola, gouverneur d'Asie, consul en 659 de Rome, 95 avant J.C., fils du précédent Scaevola. Sur ce jurisconsul-

Source : BIU Cujas

te, qui a exercé une très grande influence sur le développement du droit, voir la thèse de Mr.Lepointe, Paris, 1926. Quintus Mucius Scaevola a composé un énorme traité de Jus civile en 18 livres, suivant la méthode dogmatique.

Servus Sulpicius.

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, 51 avant J.C.; et mourut en 711 de Rome, 43 avant J.C.. Sur ce jurisconsulte et son rôle, on pourra lire la thèse de Vernay, Lyon 1909. Parmi les élèves de Servius Sulpicius citons seulement Alfenus Varus (consulter la thèse de Mr. Outrey, Paris 1928). La plupart des jurisconsultes de l'époque républicaine ont subi l'inflence de la philosophie grecque. Certains furent les élèves du philosophe Panaetius (voir plus haut). Aussi leurs écrits s'inspirent-ils de la morale stoicienne et du raisonnement aristovelicien.

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: voilà 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 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.

Les institutes.

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.

"Les Cours de Droit" Répétitions Écrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3

Source : BIU Cujas

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 publique à la justice privée) 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 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,

Source : BIU Cujas

ou qu'il estime être ses débiteurs. Il rend lui-même justice à ceux qu'il constate être les légitimes propriétaires de biens indument 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.

Magistrats administratifs rendant la justice.

Quels sont ces magistrats?

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 maitre 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. Quand le justiciable ne se rend pas à cette convocation, le magistrat peut se servir de son pouvoir de pensio, il le fait appréhender au corps par un de ses apparitores.

La vocatio du magistrat.

Source : BIU Cujas

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 à la différence de la procédure civile, la procédure administrative connait la procédure par défaut.

Il instruit et jusge même par défaut.

Enfin, c'est la 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.

Il fait exécuter le jugement.

§ 2 - La justice criminelle.

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.

La provocatio ad populum.

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, nouveaux comices qui ne sont apparus qu'à l'époque républicaine.

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

Son champ d'application.

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.

Source : BIU Cujas

De bonne heure elle s'étendit aux fortes amendes, celles dépassant 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 ou 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.

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.

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

Quels sont ces magistrats criminels?

I° - En matière de droit commun, les quaestiores 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 entrainant une condamnation à une mulcta rogata.

Phase 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 déclarée, 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: par Varron, auteur littéraire, Delingua latina, 6.90. Il nous rapporte le formulaire usité pour cette procédure, le commentarium vetus anqui-

Source : BIU Cujas

sitionis. D'autre part, 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 par Ciceron, pro domo XVII, 45. À l'aide de ces documents, nous allons faire revivre la première phase. La procédure s'ouvre par une citation, diei dictio, fixer le jour, diem dicere(loi de Bantia, ch. 3. Girard, Textes 5° éd. p. 28). Cette citation émane du magistrat et enjoint à l'accusé de comparaître le 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.

La diei dictio.

La contio, assemblée sans pouvoir constitutionnel.

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.

Les trois assemblées.

La procédure publique. 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 provotio. Le procès va alors rebondir et nous entrons alors dans la deuxième 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.

La 2° phase.

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

Source : BIU Cujas

les comices aura simplement à confirmer ou a rejeter le jugement rendu par le magistrat. Tout est alors fini. La décision des comices est un effet irrévocable, difinitive. Il est procédé immédiatement à l'exécution de la peine.

Procès soustraits à la provocatio ad populum.

En matière criminelle, à Rome, à 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 sous traite 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 - En matière civile.

La procédure civile va nous retenir longtemps, car étudier la procédure civile, c'est

Source : BIU Cujas

en pratique, et c'est l'idée d'association, association de personnes et surtout association de capitaux, qui permet l'essor des sociétés anonymes, lesquelles sont un des principaux éléments du capitalisme moderne. La pratique de l'association ne vient pas de l'antiquité, elle vient du Moyen-Age.

Donc, s'il est permis de parler du capitalispeantique, on ne peut en parler que sous les réserves qui viennent d'être indiquées (Cf.l'ouvrage de M. Salvioli, Professeur à l'Université de Naples : Le Capitalisme antique).

A quoi se borne le capitalisme Romain.

Ce Capitalisme - si capitalisme il y a se borne à des entreprises de commerce et d'Agriculture. En ce qui concerne le commerce, d'abord, il existe trois sortes de grandes entreprises commerciales. D'abord le capitalisme commercial se fait sentir dans le commerce de l'argent, dont on a déjà parlé et qui était pratiqué par les argentarii. Un certain nombre de ces argentirii formaient des sociétés, ayant des succursales ou plutôt des agences dans les différentes places de commerce de l'Empire. Parmi les Sociétés financières, les principales sont les Sociétés de Publicains, personnages auxquels l'Etat affermait la perception de ses impôts. Ces Sociétés avaient une organisation savante, que l'on a comparé à celle de nos Sociétés par actions, bien que cette comparaison soit un peu exagérée.

Sociétés d'argentirii.

Capitalisme dans le commerce des Transports.

Un certain capitalisme existe aussi dans le commerce des transports, et spécialement dans celui des transports maritimes. Malheureusement si nous connaissons assez bien le mécanisme juridique des transports maritimes.(Cf.Huvelin -Etude de Droit commercial Romain,) l'aspect économique de ces transports maritimes nous échappe presque complètement. Nous avons seulement lieu de croire qu'il fournissait de grosses ressources à ceux qui y plaçaient leur fortune.

Commerce des esclaves.

Enfin il en est de même pour le commerce des esclaves, mais ce commerce, exercé par les étrangers, était assezdéconsidéré. C'était un peu comme notre commerce des chevaux, flétri sous le nom de maquignonnage.

Quant au capitalisme dans l'Agriculture on ne peut en parler que d'une manière un peu réservée, Cette concentration des capitaux se produit par la substitution du grand domaine à la petite propriété rurale. Anciennement le paterfamilias vivait sur ses terres, sur son petit domaine, qui suffisait à ses besoins. Il cultivait son champ de céréales, avec l'aide de sa familia et faisait paître ses bestiaux sur les paturages communs. Mais

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 ou privé qui survit dans la procédure apud judicem, de l'autorité de l'Etat, qui, elle, se manifeste dans la procédure in jure.

Survivance de l'arbitrage privé.

Le point de départ des deux systèmes n'est donc 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.

Quel système est préférable? D'après Mr. Fliniaux, qui se range à l'opinion de Mr. Wenger (ouvrage cité page 23, note I3, et article du même auteur paru postérieurementdans les Mélanges pour le professeur Hanausek, I925, page 9), la vérité se trouvait 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 de la procédure romaine, replacée dans l'histoire générale de la procédure.

Système de Mr. Fliniaux.

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.

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.

"Les Cours de Droit" Répétitions Ecrites et Orales
3, Place de la Sorbonne, 3

Source : BIU Cujas

§ I - Instance in jure.

Autorités judiciaires in 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 suivons l'ordre chronologique, pour faire apparaître successivement les différentes autorités judiciaires.

Les consuls.

I° - Pendant les premières années qui suivirent la fondation de la République, les titulaires de la juridiction civile, furent les consuls et les dictateurs. 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, et que nous appelons les décemvirs constituants, pour les distinguer d'autres décemvirs que nous allons rencontrer.

Les décemvirs constituants.

Le préteur (387 de Rome.)

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 et l'émancipation. 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 , juris dictio contentiosa, et la juridiction gracieuse, jurisdictio voluntaria.

Distribution de la juridiction gracieuse et de la juridiction contentieuse.

Le preteur a seul la juridiction contentieuse.

La juridiction contentieuse appartient désormais exclusivement au préteur.

3°- Jusqu'au début du VI° siècle de Rome, la juridiction civile fut exercée par un préteur unique, seule autorité judiciaire de Rome.

Source : BIU Cujas

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.

Le préteur pérégrin (vers 5I2)

Depuis le début du VI° siècle de Rome, probablement vers 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, chapitre 20, Textes de Girard, 5° édition, 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.

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

En vertu de cette réforme, réalisée vers 5I2 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 curulès, 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.

Les édits des magistrats judiciaires.

Tous ces magistrats de l'ordre judiciaire intervenant toujours in jure, préteur urbain, préteur pérégrin, édiles curules, rendaient, au moment de leur entrée en charge, un édit, edictum, sorte de programme où ils indiquaient suivant quels principes ils rendraient la justice. Après la loi AEbutia au VII° siècle, les édits de ces magistrats prirent une importance énorme. La rédaction de ces édits servit à la formation d'un droit nouveau,

La formation du droit honoraire par les édits.

qu'on a appelé le droit honoraire. A la vérité, l'édit d'un magistrat ne durait qu'un an, c'est-à-dire le temps où il restait en fonction. L'édit du nouveau magistrat qui succédait au magistrat sortant

Source : BIU Cujas

pouvait très bien ne contenir que des dispositions entièrement nouvelles. Mais en fait, l'édit du nouveau magistrat reproduisait les dispositions de l'édit de son prédécesseur qui avait été consacrées par l'expérience et l'opinion publique. Les édits successifs des magistrats en vinrent donc à renfermer un fonds commun de dispositions. C'est ce qu'on appelle la pars translaticia, c'est-à-dire la partie transmise de magistrat à magistrat, et qui forma une portion de plus en plus considérable de l'édit total en face de la pars nova, la partie nouvelle, celle qui est constituée par les créations du magistrat actuel.

Les deux parties de l'édit.

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.

Lieux et temps d'administration de la justice.

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 principe, c'est que les habitants de l'Italie sont justiciables du préteur de Rome. Mais étant donné les distances, cette règle aurait des inconvénients pour les habitants des extrêmités 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.

Le préteur est compétent en principe sur toute l'Italie.

I° - le système des préfectures ita-

Source : BIU Cujas

liques. 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.

Les praefecti jure dicundo.

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, chapitre 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 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.

Les magistrats municipaux n'ont pas l'imperium.

Source : BIU Cujas

III. Dans les provinces.

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 règlée par une loi, la lex Rupilia, ainsi nommée du nom de Consul Rupilius, qui réorganisa la Sicile, après y avoir réprimé la fameuse révolte des esclaves, en 622 de Rome, I32 avant J.C..

La lex Rupulia

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.

I° - 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, qui pouvait être un propréteur, un proconsul, ou un délégué de ceux-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 ordinairement dans leur ensemble les dispositions des édits des magistrats de l'ordre judiciaire de Rome. Ils 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, I905).

Source : BIU Cujas

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 - Autorités judiciaires intervenant dans l'instance apud judicem.

L'autorité qu'on voit intervenir dans la procédure 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 . Ensuite ils furent plus tard compétents également pour les procès entre citoyens romains.

Les recupératores.

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 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 collèges permanents:

Les centumvirs.

Source : BIU Cujas

Les decemviri stlitibus judicandis.

On rencontre encore les decemvirs stlitibus judicantis (les dix hommes appelés à juger les procès) qu'il ne faut pas confondre ave 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 apus 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.

Section II - La procédure.

Il faut distinguer deux grandes périodes.

La 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, manuel rédigé au II° siècle après J.C. pour les étudiants romains. Gaius, 4. II à 32, 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: la sacramentum, la justice 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 légis 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 cette procédure s'appelle-t-elle le legis actiones? Gaius donne deux explications différentes, et c'est de ces explications que nous allons faire surgir les caractères généraux que présente cette procédure.

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). 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.

Ce sont des procédures légales.

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 accommodatae erante, parce qu'elles étaient accommodées 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 temes mêmes de la loi qui accordait l'action. Gaius prend pour exemple une vieille action du droit romain, l'action 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, au lieu des 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.

Les formules sont calquées sur les termes de la loi.

Ce sont des procédures formalistes.

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

Sauf la pignoris capio, ce sont des procédures judiciaires.

Source : BIU Cujas

l'instance en deux phases: la phase in jure, devant le magistrat, la phase apud judicem, devant le juge. Il en sera ainsi quand ces 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 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 impliquent la présence du magistrat. Ce sont: le sacramentum, la judicis arbitrive postulatio, la condictio.

Evolution des légis actiones.

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 publique 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 publique appartenant à L'Etat. En

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

Source : BIU Cujas

effet, voici les cas que Gaius indique dans lesquels on pouvait faire la pignoris capio:

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, 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.

La solde des soldats et l'entretien de leur cheval.

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.

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 d'abord la loi des XII Tables,

La manus injectio est devenue vite une procédure judiciaire.

Source : BIU Cujas

Sources.

dont certaines dispqsitions relatives à cette procédure nous sont conservées dans une forme archaïque, Table III, loi I à 6, et le chapitre 6I de la lex coloniae Genetivae Juliae, et ensuite la paraphrase de Gaius, 4.2I et suivants, c'est à l'aide de ces documents que nous allons décrire l'institution de la manus injectio:

I - Formes et effets de la manus injectio.

II - Domaine d'application de la manus injectio.

Les trois phases de la manus injectio.

I°- Formes et effets de la manus injectio.

La procédure complète de manus injectio passe par trois phases successives:

I° 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.

I° Phase.

Elle s'ouvre seulement au bout d'un délai de 3o jours depuis que le droit qu'on veut sanctionner par elle est devenu exigible. C'est ce

Le délai de 30 jours.

que nous apprennent les XII Tables, Table III, loiI: 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?

Elle consiste à saisir avec la main

Formule de la manus injectio.

une partie du corps du débiteur, en même temps que le demandeur prononce certaines paroles solennelles que Gaius nous a rapportées 4.2I. 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

I° Jusqu'à ob eam rem. Cette partie indique la cause de l'obligation: puisque tu as été jugé(ou condamné) à me payer I0.000 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 I0.000 sesterces au titre du jugement.

Source : BIU Cujas

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 rapport 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, 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 événements 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.

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

Responsabilité du vindex.

Source : BIU Cujas

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 difinitivement mis hors de cause. Voici les deux sortes d'arguments en faveur de cette thèse:

I° - Un argument de texte, tiré des XII Tables, III,3. Voici le texte de cette loi. Ni judicatum facit aut qui 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.

Argument du texte de la loi des XII Tables.=

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 comparative.

2° Argument tiré de la méthode comparative. Dans la plupart des droits primitifs, toutes les fois 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 cet 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. Elle nous ramène 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'addictio du magistrat.

Source : BIU Cujas

2° Phase.

Délai de 60 jours.

Depuis l'addictio du magistrat, par 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.

L'emprisonnement du débiteur.

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 débiteur est tué ou vendu comme esclave.

Le délai de 60 jours étant expiré, et l'appel à la pitié étant resté sans écho, des sanctions du droit 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, Girard Textes, page I3: en cas de pluralité de créanciers, que les créanciers partagent le cadavre.

Sens du partage dans la loi des XII Tables.

C'est le sens que, malgré les contreverses, il faut assigner à ce passage célèbre de la loi des XII Tables: III, 6, Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerintse friude esto. Au troisième marché, qu'ils coupent les morceaux. S'ils ont coupé plus ou moins, que ce soit sans dommage pour eux.

On a contesté cette sanction effrayante. Un auteur américain, dans un article intitulé "Secare partis", dans une revue juridique américaine, 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

Source : BIU Cujas

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 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.

La Loi Vallia.

Nous savons que les manus injectiones purae ont été créées pour des cas exceptionnels, jusqu'à ce que la loi Vallia ait transformé en manus injectiones purae toutes les manus injectiones sauf deux, pour lesquelles le régime 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.

Source : BIU Cujas

II. Domaine d'application de la manus injectio.

I° - Originairement, la manus injectio, croyons-nous, a servi exclusivement à sanctionner des créances 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 legs 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.

Puis a servi de mode d'exécution des jugements.

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.

Ou des dettes avouées in jure.

Enfin 3° domaine d'application de la manus injectio, 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 du recours du sponsor contre le débiteur principal qui ne l'a pas désintéressé dans les six mois.

La manus injectio pro judicatio.

III - Le 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,

Définition du Sacramentum.

Source : BIU Cujas

C'est d'abord un serment.

et, d'après une explication déjà rencontrée, le sacramentum a été le biais dont on s'est servi pour intéresser l'autorité publique à la solution des litiges privés.

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.

Les praedes sacramenti.

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.

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 personne; 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 des abréviations, et on avait fait de

Source : BIU Cujas

petits recueils des abréviations les plus usuelles. Le recueil de Valerius Probus, 4.I. (Girard, Textes, p. 216)donne l'explication des cinq abréviations suivantes: 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 affimations 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 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. 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.

L'exécution a lieu par la manus injectio judicati.

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. 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 litiaestimandae. Un arbitre est nommé en vue de procéder à l'estimation de la chose litigieuse.

L'arbitrium liti aestiman - dae.

B- Le sacramentum In rém.

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 la 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.

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 à faire 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 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 le terme technique de consertio manuum (conserere manus, en venir aux mains). Mais ce qui montre qu'on 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 lachez l'esclave. Telle est, de la

La contravindicatio.

La consertio manuum.

L'intervention du préteur.

Source : BIU Cujas

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, L. 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 privée. Mr. Fliniaux n'est nullement convaincu par son argumentation.

Ensuite, il y avait lieu à provocation réciproque au sacramentum. Puis se posait la question de savoir à qui devait être attribué 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?

Elle est d'abord arbitraire.

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 laprocédure 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.

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.

Les praedes litis et vindiciarum.

La procédure qui continue à se dérouler ensuite in jure, est maintenant la même que pour le sacramentum in personam. (Renvoi).

B- La procédure apud judicem.

Ici encore, la question est la même: de qui le sacramentum est-il justum? De qui est-il injustum? Trois alternatives peuvent se présenter:

Alternatives dans la sentence du juge.

I° 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 possesseur est déclaré juste.

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 lapossession. Comment ce transfert va-t-il être assuré, autrement dit, comment était exécuté

Le sacramentum du non possesseur est déclaré

Source : BIU Cujas

re justum.

le jugement rendu sur le sacramentum in rem? On trouve iciune 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.

L'exécution indirecte.

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.

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 lafameuse règle: Melior est causa possidentis, la cause de celui qui possède est meilleure, règle qu'on emploie même dans le langage courant: Beati possidentes, heureux ceux qui possèdent. 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 - Judicis arbitrive postulatio.

Cette legis actio, qui est vraisemblablement apparue postérieurement au sacramentum, est également une procédure judiciaire. Nous avons malheureusement peu de renseignements sur elle .

Formes de cette légis actio.

Sur les formes de cette legis actio, nous sommes assez bien renseignés par Valerius Probus, 4.8: Je te demande,prêteur, 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 affaire à des jurgia, des règlements, par opposition aux lites, procès. Par exemple: le partage d'une chose indivisible, le bornage de deux champs, enfin l'arbitrium liti aestimandae, dans la procédure de la manus injectio, pour estimer la créance.

Distinction des jurgia et des lites.

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 sanptionner certains délits privés par exemple, le délit consistant à couper les

Source : BIU Cujas

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 legis actio per condictionem.

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, et la loi Calpurnia, en matière d'autres choses certaines, par exemple, un esclave. Dans tous ces 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:

Les lois Silia et Calpurnia.

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 la 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, 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).

Elle aboutit à une condamnation.

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

Entrons dans le détail du procès quand il s'agit d'une legis actio impliquant un procès (sacramentum 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. Le 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

Rôle prépondérant des plaideurs dans les legis actiones.

Source : BIU Cujas

premier plan.Nous allons le constater, en passant en revue les phases d'un procès complet:

I°- La procédure in jure.
2° - La procédure apud judicem.
3° - La procédure d'exécution.
I', - La procédure in jure.

La comparu - tion du défendeur est assurée par le demandeur.

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. Il ne peut pas 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.

L'in jus voca- tio.

Nous assistons dans une comédie de Plaute, 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 vaux la peine, bourreau, que je te frotte l'oreille à un homme libre, toi qui fais le commerce de personnes libres?

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 ememployer la force. XII Tables, I.I. S'il tente de s'enfuir, qu'il mette la main sur lui, manum endo jacito.

Le demandeur peut mettre la main sur le défendeur.

Citons encore ici corrélativement un passage d'une comédie de Plaute, Poenubus, 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.

Source : BIU Cujas

Autres prescriptions des XII Tables.

La loi des XII Tables renferme des prescriptions, pour le cas où le défenseur est un vieillard, 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 vieillard 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, sous 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:

La confessio in jure et l'in defensio uti oportet entraînent l'addictio du magistrat.

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.

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

Source : BIU Cujas

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.

I° - 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 droit, 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'indefensio 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: 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.

La liaison du procès empêche de le recommencer.

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

Source : BIU Cujas

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.

Jusqu'à la comparution apud judicem, devant le juge, les parties peuvent transiger. Loi des XII Tables, I.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: Com 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.

Les parties peuvent transiger.

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 addicito, 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 , de telle sorte qu'il pourrait ne pas condamner le défendeur, même défaillant, dans le cas où la prétention du demandeur ne lui paraîtrait pas fondée, comme cela a lieu dans la procédure par défaut en droit moderne, et aussi à la fin du droit romain. 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.

III. La procédure d'exécution.

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

L'exécution est assurée par le gagnant.

Source : BIU Cujas

Section 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.

I° - 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

Rôle effacé du magistrat.

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.

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

La loi AEbutia.

droit. Une réforme s'imposait. Ce fut l'objet de 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

Source : BIU Cujas

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 leur 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 laprétention 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.

1° - L'intentio.
2° - La condemnatio. Il faut dire ce mot en latin à l'examen, et ne pas le traduire par condamnation.

1° - 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.

Exemples:

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.	
Hum ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio.	Si paret Auli Agerii servum Stichum esse meum 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. J'affirme que tu dois me donner 10.000 sesterces.	Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium decem milia dare oportere. S'il apparaît que Numerius Negidius (c'est le défendeur: Negidius veut dire qui negat, celui qui nie) doit donner à Aulus Agerius 10.000 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.

action personnelle.

b) Action personnelle: Judex, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X.M. condemna. Si non paret absolve. Juge condamne Numerius Negidius à dix mille sesterces envers Aulus Agerius, s'il n'apparaît pas, absous.

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.

La demonstratio (actions incertaines)

Voici d'après Gaius, 4, 47, la formule civile de l'action de dépôt qui comportait une démonstratio.

Formule de l'action de dépôt.

Demonstratio: quod Aulus Agerius apud Numerium Negi, dium 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.

Intentio. L'action est incertaine, l'intentio est incerta: quidquid ob eam rem Numerium

Source : BIU Cujas

Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona, tout ce qu'il faut 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 demonstratio, par les mots ob eam rem, qui rappellent les mots qua de re agitur, et la condemnatio à l'intentio, le mot ejus rappelle le quidquid 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.

Thèse des origines pérégrines.

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 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.

Système 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.

Source : BIU Cujas

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 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, 1909, 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 les provinces, 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 M. 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 d'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 le 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. Laloi AEbutia, qui introduisit la procédure

Source : BIU Cujas

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 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, rendue sous Auguste, en 737 de Rome, 17 avant J.C. qu'on appelle la lex Julia judiciorum privatorum. A côté de cette loi, il y eut 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 que, 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.

Le dernier auteur qui s'est occupé de la question, avec la mise en oeuvre de tout l'outillage scientifique de la méthode historique, est Girard. Le procédé scientifique qu'il a employé ici est un procédé particulier du procédé général 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, tous les documents qui font présumer que la nouvelle institution fonctionne, et on tache de resserrer de plus en plus ces deux dates extrêmes. C'est ce que fit Girard, et il a donné les 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 (car il avait été attaqué, 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 Girard, réunion de tous ses articles par ordre de matières, Tome I. Histoire des sources, p. 67 et

Source : BIU Cujas

suiv. Indiquons un excellent résumé de ces articles par un des disciples de Girard, M. Senn; Nouvelle Revue Historique 1909, page 515.

Dates extrêmes proposées, par Girard.

Girard croyait avoir définitivement localisé la date de la loi AEBUTIA entre ces deux dates extrêmes: 605 de Rome, 149 avant J.C. et 628 de Rome 126 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 631 de Rome, 123 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 une 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 confiés 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 .

Pouvoirsdu 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.

Les décrets et les judicia.

Du point de vue technique, le magistrat, le préteur, quand il emploie son imperium, rend ce qu'on appelle des décrets, decreta. Quand il exerce la jurisdictio, il donne ce qu'on appelle des judicia. Armé de tels pouvoirs, le préteur fut peu à peu amené, non seulement à faire respecter le droit civil, à le seconder, comme disent les textes, mais

Source : BIU Cujas

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.

Définition par Papinien du droit honoraire.

Voici la définition même que donne du 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.

Moyens techniques employés par le préteur.

Pénétrons maintenant dans le détail des moyens techniques employés par le préteur pour arriver à ses fins. Ces moyens techniques sont de deux sortes:

I° - Les uns nous apparaissent comme étant tirés de la jurisdictio.

2° - Les autres, au contraire, sont tirés de l'imperium.

Moyens tirés de la jurisdictio.

1° - 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.

1° procédé: la dénegatio 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 1924, intitulés, le premier: La denegatio actionis, l'autre: La causae cognitio. Mais la thèse soutenue par cet auteur, a été critiquée par des arguments qui paraissent péremptoires, à la fois en Allemagne, par M. Wlassak, Die Klassische Processformel, 1924, p. 138, 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, 1925, p. 457 et suivantes et en Italie par M. Guarneri Citati, Archivio giuridico, IX (1925 p. 140).

Cas de refus de 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.

1° - 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. 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 de 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.

Le défendeur a un moyen de défense.

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.

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, civile ou prétorienne, d'une exception, exceptio. L'exceptio permet 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

Distinction de l'exception et du moyen de défense.

Source : BIU Cujas

formulée dans l'intentio de l'action, le défendeur 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.

Le cas du dol.

Mais ces moyens de défense ne sont pas toujours suffisants pour assurer une protection toujours 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). A-

Source : BIU Cujas

près l'intentio: si paret et, s'il n'y avait pas d'exception, viendrait immédiatement la condemnatio. Le préteur, supposons-le, admet l'exception de dol. Nous avons la bonne fortune de posséder la formule exacte de l'exception de dol, Gaius, 4, 119: Si in ea renihil 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.

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.

1° - Elle est subordonnée à la vérification de l'intentio.

2° - Elle est subordonnée à la non-vérification de l'exception.

2ème modification: Insertion d'une fiction (système des actions fictices). Ici le préteur suppose que les conditions exigées par le droit civil, pour la délivrance de l'action civile, sont toutes remplies, alors qu'elles ne le sont pas. Il délivre alors l'action civile; mais comme elle est donnée dans d'autres circonstances que celles exigées par le droit civil, il est nécessaire de modifier la formule. Il la modifiera en adjoignant une fiction. Par ex. le préteur supposera au demandeur ou au défendeur une qualité que celui-ci n'avait pas, et qui, jure civili, est exigée pour l'exercice de l'action.

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 civile. 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).

3ème modification.- Actions avec formules à transposition de noms. Le préteur délivre la formule de l'action civile 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

Les formules à transposition de noms.

Source : BIU Cujas

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; si paret filium familias.....dare oportere, s'il apparaît que tel fils de famille doit donner, et la condemnatio va être rédigée au nom du paterfamilias: judex, patrem familias...condemna, &.

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.

L'intentio est rédigée in factum.

Dans ce cas, l'intentio (nous n'admettons pas la théorie de M. de Visscher, Professeur à la Faculté de Gand R.H.D. 1925, 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. Si paret.....dare oportere. Opportere signifie devoir d'après le droit civil, implique une obligation fondée sur le droit civil. 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 ca 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, le préteur, en réalité, crée du droit nouveau. Voici un exemple choisi à dessein. Nous avons vu l'action civile de dépôt. Voici l'action in factum de dépôt.

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.

Source : BIU Cujas

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 nécessaires pour assurer leur exécution. Quels sont les moyens de droit que le préteur tire de son imperium.

Ils sont au nombre de quatre, qui forment ugamme , 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 en droit public le système répressif. On 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 le droit public. Le propriétaire ne veut rien faire pour réparer sa maison. Le droit romain ancien, dans cette 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 que cette obligation était sanctionnée par une action de la loi. Mais cette sanction était insuffisante.

Que va faire le préteur ? Il va forcer

Source : BIU Cujas

Le préteur force le propriétaire à faire une stipulation.

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 à s'écrouler, cette promesse faite au voisin par le propriétaire de la Maison qui menace ruine, et qui est imposée par le préteur, on l'appelle stipulation prétorienne. C'est une promesse du droit civil, mais imposée par le préteur.

Satisdatio et cautio.

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.

Ainsi donc, le préteur, dans tous les cas où il jugera que le fait dommageable éventuel doit être réparé, imposera à celui qui doit en répondre, une promesse d'indemnité. Pour devenir obligatoire, cette promesse doit être faite sous la forme d'un contrat de droit civil, la stipulation.

Comment le préteur contraint à faire la stipulation.

Il faut prévoir le cas où on ne veut pas obéir au préteur, s'engager par un tel contrat de droit civil. Alors le préteur emploiera les moyens de contrainte: prise de gage, envoi en possession, délivrance d'une action in factum.

Exemples de stipulations prétoriennes.

Exemples de stipulations prétoriennes: la cautio damni infecti, dans l'hypothèse que nous venons d'indiquer. On trouvera un autre 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.

II - La missio in possessionem.

Définition de la missio in possessionem.

La missio in possessionem peut être définie: l'autorisation accordée par le magistrat à une personne de prendre possession d'une partie des biens ou l'ensemble des biens appartenant à une autre personne. Il s'agit là d'un moyen de contrainte par excellence.

Suivant cette définition; il y a deux sortes de missiones in possessionem.

Elle peut porter sur un bien déterminé;

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.

Tantôt ce sera sur l'ensemble des biens le patrimoine tout entier, que l'envoi en possession

Source : BIU Cujas

ou sur l'ensemble du patrimoine.

aura lieu. Il en sera ainsi dans le cas où une personne ne veut pas comparaître devant le magistrat injure, lorsque par exemple le défendeur se cache. L'injus 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.

La venditio bonorum.

Si, après l'envoi en possession, l'individu ne vient pas à la 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.

Définition 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:vimieri veto, je défends (j'interdis, d'où le nom d'interdit), qu'il soit fait violence.

Les interdits possessoires.

Nous avons déjà rencontré dans le sacramentum in rem les interdits possessoires, qui sont l'origine directe 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 qui est possesseur, 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.

Intérêt de la possession dans la procédure.

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 veut pas faire la preuve de son droit de propriété c'est le défendeur qui conserve la chose.

Quelques mots sur l'évolution qu'a subit à Rome la procédure des interdits.

L'interdit est d'abord un ordre pur et simple;

1° - 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 conditionel, et l'interdit s'appelle alors interdit edictalis, donné sans examen de cause.

Source : BIU Cujas

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'édit, 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.

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.

L'in integrum restitutio ob aetatem.

2° exemple. Une restitutio in integrum est accordée à un individu absent de Rome, alors qu'il a une cause juste d'absence, qu'il était absens rei publicae causa, pour une mission qu'il 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

L'in integrum restitutio ob absentiam.

Source : BIU Cujas

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 chose dans l'état où elles se trouvaient 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 partie qui doit tirer les conséquences de la restitutio in integrum.

Elle consiste à 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 exception.

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 luicause un grave 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. L'absent trouve un tiers qui a usucapé son terrain. S'il intente l'action en revendication du droit civil, il perdra son procès. Le préteur lui donne une action fictice, c'est-à-dire une action dans l'intentio de laquelle il insérera 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. On voit la variété d'armes qu'il peut puiser dans son arsenal,ou, pour nous servir d'une autre comparaison, les divers leviers de commande qu'il a à sa disposition, pour imprimer au droit une impulsion nouvelle.

Ces moyens sont donnés dans l'édit 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 édit, où se trouvaient les edicta au sens étroit, que ces promesses de moyens de droit étaient faites. 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 donnerai une

Source : BIU Cujas

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 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, que le préteur avait promis dans la première partie, sous forme dedicta au sens étroit

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 propréteur. Il devait tenir compte de l'opinion publique.

La pars translatitia de l'édit.

Le préteur introduisait dans son édit les clauses de l'édit de son prédécesseur qui avait obtenu l'approbation des praticiens, des jurisconsultes, et aussi de l'opinion publique. Cette partie de son édit s'appelait la pars translatitia. Cette partie représentait donc la tradition. Mais il n'y a pas que la tradition dans le droit. Il doit y avoir aussi un élément novateur.

La pars nova.

Pour mériter des éloges, le nouveau préteur ne devait pas se borner à conserver purement et simplement les édits de ses prédécesseurs, approuvés par la pratique, les juristes et l'opinion publique. Il devait aussi s'attacher à introduire dans son édit une pratique nouvelle, des réformes nouvelles. Il devait songer à introduire des aedicta nova, dont l'ensemble constituait, par opposition à la pars translatitia 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 soit soumise, à réaliser une réforme nouvelle n'ayant pas été réalisée dans son édit. C'était alors le système de l'action in factum, au sens étroit du mot

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 leurs sont imposées par la Constitution, on dit qu'ils font de la jurisprudence " prétorienne". on pourra lire les

Source : BIU Cujas

développements 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, dont le t. I (Ière année.) 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 âge, au XIII° et XIV° siècles, qui était appliqué par des cours de justice absolument spéciales, les cours de Westminster issues de l'ancien Ban du roi. Elles appliquaient le droit strict, commun en droit romain le droit civil. 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 que 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 l'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

La procédure formulaire conserve le caractère contractuel.

Source : BIU Cujas

il ne peut pas se terminer.

Ce caractère général de la procédure romaine à l'époque républicaine est nettement exprimé dans un passage du Pro Cluentio de Cicéron 43, I20: "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 sucessivement 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 comparution 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 édit, au titre V de l'in jus vocando, que le préteur indique la règlementation nouvelle de l'in jus vocatio. Et d'autre part, à un autre endroit de son édit (Au titre XXXVIII quibus ex causis in possessionem eatur)il a pris des mesures de contrainte spéciales contre le défendeur récalcitrant.

La 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

Source : BIU Cujas

à la faire, dans le cas où le défendeur se cachait ou était absent de Rome. Le demandeur 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 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.

Il faut distinguer deux hypothèses dans lesquelles le préteur accordait l'envoi en possession.

Cas d'application.

I° 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 defensor ne se soit pas présenté pour lui, qui absens judicio defensus non fuerit:

2° 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. I908, et article précité dans le Dictionnaire des antiquités grecques et romaines.

Le vadimonium extrajudiciaire.

Sous la procédure formulaire, le vadimonium judiciaire résulte d'une stipulation prétorienne. Gaius, 4.I84 et suivants . Dans le cas de vadimonium desertum, c'est-à-dire si le défendeur ne se présente pas le jour fixé, le demandeur exerce contre lui l'action née 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 <u>débats in jure</u> proprement dits. Les deux plaideurs sont maintenant de-

Source : BIU Cujas

vant le magistrat. le demandeur va manifecter sa prétention, mais non plus d'une façon solennelle, comme sous la procédure des actions de la loi.

La représentation en justice est admise.

D'autre part; contrairement à ce qui se passait sous les legis actiones où sauf de rares exceptions, personne ne pouvait se faire représenter en justice, nemo alieno nomine lege agere potest, les plaideurs peuvent, sous la procédure formulaire se faire représenter en justice.

Donnons quelques notions sur la représentation judiciaire. Il y a deux sortes de représentants judiciaires:

Le cognitor.

I° le cognitor; le plus ancien, constitué en présence de l'adversaire, en termes sacramentels.

Le procurator.

2° le procurator, constitué sans formes. Le procurator était un mandataire spécial.

Le defensor.

Mais un tiers pouvait, même sans mandat, intervenir pour le défendeur. C'était alors un defensor.

La formule avec transposition de noms.

La représentation judiciaire fonctionne au moyen de la formule avec transposition de noms telle que nous l'avons précédemment décrite à propos du fils de famille: l'intentio est rédigée au nom du représenté, et la condemnatio au nom du représentant.

L'editio actionis judiciaire.

Après cette digression, revenons à l'hypothèse normale. Le demandeur et le défendeur sont tous deux présents in jure.

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, I894, 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.

Parties que peut prendre le défendeur:

En face de la demande du demandeur, que va faire le défendeur?

Le défendeur peut prendre plusieurs parties:

I°- s'exécuter.

I° - S'exécuter, en donnant au demandeur sans procès ce qu'il demande. Le procès ne naît pas. Tout est terminé.

2°- avouer ou ne pas defendere uti oportet.

2° - Ne pas exécuter, tout en ne contestant pas, soit qu'il fasse confessio in jure, soit qu'il ne se défende pas uti oportet.

Source : BIU Cujas

3°. - Contester la prétention du demandeur, de manière à provoquer un procès.

- Dans le second parti, les effets sont les mêmes, soit que le défendeur avoue 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 judicatus. Mais il n'en sera pas 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:

1° - 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.

La règle ne s'applique pas: aux dettes ne portant pas sur de l'argent.

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 la résipiscense, un autre défendeur, le bonorum emptor, au moyen d'une missio in possessionem, suivie d'une vendicatio bonorum, c'est-à-dire par les mêmes moyens de contrainte que contre celui qui se cache.

Le défendeur est contraint à se défendre.

2° - En matière réelle, la contrainte par la missio in possessionem est écartée, en vertu de la règle Invitus nemo rem defendere cogitur (D.L. I7 I56 pr.) Le préteur fera obtenir du 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.

En matière réelle.

3° parti -: Le défendeur conteste la prétention du demandeur, de manière à provoquer un procès.

3° Le défendeur conteste la prétention du demandeur.

Nous rencontrons ici un changement quant au fond, relativement à la manière dont le défendeur peut contester la demande. Sous la pro-

Source : BIU Cujas

cédure des legis actiones régnait le principe de l'unité de question, suivant lequel une seule question pouvait être posée au juge. Sous la procédure formulaire, la règle de l'unité de question a disparu.

Le principe de l'unité de question a disparu.

Le défendeur peut contester la prétention du demandeur non plus seulement en niant le droit allégué par 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 invoque contre lui, une créance qu'il a lui-même contre le demandeur, et qui vient l'éteindre en la compensant.

Après avoir entendu les prétentions réciproques des parties, le magistrat peut:

Rôle du magistrat.

1° ou bien refuser la délivrance de la formule. C'est la denegatio actionis, déjà étudiée.

2° ou bien délivrer la formule, dans laquelle il prescrit au juge de vérifier l'intentio et de condamner le défendeur, dans le cas où l'intentio se trouverait vérifiée.

A ce moment finit le rôle du magistrat. Mais à ce moment se place aussi un événement très important quant à ses effets, la litis contestatio.

La litis contestatio.

La litis contestatio, c'est le moment où le procès va être lié difinitivement entre les plaideurs. Si les effets de la litis contestatio sont connus, ses formes sont encore aujourd'hui enveloppées d'une certaine obscurité.

Notion de la litis contestatio.

I - Formes de la litis contestatio.

Les formes de la litis contestatio se rattachent certainement à la délivrance de la formule, à sa réception. L'expression de judicium acceptum, de formule reçue, sert souvent dans les sources à désigner la litis contestatio.

Le judicium est acceptum.

Mais de qui le justicium est-il acceptum?

Dans le premier système, le judicium est acceptum par le demandeur du magistrat. C'est le système de Keller.

Un second système est celui de Wlassak Litis contestatio im Formularprocess, 1889, suivi par Girard, Mr. Fliniaux adopte ce système. Il tient mieux compte du 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 phase 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 de défendeur du demandeur.

Par le défendeur du demandeur.

Source : BIU Cujas

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, page55, 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 réciperatores dati erunt, si eo die quo jussi erunt non judicabunt", peuvent s'interpréter 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 été adopté purement et simplement par

Source : BIU Cujas

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 litio 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 et l'action qui le sanctionne est éteint, prend fin, tollitur, consumitur. Gaius, 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, en vertu de la règle Bis de eadem re ne sit actio.

Le droit du demandeur est déduit en justice.

L'effet extinctif de la litis contestatio peut se produire de deux manières différentes:

L'effet extinctif peut se produire ipso jure.

I° - ipso jure, de plein droit, d'une façon absolue.

ou exceptionis ope.

2° - exceptionis ope.

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. ans le second cas, le préteur insérera dans la formule une exception, l'exceptio rei in

Source : BIU Cujas

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.

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 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 le judex unus, également citoyen romain.

La judicia imperio continentia.

Toutes les autres instances ne réunissant pas toutes ces conditions sont des judicia imperio contentia, c'est-à-dire reposant sur l'imperium du magistrat, et non sur la loi.

Cette distinction n'offre pas seulement un interêt 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.

II - Effet créateur de la litis contestatio.

Si le demandeur renonce à son droit, lorsqu'il déduit en justice, c'est parce que, à sa place, il en obtient un autre, le droit de 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 debito, rem oportere, post litem contestatam condemnari oportere. 3.I80.

Création d'un droit nouveau le droit de la condamnation.

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'action certae creditae pecuniae, la litis contestatio a pour objet 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

Source : BIU Cujas

personnel.

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.

perpétuel;

I° - 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 interêt, quand l'action est temporaire, annale. Toutefois la règle de créance est perpétuelle est tempérée par les règles relatives à la péremption d'instance que nous étudierons plus loin.

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.

Le juge doit se placer au jour de la litis contestatio.

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 événements 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.

Effet de la bonne foi.

Ce résultat unique 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,

Omnia judicia sunt absolutoria.

Après contreverse entre les jurisconsultes, il en fut aussi décidé de même dans les actions de droit strict. C'est l'objet de la fameuse règle que nous rapporte Gaius 4. II4: Omnia judicia sunt absolutoria. Cette règle veut dire que dans les actions, il y a absolution, lorsqu'il y a eu satisfaction au cours de l'instance apud judicem.

II - Les débats apud judicem.

La péremption de l'instance.

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:

Distinction à faire.

I° Quand il s'agit d'un judicium imperio continens, c'est-à-dire d'une instance organisée par le préteur, en vertu de son imperium, les pouvoirs du

Source : BIU Cujas

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?

Nous rencontrons en droit romain, les mêmes modes de preuves qu'aujourd'hui: témoignages ou preuve testimoniale, écrits, aveu, serment, présomptions.

Les modes de preuve.

Deux règles fondamentales, qui sont passées en droit moderne, dominent le système romain des preuves:

I° 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.

La charge de la preuve incombe au demandeur.

2° 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 quand il invoque une exception.

et pour les exceptions, du défendeur.

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

Le juge est

Source : BIU Cujas

lié par les termes de la formule.

exactement pour prononcer sa sentence. C'est ce qu'on appelle l'officium judicis, le devoir du juge.

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 petitio.

I° La plus petitio re, par la chose, quant à la chose. Il en est ainsi, par exemple, quand, étant créancier de 100, on réclame 150.

re

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 corrélatif, dans l'institution de l'actio de eo quod certo loco, l'action en raison de ce qu'on doit réclamer dans un certain lieu. Cette action sera étudiée en deuxième année.

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 du 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 parat; il n'y a pas de danger à craindre.

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

Source : BIU Cujas

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 condemnatio, une clause spéciale, dite clausula arbitraria, ainsi conçue: neque ea res arbitrio tuo restituetur, à moins que cette chose (la chose litigieuse) ne soit 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.

La clausula arbitraria.

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 arbitrées 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.

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 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 absous, tout est fini. Le défendeur n'a rien à obtenir du défendeur.

Source : BIU Cujas

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. 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.

Comment est évité un nouveau procès.

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.

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 au moyen d'une exception, exceptionis ope (exception rei in judicium deductae).

L'effet extinctif de la litis contestatio.

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'événement de procédure qui se place à la fin de la procédure in jure, et lie le procès entre les plaideurs.

L'exceptio rei in judicium deductae.

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

C'est l'instance in jure qui arrête un nouveau procès.

Source : BIU Cujas

un simple particulier qui rend la sentence, qui décide comme un arbitre (vestige de la période de l'arbitrage 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.

1er Cas - Supposons que, 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 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.

Source : BIU Cujas

Conditions d'application:

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?

L'identité de question.

I° - 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.- Celui qui s'est prétendu possesseur dans une première instance peut très bien intenter ensuite un second procès, où il se prétendra propriétaire. 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 question.- 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'ayants-cause, distinction dégagée par les Romains et passée dans le droit moderne:

Distinction de l'ayant-cause à titre universel et de l'ayant-cause à titre particulier.

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 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.

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 antérieure 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. 6I, rendue en 7I0 de Rome, 44 avant J.C.

Il faut avoir bien présent à l'esprit le mécanisme de la manus injectio judicati pour compren-

Source : BIU Cujas

Sous la procédure formulaire, l'exécution est assurée par l'action judicati.

dre 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 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'action judicati, tendant à l'exécution du jugement.

Quel est exactement l'objet de l'action 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 action judicati, peut bien faire valoir la nullité de fond ou de forme du jugement (Argument des mots: judicatum sit necne sit, Digeste, 39, 8. 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'action 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 action 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'action judicati est condamné au double, s'il a forcé à tort le demandeur à l'intenter, comme autrefois le vindex, dans la manus judicati, encourait la peine du double. Gaïus, 4. III.

Il doit fournir la caution 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'action judicati, qu'à la condition de fournir une caution. Elle porte le nom technique de caution judicatum solvi, Gaïus, 4. II2. On retrouvera une caution de ce nom dans le droit international privé moderne.

L'objet doit être une somme d'argent.

Faisons encore remarquer que l'action judicati tend, 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 condamnations pécuniaires. Ce système a été rendu nécessaire, par suite de la procédure d'exécution par l'action judicati, calquée exactement sur le système ancien de la manus injectio judicati.

Source : BIU Cujas

L'action judicati est intentée, que va-t-il se passer? Deux hypothèses doivent être distinguées avec soin.

I° - Le défendeur défend à l'action judicati et 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. On ne peut pas continuer indéfiniment. L'exécution immédiate a lieu.

2° - Si le défendeur ne défend pas à l'action judicati, en ne contestant pas le titre exécutoire invoqué contre lui, on ne fournit pas la caution judicatum 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. 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

But de cette exécution.

Source : BIU Cujas

proches. C'est le même but que poursuivait la contrainte par corps, admise, jusqu'en I867, en matière civile et commerciale.

Elle ne donne pas toute satisfaction au demandeur.

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 employé de préférence par le demandeur. Mais il pouvait aussi être provoqué par le judicatus, qui faisait ce qu'on appelait cession de biens.

Le bénéfice de 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.

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 faite 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 pas-

Il est l'ayant-cause à titre

Source : BIU Cujas

universel du saisi.

sif 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'action judicati elle-même, à laquelle le judicatus n'a pas voulu défendre, ce qui a eu pour effet de déclencher 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 Über die emptio bonorum, I850, 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'action 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 interprètes 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 passe par trois phases successives:

I° - La missio in bona, l'envoi dans les biens.

Source : BIU Cujas

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'où le nom de missio in possessionem rei servandae causa, l'envoi en possession en vue de conserver la chose, le patrimoine.

Les créanciers ont la custodia.

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;

1° - 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 Mr. Fliniaux a tenté de démontrer, dans un article publié dans les Etudes d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard, 1913, tome I, page 43.

On nomme alors un curator bonorum.

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.

Dans tous les autres cas, y compris la simple absence, la missio in possessionem n'est qu'un

Source : BIU Cujas

début. La procédure va être continuée par la venditio bonorum.

II - Les préliminaires de la venditio.

Le délai après l'affichage.

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 I5 jours. Gaïus, 3. 79. Ce délai avait une grande importance, car au bout de ce délai, le judicatus encourait l'infamie.

Le magister bonorum.

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.

La lex venditionis et le 2ème affichage.

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.

Ces préliminaires accomplis, on entre dans la dernière phase, la venditio bonorum.

III - La venditio bonorum.

Rôle du bonorum emptor.

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 qu'est sortie l'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 réalise l'actif.

Il va d'abord avoir à réaliser l'actif. Pour cela, il a deux procédés juridiques à sa disposition:

I° - En ce qui concerne les choses corporelles faisant partie du patrimoine, il aura, pour les faire rentrer, un interdictum possessorium - 2° S'il ne s'agit pas de choses cprporelles, 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 Gaïus IV, 35:

a) ou bien une formule à transposition

Source : BIU Cujas

Procédés techniques d'exercice des actions.

de noms. 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?

Il défend aux actions contre le judicatus.

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'action judicati, à laquelle le judicatus n'a pas voulu défendre, ce qui a eu pour effet de déclencher 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.

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.

Chapitre 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, 31 avant J.C. gagnée par Octave sur Antoine.

Pouvoirs attribués à Octave.

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. En 731 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.

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

Source : BIU Cujas

Division de l'Empire.

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.

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.

I° - Au point de vue économique, 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 par tout y prend une grande extension.

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 passage des Institutes de Justinien, livre II, titre I, & 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 du De Republica, 3. 22. 33: Est quaedam

Source : BIU Cujas

vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans sempiterna, il est une véritable loi de 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". Comparez la définition des Institutes de Justinien, 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, demeurent toujours fermes et immuables.

Voici une application de de droit naturel. L'esclavage est considéré comme étant une institution du droit des gens, mais on dira: c'est une institution qui n'est pas du droit naturel. Sur la notion du droit naturel et de ses rapports avec la philosophie grecque, consulter l'intéressante monographie de Mr. Senn. De la justice et du droit. Paris I927.

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 événement 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 Epître aux Galates, on retrouve les accents du droit naturel des philosophes grecs et des jurisconsultes classiques, chapitre 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 nous reste à voir les facteurs sociaux politiques et juridiques.

Sur la période du Haut-Empire consultez: Eugène Albertini, l'Empire Romain, I929, dans l'Histoire générale publiée sous la direction de Louis-Halphen et Philippe Sagnac.

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

Source : BIU Cujas

et la procédure.

Section I - L'organisation politique et les sources du droit.

I - L'organisation politique.

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 réglementation 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 400.000sesterces 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 pendant l'époque impériale.

Du sommet de la hiérarchie, descendons dans les bas-fonds.

Source : BIU Cujas

§ 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'esclavage.

1 er 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 entretien 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.

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, un tout, par conséquent, comprenant un actif, 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 de droit naturel, 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 même que l'esclave pourrait s'engager civilement par ses délits.

Il engage son maître par ses contrats dans certains cas (actions adjecticiae qualitatis.)

3° innovation très impotante- 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 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 nouvelle procédure qu'on voit, au cours

Source : BIU Cujas

La cognitio extra ordinem est ouverte à l'esclave dans certains cas.

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 croit 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 cett 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.

Modifications 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.

Restriction 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: la loi AElia Sentia, de l'année 4 après J.C., 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.

I° - Elle défendit d'affranchir un esclave âgé de moins de trente ans, sans justification d'un

Source : BIU Cujas

sclave de moins
e trente ans.

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.

aîtres de
oins de vingt
ns.

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 justificationsde motif, il était déclaré nul (Gaius, I.4I).

éforme de
ustinien.

Cette seconde restriction subsista pleinementjusqu'à Justinien aussi bien pour les affranchissements testamentaires que pour les affranchissements entre vifs. Justinien la supprima pour les affranchissement testamentaires.

sclaves châiés en captirité.

3° - La loi Aelia Sentia défendit d'affranchir les esclaves qui auraient subi en captivité un châtiment grave.

ffranchissement en fraude
es 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'osa pas les déclarer nuls. Il fallut l'intervention de la loi. La loi Aelia Sentia déclara que, dans ce cas, l'affranchissement serait nul.

u en fraude des
roits du paron.

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.

La loi Fufia

B - La loi Fufia Caninia, qui semble bien

Source : BIU Cujas

Caninia limite à 100 les affranchissements par testament.

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).

Son abrogation par Justinien.

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 abroga la loi Fufia Caninia.

II - Création de nouvelles catégories d'affranchis .

Sous le Haut-Empire furent créées deux nouvelles catégories d'affranchis:

Nouvelles catégories d'affranchis.

I° - Celle des affranchis latins juniens.
2° - Celle des affranchis deditices.

I - Les affranchis latins juniens.

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:

I° - 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- Sources de la qualité d'affranchi latin junien.

Sources:

Sont affranchis latins juniens:

Esclaves affranchis sans formes.

I° - 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 du revirement scandaleux, était -il déjà interve-

Source : BIU Cujas

nu 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, in bonis, 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 parconséquent 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

Leur condition est moins belle que celle des affranchis citoyens romains. Elle a été calquée sur celle des latini coloniarii. Ils sont donc privés des droits politiques et du connubium. Ils ont le commercium, mais avec des restrictions importantes. Ils ont 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 capien di 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, ils ne recueillaient pas le bénéfice des libéralités testamentaires.

Ils ont le commercium restreint.

Ils ne peuvent tester, ni recevoir par testament.

Cette loi leur dénia aussi le droit de tester. Les biens que l'affranchi latin junien laissait en mourant revenaient comme 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.

Source : BIU Cujas

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 de 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.

Modes d'acquisition de la cité.

II - Les affranchis deditices.

I° Sources de la qualité d'affranchi deditice.

2° -Condition juridique des affranchis deditices.

I- Sources de la qualité d'affranchi deditice.

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 deviendront affranchis deditices. On les appela ainsi parce qu'on leur appliquait la condition juridique des pérégrins deditices, c'est-à-dire des peuples qui, soumis par Rome, s'étaient rendus à discrétion.

Source de la qualité d'affranchi deditice.

II - Condition juridique des affranchis deditices.

La condition juridique des affranchis deditices était à plusieurs égards inférieure même à celle des pérégrins deditices. Comme ces derniers, ils n'ont pas de droits politiques; ils n'ont ni connubium, ni commercium; ils ne peuvent pas tester, car ils n'appartiennent à aucune cité. (Gaius,I.25). Ils ne sont donc soumis à aucune loi propre, mais seulement au droit des gens.

Ils ont la condition des pérégrins deditices.

De plus, à la différence des pérégrins deditices, 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 . La maître qui méconnaîtrait cette clause les ferait retomber sous l'esclavage du peuple romain. On comprend donc pourquoi Gaius.I.26.dit, en parlant des affranchis deditices, qu'ils étaient au dernier degré des hommes libres pessima libertas.

Ils sont interdits de séjour.

Source : BIU Cujas

§ 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. Sous le Haut-Empire, des nouvelles naturalisations abondantes de pérégrins sont faites par les empereurs, comme l'atteste le grand nombre des Claudii, Flavii, Aelii, qu'on rencontre dans les inscriptions provinciales, c'est-à-dire naturalisés par Claude, etc. La naturalisation était ainsi accordée:

Les naturalisations.

I° - 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.

Généralisation du droit de cité sous Caracalla (2I2).

Sous le règne de Caracalla, se produisit un événement qui eut un grand retentissement dans tout 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 2I2 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. Il est publié dans les Textes de Girard, 5° édition, page 203. Aujourd'hui on a tendance à se montrer beaucoup plus hésitant 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 I926, et dans un article de Sanctis, paru dans la revue de philologie italienne I926 pages 488 et suivantes, intitulé: La constitution du papyrus de Giessen. Ces auteurs déclarent qu'il n'est pas sûr du tout que ce papyrus donne le texte de la constitution de Caracalla.

En tout cas ce papyrus est dans un tel état de mutilation et il se prête à des interprêtations si diverses, qu'il n'a rien ajouté de nouveau pour la connaissance du problème que pose la constitution

Source : BIU Cujas

de Caracalla: quelle a été la portée exacte de cette constitution?

Portée de l'édit de Caracalla.

Contentons-nous de donner les résultats qui paraissent absolument certains. Ce qu'il est possible de dire, et on le pensait déjà avant la découverte du papyrus de Giessen c'est que;

I° - Avec l'édit de Caracalla disparaît la distinction juridique des latins et des pérégrins.

2° - L'édit renferme expressément certaines restrictions. Ne furent pas admis au bénéfice de l'édit de Caracalla, ni les affranchis latins juniens, ni l'ensemble des deditices;à savoir les citoyens romains condamnés à la peine de la 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 deditices.

Connaissant les éléments constitutifs de la société romaine,étudions les différents pouvoirs de gouvernement.

B - Les différents pouvoirs de gourvernement.

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. 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 tribunitienne. Mais il s'agit ici de la puissance tribunitienne illimitée dans le temps comme dans l'espace. Elle est conférée 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 I00. En vertu de ce vote, l'empereur était inviolable, placé au-dessus de tous les magistrats.

Il a la puissance tributienne illimitée (lex de imperio,

2° - La puissance proconsulaire. Elle se rattache à l'institution de la prorogatio imperii à 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

et la puissance proconsulaire illimitée.

Source : BIU Cujas

la personne de l'empereur éclipse tous les autres magistrats, qui ne sont pas ses satellites.

A Rome nous retrouvons ces mêmes magistrats que ceux de l'époque républicaine, par exemple les consuls. Mais leur rôle est très réduit. Ils ne font en somme que présider le Sénat. Leurs attibutions sont purement honorifiques. Les préteurs administrent la justice civile. Le système de la prorogatio imperii continue à fonctionner pour les consuls et les préteurs, mais les magistrats prorogés n'ont plus qu'un imperium civil. Nous sommes ainsi amenés à parler de l'organisation des provinces à l'époque du Haut-Empire.

Les consuls président le Sénat.

Les préteurs.

On rencontre deux sortes de provinces; les provinces sénatoriales, et les provinces impériales.

Distinction des provinces.

I° - Les provinces sénatoriales sont les anciennes provinces pacifiées: Narbonnaise, Sicile, Macédoine; Achaïe, Asie, Afrique etc. 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 sénatoriales.

2° - Les provinces impériales sont celles où le maintien de l'ordre exigeait la présence de troupes. Elles se divisent en deux groupes:

Les provinces impériales.

a - Les provinces dites légatoriennes: Espagne, 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.

Légatoriennes,

b- Une deuxième variété de provinces impériales beaucoup moins connue, ce sont les provinces dites équestres ou procuratoriennes: Norique, Cappadoce, Mésopotamie, Judée (En l'an 6 après J.C.), etc. administrées par des préfets ou des procurateurs impériaux, de rang équestre. (cf. la nouvelle d'Anatole France: "Le procurateur de Judée").

équestres ou procuratoriennes

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

L'Egypte.

Source : BIU Cujas

considéré comme le successeur des rois d'Egypte, déterminèrent Auguste à administrer l' Egypte comme son bien propre. 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.

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.

I° - 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 après J.C..

Leur pouvoir législatif au profit du sénat.

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 sénatusconsultes.

Autres attributions du sénat.

Autres attributions.

Il y a des attributions judiciaires, qu'il partage avec le prince, pour les procès criminels (renvoi) des attributions administratives: il administre les provinces sénatoriales; des attributions financières importantes. Le Sénat 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.

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 ren-

Source : BIU Cujas

La dyarchie.

controns l'empereur et le Sénat. D'où le nom de dyarchie (ou gouvernement à deux) donné au régime du Principat. Mais bien 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, à laquelle 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 d'abord des sources incontestées, puis une source contestée.

Les sources incontestées du droit.

Les sources incontestées sont les mêmes que celles déjà étudiées sous la République, auxquelles sont venues s'adjoindre deux sources nouvelles: les sénatusconsultes et les constitutions impériales.

La coutume.

I° - La coutume, usus, mos, consuetudo, continue à créer du droit nouveau et à abroger du droit ancien.

La loi.

2° - La loi. Le manuel de Girard donne la liste presque complète des lois votées sous le Haut- Empire. 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 (4I à 54 après J.C.).

3° - Les édits des magistrats.

Disparition de la pars nova des édits.

Jusqu'à Hadrien, se maintient la pratique antérieure. Mais en fait, sinon en droit, les magistrats se contentaient purement et simplement de reproduire dans leur édit la pars translatitia, qui constituait la tradition. Il n'y avait plus de pars nova.

La codification de l'édit par Salvius Julianus.

Sous Hadrien, une codification de l'édit fut faite par le grand jurisconsulte Salvius Julianus, et c'est ce qu'on appelle la codification de l'édit perpétuel.

Date de la rédaction de l'édit perpétuel.

Il règne encore des obscurités sur la date exacte de la rédaction de l'édit perpétuel. On sait seulement qu'elle fut faite sous Hadrien (II7 à I38). 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 Aebu-

Source : BIU Cujas

tia. 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.

Portée de la codification de l'édit.

Quoi qu'il en soit, l'oeuvre de Julien fut ratifiée par un sénatusconsulte.

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 il 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 magistrats 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. 1904Mélanges Bekker reproduits Mélanges de Girard). Auparavant, l'édit comprenait deux parties.

Composition nouvelle de l'édit.

1° - Le corps général de l'édit contenant les édicte 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.

Salvius Julianus a extrait du formulaire les formules d'actions prétoriennes, pour les mettre à la suite de chaque edictum qui la 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 ,

Réforme de Salvius Julien.

Source : BIU Cujas

l'action Publicienne. A la suite de l'edictum où il accordait sa protection au propriétaire prétorien, le préteur indiquait la formule de l'action publicienne puis la formule de l'action en revendication.

Reconstitution de l'édit perpétuel par Lenel.

Cet édit perpétuel, oeuvre de Salvius Julien, 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 fête cette année le quatre-vingtième anniversaire".

Editions de l'ouvrage de Lenel.

La première édition allemande de l'ouvrage de Lenel, Essai de reconstitution de l'édit perpétuel, a paru en 1883 et fut suivie d'un certain nombre d'articles parus dans la Revue de la Fondation Savigny, de 1883 à 1899.

En 1901 - 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'édit 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

Source : BIU Cujas

l'édit. On a ainsi reconstitué l'ordre des matières étudiées par les jurisconsultes dans leurs commentaires sur l'édit, ordre qui, en principe est l'ordre même de l'édit. On trouvera l'indication des différents titres et des différents edicta de l'édit perpétuel dans Girard, Textes, pages 137 et suivantes. L'édit perpétuel de Salvius Julianus, renfermait:

Les deux parties générales de l'édit.

1° - Le corps principal de l'édit contenant les edicta au sens étroit, plus les formules d'actions.

2° - Trois appendices renferment les formules d'interdits, d'exceptions et de stipulations prétoriennes.

Les quatre parties du corps général de l'édit.

Le corps général de l'édit, 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'édit 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, pour laquelle se rencontrait le titre Quibus ex causis in possessionem eatur (titre 38) que nous avons déjà évoqué au cours.

4° - Les Senatusconsultes.

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 senatusconsulte 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 Velleianum, 2.I.

Le S.C. Velleien.

Nous y rencontrons le passage suivant: Arbitrari Senatum recte atque ordine facturos (eos) ad quos de ea re in jure aditum erit, si de derint 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 volon-

Source : BIU Cujas

té du Sénat soit respectée.

2° Phase. Les Senatus-consultes sont des lois.

2° Phase: Le Sénat se montre plus hardi. Sous le régne d'Hadrien, à partir du senatus-consulte, Tertullien, qui a établi un droit de succession de la mère vis-à-vis de ses enfants, on peut dire que les senatusconsultes sont devenus de véritables lois et à ce titre, constituent une source importante du droit civil. Gaius, I.4.: le senatusconsulte est ce que le Sénat ordonne et établit, et cela à force de loi, idque legis vicem obtinet.

3°Phase: Les Orationes principum.

Enfin troisième phase:cette phase nous met encore en présence du 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. Les sénatusconsultes sont précédés d'une proposition de loi faite par le prince au Sénat.(Oratio principis in senatu habita, proposition du prince tenue dans le Sénat.) A partir de cette époque, on voit les sénatusconsultes appelés jusqu'alors senatusconsulta,être désignés sous le nom d'orationes. Exemples:l'oratio Severi de I95, senatusconsulte très important, relatif à l'aliénation des biens des mineurs; l'oratio Antonini de 206 sur les donations entre époux.

Disparition des Sénatus-Consultes au III° siècle.

Après le commencement du 3° siècle,on ne rencontre plus de sénatusconsultes. C'est le prince qui aura 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 prodigues. Ils allaient jusqu'à espérer la mort de leur père. Le nom de ce Sc. vient de Macedo, usurier qui poussait les fils de famille à cette solution radicale.Enfin, certains Sc. portent le nom du prince sous le règne duquel ils avaient été rendus:Sc. Claudien, Sc. Néronien.

5° - Les Constitutions Impériales.

Destruction des Constitutions Impériales.Leur portée.

On distingue plusieurs espèces de constitutions impériales, constitutiones principum, quant à leur objet et quant à leur autorité respective.

Mandata.

I° 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

Source : BIU Cujas

ont été adressées, et pas à leur successeur.

Edicta. 2° Les édicta 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 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 perticuliers, 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 de 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 Rescrits. 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, ou 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 I920.

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 Digeste, I. II.II. § II et I2, et les jurisconsultes font découler le pouvoir législatif de l'empereur de la lex de imperio. C'est ce que nous apprend expressément Gaius, I.5.

Destruction de la Constitutio généralis 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 perticulier dont il était saisi? Dans ce cas, la réponse était appelée constitutio personalis. Avait-il au contraire voulu poser une

Source : BIU Cujas

règle de principe s'étendant à l'avenir dans ce cas ? On 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 I890 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 ducument, 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 même cas, 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 interprètent 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, I927, page I3, 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.

Les réponses des Prudents.

B. Source contestée.

Ce sont les responsa prudentium, les réponses des jurisconsultes. Nous allons voir comment s'est posée la question de savoir pourquoi les réponses des prudents pouvaient être une source du droit. Continuons pour cela 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.

Source : BIU Cujas

Les deux écoles de Jurisconsultes : Proculiens et Sabiniens.

Au début de l'Empire, les jurisconsultes romains se divisèrent en deux écoles, et quand une école disait blanc, l'autre disait noir. Ces deux écoles célèbres et rivales sont :

I° L'école proculienne, fondée par le jurisconsulte Labéon, dont le successeur fut Proculus, d'où le nom donné aux disciples et à l'école.

2° L'école sabinienne, fondée par Capiton, dont le successeur fut Sabinus, qui donna son nom à cette école.

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, 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, 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 2I2 ou 2I3, pour n'avoir pas voulu faire l'éloge du meurtre de Géta.

Ulpien.

Ulpien, Domitius Ulpienus fut assesseur du préfet du prétoire Papinien sous le règne commun de Septime Sévère et de Caracalla (205 à 2II), puis sous le règne de Caracalla et de Géta (2II à 2I2). 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, 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.

Quels étaient les ouvrages que les jurisconsultes étaient appelés à faire ?

Source : BIU Cujas

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; les digesta, sortes d'encyclopédies juridiques, dans lesquelles on pouvait fusionner les matières de l'édit et celles du droit civil; enfin des ouvrages élémentaires, appelés institutiones 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 par le Digeste de Justinien.

I° Par une voie indirecte, 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 les ouvrages des jurisconsultes romains. On trouve les résultats de ces travaux dans la Palingenesia juris civilis de Lenel.

Quelques-uns directement.

2° Certains ouvrages nous sont parvenus directement par des manuscrits. Parmi ces ouvrages, citons les Institutes de Gaius, découvertes en I8I6 sur un manuscrit palimpseste de la bibliothèque de Verone. Ce manuscrit contenait les oeuvres de St Jérôme, et on avait gratté ce manuscrit, qui contenait

Les Institutes de Gaius

d'abord les institutesde Gaius, pour copier par dessus les oeuvres de St Jérôme. C'est l'historien allemand Niebuhr qui fit cette découverte sensationnelle. Jusqu'alors, les Institutes de Gaius n'étaient connues que par des extraits du Digeste de Justinien et par un abrégé inséré dans la loi romaine des Wisigoths ou Bréviaire d'Alaric.

Sur les Institutes de Gaius, renvoyons à un article des plus importants de Mr Charles Appleton, Revue Historique de droit, I929, page I97 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 I54 ou I55, et postérieure à I38 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

Source : BIU Cujas

en Gaule au X° siècle, où à la fin du IX° siècle. Le manuscrit à 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 J.Tillet Puis ce manuscrit à disparu jusqu'au jour où il a été retrouvé à la bibliothèque de Vatican, Manuscrit II28 du fonds de la reine Christine. La dernière édition de ce Liber singularis a été donnée en I926 par Schulz Ce petit traité élémentaire suit le plan desInstitutes de Gaius, si bien qu'un auteur italien, Arangio Ruiz, dans un article du Bulletin de l'Institut de droit romain, I9I7,page I92, est allé jusqu'à soutenir que cet Epitome ne serait en réalité qu'un abrégé des Institutes de Gaius faussement attribué à Ulpien.

Les Sentences de Paul

Enfin les sentences de Paul. C'est un manuel écrit en 2I2, dont des extraits se trouvent dans la loi romaine des Wisigoths ou Bréviaire d'Alaric.

Comment les écrits des jurisconsultes ont-ils pu devenir une véritable source du droit ?

A quelle époque les consultations des jurisconsultes sont-elles devenues une source du droit ?

Il ne s'agit comme source du droit que des réponses faites par ces jurisconsultes à des questions de droit posées par des particuliers, c'est-à-dire des consultations juridiques demandées par les plaideurs. Mais jusqu'à maintenant, ces consultations juridiques, ces réponses des prudents, ne nous étaient apparues que comme une simple interprétation doctrinale. Or,nous savons que ces consultations ont fini par devenir une véritable source du droit.

A quelle époque exactement ces réponses sont-elles 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. Mr Fliniaux croit prudent de ne pas se prononcer.

Le passage de Gaius.

I° D'après un texte des Institutes de Gaius, I.7. "Les réponses des prudents sont les avis et lesopinions 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 I.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

Source : BIU Cujas

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 .

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 réstés jusque-là en partie ou complètement étrangers.

Extension de la procédure administrative.

Le domaine propre de la procédure administrative, ce sont les procès administratifs. Cette 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 possedons un document de la plus haute importance relatif à ces procès, le Sc. Juventien que nous retrouvons pour les pétitions d'hérédité civiles ou privées Sc. rendu en I29 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:

I° - Les procès criminels.

2° - Les procès relatifs au droit privé.

Source : BIU Cujas

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.

Apparition des quaestiones perpetuae au VII° siècle.

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 procèdure 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.

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 du jury par le magistrat (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, I33 avant J.C., et censeur en 634 de Rome, I20 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.

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:

I° - Les repetundae, le crime de concussion par où le système à commencé.

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.

Source : BIU Cujas

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 quaestiones 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 perpetuae 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, nomem deferre, indiquer le nom de l'accusé, aux fins de son inscription sur la liste des accusations, et du côté du magistrat, nomem recipere, recevoir le nom, permettre son insertion dans la liste des accusations 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.

Inscriptio et 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 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 en 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). Ayant effacé l'une des deux lettre, chaque juré dépose sa tablette dans une urne, sitella. Le président fait le dépouillement des

Marche de la procédure.

Le verdict.

Source : BIU Cujas

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 criminelle 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. Lorqu'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 même 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.

La poursuite d'office (cognitio.)

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 ne se sont appliquées les quaestiones perpetuae, la procédure accusatoire s'appliqua de bonne heure dans les procès criminels se déroulant devant le gouverneur de la province.

Extension de la procédure accusatoire aux provinces.

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.

La cognitio devient la procédure de droit commun au III° siècle.

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.

L'empereur.

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 se placent d'abord les préfets du prétoire , puis le préfet de Ville.

Les préfets du prétoire.

Le préfet de Ville, praefectus Urbi, doit être avec soin distingué d'un magistrat de l'époque

Le préfet de Ville.

Source : BIU Cujas

républicaine, qui porte le même nom; Il s'agit ici du praefectus Urbi impérial. Cette institution avait été créée par Auguste pour faire règner l'ordre dans Rome.

Il est chargé de maintenir l'ordre.

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 devient définitive 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 vingt ans. (Suétone.Vie de Tibère,.chap. 42)

Le praefectus Urbi ne fut pas crée par Auguste et Tibère pour rendre la justice, mais simplement pour maintenir l'ordre et la tranquilité 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

Il est le chef suprême de la police.

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 fut efficace, il fallait que le préfet de 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 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 cognitio ou de la poursuite d'office, si bien que le droit romain nous offre 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 inquisitoriale 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 apparaît comme une 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 inquisitorial). L'Angleterre et les pays Anglo-saxons ont conservé le

Source : BIU Cujas

pur système accusatoire.

Caractère administratif du procès criminel romain.

Le procès criminel romain à l'époque du Haut-Empire, dont nous avons retracé les grandes lignes, a une nature administrative, elle a été admirablement dégagée par Wlassak dans une monographie très importante: L'accusation et la fixation du procès dans le droit criminel des Romains, I9I7, Mémoires de l'Académie des sciences de Vienne, partie philosophique et historique, tome I84.

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.

L'ordo judiciorum privatorum.

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.

La cognitio extra ordinem.

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.

Après avoir fait un parallèle entre les caractères généraux 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.

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

Source : BIU Cujas

d'action du magistrat, déjà restreinte par ailleurs, quant à la durée, par suite de la division de l'instance en deux phases, in jus 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 de l'instance 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'action judicati.

Voilà un ensemble de traits caractéristiques 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.

Le 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 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

Source : BIU Cujas

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.

La denuntiatio.

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,

L'edictum.

enfin l'edictum . On ne sait pas où est le défendeur. On affiche un édit à la porte du tribunal.

Mais la magistrat peut intervenir un peu moins activement dans la citation. C'est le système

La denuntiatio semi-officielle

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 recemment par M. André Boyer dans sa thèse remarquable, la denuntiatio introductive d'instance sous le Principat, Bordeaux I922.

2° - En cas de non comparution du défendeur une procédure par défaut est maintenant possible .A

La procédure par défaut (edictum peremptorium).

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 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, I923, page 98 et suivantes.

4° - Le magistrat peut faire exécuter sa décision en employant la force, manu militari. Il

Source : BIU Cujas

Le magistrat assure l'exécution de la sentence.

pourra aussi user de tous les procédés de contrainte administrative qu'il a à sa disposition: amendes, multae 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 enregister. 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:

I° - 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 la loi Julia, les legis actiones ne survivent que dans deux cas.

Depuis la loi Julia judiciorum privatorum, rendue sous Auguste, la procédure formulaire fut déclarée exclusivement applicable, sauf dans deux cas, où exceptionnellement la procédure des légis actiones fut maintenue, comme nous l'apprend Gaius, 4.3I:

I° - En matière de damnum infectum.

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.

Au sommet de la hiérarchie, nous rencontrons l'empereur. L'empereur aurait pu, s'il l'avait voulu substituer partout au premier ressort la procédure ad-

Source : BIU Cujas

L'empereur.

ministrative 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?

Les 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 etleurs 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 Mr. Ernest Perrot, dans sa thèse de doctorat:L'appel dans la procédure de l'ordo judiciorum privatorum, Paris I907.

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 des-quelles 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. qui contient un petit historique de la procédure des fidéicommis sous le Principat. Mais bientôt les consuls furent remplacés dans cette fonction par les préteurs administratifs, appelés les préteurs fidéicommissaires, créés au nombre de deux par Claude, et dont l'un fut supprimé par Titus . En Italie sont compétents pour les fidéicommis des magistrats spéciaux à l'Italie les juridici per Italiam, pris sous Hadrien parmi les anciens préteurs et depuis Marc Aurèle parmi les anciens consuls.

Les préteurs fidéicommissaires.

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.

Les obligations alimentaires.

Les questions d'obligation alimentaire.

Enfin, mais la question est discutée, les procès relatifs à l'obligation de doter.

Jusqu'ici nous voyons les consuls avec leurs suppléants intervenir dans les 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

Les questions de liberté.

Source : BIU Cujas

Antonins, ensuite par le préteur de liberalibus causis.

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 les contrôles 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 Ville.

Enfin le préfet de 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 fauteursde désordre, les esclaves qui font de mauvais coups, il se déclarent le 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 contestation 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.

Les préteurs judiciaires.

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 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 d'intervention administrative des préteurs judiciaires est controversée.

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 effets 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

Source : BIU Cujas

sur la matière.

Les deux systèmes relatifs aux provinces.

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.

Un premier système a été développé par Pernice; Mélanges pour le professeur Beseler, I885, pages 5I 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 procédure 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.

Un deuxième système a été soutenu récemment par Wlassak; dans sa monographie: Contribution au procès provincial romain, I9I9, mémoire paru dans la collection des Mémoires de l'Académie des sciences de Vienne, tome I90. 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 serait, dans les provinces, "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, fonctionnée dans les provinces impériales dites légatoriennes. Wlassak invoque en ce sens un argument de textes; qu'il tire de Gaius, I.8. 4. I09.

Elle aurait fonctionné dans les provinces impériales légatoriennes.

Mr. Fliniaux ne croit pas possible d'adopter le système de Wlassak et renvoi 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

Source : BIU Cujas

Boyé pages 287 et suivantes; sur le deuxième point à l'article précité de Mr. Fliniaux Revue historique du droit page 99, note I.

L'inscription de Cyrène.

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, dans la province sénatoriale de Cyrénaïque. La Cyrénaïque formait sous le Haut-Empire une province unique avec la Crète (province de Crète et de Cyrénaïque). 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) 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.

LE BAS-EMPIRE

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?

La régression économique.

a) - Envisagée au point de vue économique, cette période est une période de regression 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 synthè-

Source : BIU Cujas

se historique, I927, pages 62 et suivantes.

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 30I; 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, I893. L'échec fut total, et Contantin dut retirer l'édit. Sous la Révolution française une mesure analogue aboutit aussi à un échec lamentable.

La hausse générale des prix.

L'édit du maximum.

Malgré les efforts de Dioclétion 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 échéances se raréfient au V° siècle en Occident. L'économie domestique fermée domine.

L'économie domestique fermée.

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 religion d'Etat. L'édit de Milan, rendu par Contantin en 3I3, après sa victoire, avait mis le christianisme sur le même pied que le paganisme, en proclamant la liberté de religion. 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

Décadence de la philosophie ancienne.

Le christianisme devient religion d'Etat.

Source : BIU Cujas

retrouverons dans le droit privé.

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:

suivant les uns très importante.

I° - D'après Mr. Riccobona, Christianisme et droit privé, Revue de droit civil italienne, I9II, 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 d'autres très réduite.

2° - D'après Mr. Baviera Concept et influence du christianisme sur le droit privé, Mélanges Girard, I9I2, 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 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 chrétienne d'égalité (il n'y a plus d'hommes libres, plus d'esclaves, 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,

Reconnaissance de la parenté servile.

cognatio servilis, ayant eu comme conséquence la reconnaissance d'empêchement de mariage entre esclaves.

Le divorce se maintient.

Autre exemple: le divorce est interdit par les pères de l'Eglise. Cependant il est réconnu par la législation de Justinien.

Voici les matières où, sans aucun doute, le christianisme a exercé en droit privé une influence: la parenté naturelle avec la condition des enfants

La parenté naturelle.

naturels et la théorie de la légitimation,

Le mariage.

le mariage;

Les personnes morales.

la théorie des personnes morales, les fondations pieuses, par exemple:

Passons aux facteurs sociaux, politiques et juridiques.

Section I - Organisation politique et sources du droit.

I - Organisation politique.

Source : BIU Cujas

§ 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 étendue 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 prérégrins revit chez les barbares c'est-à-dire dans les populations 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 déjà 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 où 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 les 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, Texte 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.

Les colons sont attachés à la terre.

Source : BIU Cujas

Le colonat sera étudié au cours d'histoire du droit. Il est l'origine des tenures serviles sous la féodalité.

Pour le droit romain, particulièrement dans ses rapports avec le régime féodal, on consultera les deux thèses récentes importantesde Mr. Hajje, Edudes sur les locations à long terme et perpétuelles dans le monde romain, Paris I926, Histoire de la justice seigneuriale en France. Ses origines RomainesI927 .

Notons que le développement du colonat au Bas-Empire est absolument conforme aux tendances 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 au Moyen Age.

Les fonctions héréditaires et forcées.

§ 2 - Différents pouvoirs de gouvernements.

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 se trouve dépouillé du pouvoir de pure forme d'instituer le nouvel empereur. La lex de imperio est tombée en désuétude.

Le peuple n'a plus de pouvoir.

Le Sénat s'est tranformé 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 I883.

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 reconstituer 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 Constantin.

I° réforme; établissement du système spécial de gouvernement dit système de la tétrarchie ou du

Source : BIU Cujas

La tétrarchie.

gouvernement à quatre. Ce système s'est constitué en passant par deux phases.

Division de l'empire en deux.

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 régime du gouvernement à deux dura sept ans.

Création de deux Césars.

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.

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 études d'histoire juridique offertes à Girard, I9I2, tome I, page 65.

Réorganisation des provinces.

2° 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.

Toutes les provinces deviennent impériales.

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 hiérarchisés 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.

Les diocèses.

Les provinces étant 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 préfectures du prétoire.

Source : BIU Cujas

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.

Enfin les cités, civitates, constituèrent une subdivision de la province. Pour l'organisation des civitates au Bas-Empire, contentons nous de renvoyer au Cours de l'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, I9II.

Les civitates.

Centralisation de l'administration.

3°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 liaison. 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 agents in rebus.

Avec la centralisation administrative apparaît la bureaucratie. Nous rencontrons un nombre assez important de bureaux, scrinis 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.

II- LES SOURCES DU DROIT.

Nous ne rencontrons plus qu'un seul pouvoir législérant : c'est l'empereur. Donc la source du droit est constituée à notre époque par les constitutions impériales. Mais parmi les constitutions impériales,

L'empereur a seul le pouvoir législérant.

Source : BIU Cujas

on ne rencontre plus de mandata, mais seulement des rescrits et des édits.

D'autre part le droit ancien conserve toujours son autorité: lois , sénatus-consultes, édits, etc ... et ce droit ancien, on le cite d'après les ouvrages de ses commentateurs. D'où l'abus des citations. Un auteur littéraire du IV° siècle Amien Marcellin; raconte l'anecdote suivante. Il cite les 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.

Maintien du droit ancien.
L'abus des citations.

En présence de tels abus, l'autorité impériale dut intervenir. Voici ses deux interventions.

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 constitution de 321.

2° - La constitution de Théodose II et de Valentin 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.

La loi des citations (426)

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 les 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.

Le 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 majorité. En cas de partage des

Source : BIU Cujas

Les juges compteront les opinions.

jurisconsultes, par exemple 2 contre 2, le 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, ils adaptent aux conditions nouvelles de la vie sociale et économique.

Les Epitomes.

Parmi ces abrégés, citons: l'abrégé des Règles d'Ulpien au V° siècle, les abrégés des commentaires de Gaius, d'abord d'Epitome qui a été renfermé dans la loi romaine des Wisigoths, et le fragment d'Autun, découvert à Autun.

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 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, paraît-il, avaient le plus grand respect, étaient appelés maîtres oecuméniques c'est-à-dire universels.

Les écoles de droit.

Parmi ces écoles, l'une a eu un très vif éclat celle de Beyrouth. Pour cette école, son histoire renvoyons au livre de Mr. Collinet, l'Ecole de droit de Beyrouth, Paris I925. Cette école est intéressante à étudier, parce qu'elle a été le principal foyer des tendances orientales du droit romain au Bas-Empire. Le droit romain s'imprègne de plus en plus d'orientalisme, et cette question est à l'ordre du jour de la science romanistique, puisqu'elle a été discutée au Congrès international des sciences historiques d'Oslo de I928. Cette discussion a donné lieu à des articles importants de M. Collinet, Revue historique de droit I928 et I929 et de Mr. Erust Levy dans la Revue de la fondation de Savigny, I929

Le droit romain s'orientalise.

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 legos. C'est en partant de cette division que Justinien a fait des 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.

Distinction du jus et des leges.

Source : BIU Cujas

D'où la nécessité d'étudier pour les sources du droit du Bas-Empire.

1° - Les recueils antérieurs à Justinien.
2° - Les compilations de Justinien.
3° - Les ouvrages postérieurs à 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, ainsi nommés parce qu'ils ne sont pas écrits sur les rouleaux de papyrus, mais sur des feuillets indépendants, liés ensemble, comme nos livres modernes.

Recueil privé 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 3I4 et 324, par un autre particulier appelé Hermogenianus. Ils contiennent des constitutions impériales allant d'Hadrien à 365.

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 constitutions postérieures à Théodose, qu'on appelle les Nouvelles postthéodosiennes.

Les Nouvelles postthéodosiennes.

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.

1° - Les fragmenta Vaticana, manuscrit palimpseste, découvert , I820 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 altérations des textes plus anciens.

La collatio legum mosaïcarum et romanarum.

2° - La Collatio légum 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

Source : BIU Cujas

texte pur des mêmes fragments dans la Collatio legum.

3° - Le livre Syro-Romain, exposé du droit romain conservé dans des versions arabe, arménienne, et syriatique d'un original grec perdu, qui paraît avoir été écrit par ordre de Valentinien I°, peut-être par Saint Ambroise, vers 371.

Le livre Syro-Romain.

B - Recueils officiels

Le bréviaire d'Alarie (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 leges 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 en 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 de la lex romana Burgundionum.

Le Bréviaire d'Alaric a été très répandu dans la France méridionale pendant le Moyen Age.

La loi romaine des Burgundes.

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 Burgonde 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 de nombreuses abréviations, et le mot Papinianus a été abrégé en Papianus. On a cru que c'était le début de la loi Burgonde. C'est pourquoi celle-ci a été appelée le Papien.

d'où vient son nom de Papien.

§ 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 le rendent encore aujourd'hui plus célèbre que ses victoires éphémères.

Source : BIU Cujas

A - Histoire externe des compilations.

Rédaction de deux codes de leges.

Le travail fut commencé dès 528 par les leges. Une commission fut chargée, le I5 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 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'Oxyrinchos n° I8I4. Ce code a été refondu en 534 et c'est ce deuxième code dont nous possédons le texte.

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 Πανδέκται, Pandectes. Le Digeste fut promulgué le I6 Décembre 533, pour entrer en vigueur le 30 Décembre et 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.

Rédaction des Institutes.

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 Justinien 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 suivant l'ordre chronologique.

Division du Digeste.

2° -Le Digeste , Digesta Justiniani 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.

Source : BIU Cujas

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'édit 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. Dans la dernière édition stéréotypie allemande du Digeste, l'origine de ces fragments est indiquée dans l'Appendice I.

Ouvrages divers.

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. Pour faciliter leur travail; les commissaires de Justinien auraient été divisés en trois ou quatre sous-commission. 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 I04 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 la constitution qui sert de préface au Digeste, que Justinien a voulu à la fois élever un monument aux jurisconsultes

Altérations des documents utilisés.

Source : BIU Cujas

romains et faire oeuvre pratique pour les juges de son temps. Dans ce but, il a donné aux commissions le pouvoir de modifier les textes anciens.

Les coupures.

Cette adaptation s'est faite par plusieurs procédés. Le plus simple, très largement employé, c'est lacoupure: on fait sauter lespassagesqui se rapportent à un état de droit qui n'existe plus.

Les substitutions de noms d'institutions.

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 judiciaire qui existe encore.

Les interpolations proprement dites.

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.

La recherche des interpolations.

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 Tribinius qu'avec les ongles il a coupé la chair vive.... Et se faut à tous coups rompre la tête à deviner ce qui a été oté". Un auteur allemand a intitulé son livre: la chasse aux interpolations. La recherche des interpolations a été remise en honneur par l'école historique au XIX° siècle, et elle se poursuit encore aujourd'hui principalement avec Lenel et Beseler. Sur les interpolations de Justinien, lire la dissertation de Bonfante, Histoire du droit romain. II, page I4I.

Les interpolations préjustiniennes.

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 post classiques ont utilisé les ouvrages classiques, ils les ont traités très librement y intercalant des gloses explicatives (glossèmes) en remaniant aussi parfois le texte pour l'adapter au droit introduit par

Source : BIU Cujas

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.

Elles se composent, comme le Digeste, presque exclusivement d'extraits de jurisconsultes classiques, mais qui malheureusement n'indiquent pas les sources. Aura-t-on essayé de reconstituer les sources des Institutes.

Des Italiens s'y sont livrés récemment : 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 nouvelles 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.

Des travaux scientifiques recents ont été faits sur les Novelles, principalement par Mr. Noailles, dans ses deux thèses de doctorat.

§ 3 Ouvrages postérieur à Justinien

Les compilations de Justinien furent le point de départ de toute une littérature, qui commence avant sa mort et ne finit qu'avec la chute de l'empire d'occident.

Voici les plus importants ouvrages, nécessaires pour la compréhension directe des sources Justiniennes.

La Paraphrase des Institutes.

I° - 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.

Les basiliques.

2° - Un ouvrage des plus importants, les Basiliques, compilation grecque, divisée en soixante livres, subdivisés eux-mêmes en titres, de tout le droit de Justinien encore en vigueur au IX° siècle. Elles

Source : BIU Cujas

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, I833 à I870. Elle a été complètée par Ferrini. I897. 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 pour 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 extérieurs à Justinien, de Professeurs de l'école de Beyrouth, au V° siècle entre autres Cyrille, Patricius, Eudoxius ou 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 ces 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 I52, de la Bibliothèque Nationale. Un fragment de ce manuscrit a été reproduit photographiquement dans le dernier volume de la Revue de la Fondation Savigny, I929, au milieu d'un article important de Lawson, intitulé : Observations consernant le manuscrit des Basiliques Coislinianus I52.

Section II - Organisation judiciaire et procédure.

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

Généralisation de la procédure extra ordinem en matière civile.

Source : BIU Cujas

cette étude. Nous irons souvent jusqu'à des articles du Code de la procédure civile français.

ette réforme 'est pas l'oeu re 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 difinitivement 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 pas 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 déjà 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 de l'ordo n'est plus attestée dans les provinces sénatoriales au milieu du III° siècle, un peu après les Sévères.

lle est réalisé u milieu du III iècle dans les rovinces;

l'avènement de ioclétien, à ome.

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.

aractères de ette réforme.

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 pluspetitio. 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.

Source : BIU Cujas

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.

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.

Distinctions à faire.

Il faut avec soin distinguer les autorités rendant la justice à Rome ou à Constantinople, d'une part, et, d'autre part, 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 vu déjà cette distinction pour les magistrats municipaux. Prenons pour cadre la 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 reconnaissance 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. Il peuvent aussi renvoyer la connaissance d'une affaire déterminée à un judex pedaneus.

II- 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

Source : BIU Cujas

Les duoviri jugent les minores causae.

à la fin du Bas-Empire un fonctionnaire nouveau, le defensor civitatis, qu'on étudiera dans le cours d'histoire du droit.

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.

Compétence de l'empereur, des préfets du prétoire et des vicaires.

§ 2 - Caractères généraux de la procédure extra ordinem généralisée.

La procédure est secrète.

I° - 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 débats 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. Sur ces détails on trouvera des renseignements dans un article de Monnier et Platon, Nouvelle Revue historique I9I4, page 325.

Ecrite.

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 (36I à 363) page I82.

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:

Anciennes distinctions des actions.

a - Les distinctions entre les actions qui reposaient sur une particuliarité 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.

Du point de vue du fond, des distinctions nouvelles sont même apparues au Bas-Empire. Ainsi la division des actions générales et spéciales. Exemple

Source : BIU Cujas

La condictio generalis.

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.

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 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 a interdictum, Revue italienne pour les sciences juridiques tome 52, année I9I2.

Les interdits sont devenus des actions.

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 du 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-cfficielle et qui se sont succédé depuis Constantin.

I° 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,

La litis denuntiatio.

Source : BIU Cujas

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 papyri d'Oxyrrinchos n° 1876 à 1880, publiés dans le tome XVI de la collection anglaise des dits papyri.

La requête au Tribunal.

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. 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.

Le libellus.

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 denuntiatio 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, denuntiatione et temporum observatio ne remota, la dénonciation et l'observation des temps étant écartées. Sur la procédure dite sommai cons. l'art. de Biondi dans le Bull. dell'Ist. di dir rom. XXX, 1921, p. 220 et suiv.

Puis nous arrivons à l'autre système, la procédure par libelle, du temps de Justinien, dont nous

Source : BIU Cujas

La procédure par libelle.

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 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 libellus conventionis.

Les cautions.

Le juge examine sommairement la requête à lui adressée et rend un jugement interlocutoire, sententia, interlocutio, qui admet ou rejette cette requête. 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 survivance de la denegatio actionis sous 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 2 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, caution judicio sisti. Entre la citation et l'ouverture des débats devait s'écouler un délai d'au moins vingt jours.

Le jugement interlocutoire.

L'admonitio.

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, et ce système survit encore aujourd'hui dans la procédure italienne. 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.

Source : BIU Cujas

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,I9I4.

3° - La liaison de l'instance.

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:

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 Garsonnet et Cézar-Bru, Traité théorique et pratique de procédure, tome II, première partie, numéros I94 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, interprétée 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.

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."

l'art. 343 du C. proc. civ.

Sur la litis contestatio de la procédure extra ordinem généralisée, lire l'art. de Mr. Fliniaux, Revue historique de droit, I923 pages I90 et suivantes. Sur les destinées de la litis contestatio

Source : BIU Cujas

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.

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.

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.

Source : BIU Cujas

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 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?

Deux méthodes opposées sont pratiquées.

Le plan par périodes chronologiques.

La première méthode, la plus conforme à la méthode historique, consisterait 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 :

I° 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 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

Source : BIU Cujas

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-a-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, I.8, et Justinien, Institutes, I. 2. I2.

Les personnes.

I° - 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 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 place de 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 I804 : Il étudie d'abord le droit des personnes, puis successivement

Source : BIU Cujas

C'est le plan du Code Civil.

les droits réels, les successions, les obligations ou droits de créance. Sur ce plan de 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.

Le plan moderne: L'école historique allemande.

II- Le plan moderne.

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, I, page 389.

Les pandectistes allemands.

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. Ils ont donné une édition plus détaillée d'un ouvrage de Zachariae, sur le Code Civil Français qui était appliqué dans les provinces Rhénanes.

Aubry et Rau.

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.

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.

I° - Quels sont les sujets des droits ?

2° - Quels sont les objets des droits ?

Source : BIU Cujas

Nous prendrons cette grande division comme base de nos développements.

Les sujets des droits.

1 - 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.

Les successions.

Mais les biens peuvent être transmis, soit à titre particulier, soit à titre 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

LES SUJETS DES DROITS.

LES PERSONNES.

Les personnes, qui sont les sujets des droits, peuvent être soit des personnes physiques, soit des personnes morales. La plus grosse partie de nos développements sera relative aux personnes physiques, mais nous donnerons quelques indications sur les personnes morales.

Définition de la personnalité juridique.

a) Les personnes physiques.

Aujourd'hui, tous les hommes vivants sont susceptibles de posseder des droits. C'est ce qu'on appelle la personnalité juridique, qui peut être définie : l'aptitude à posseder et à exercer des droits.

Elle commence à la naissance.

En principe, c'est lemoment de la naissance qui marque le commencement de la personnalité juridique. Cependant l'enfant simplement

Source : BIU Cujas

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, en tant 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.

En principe, la personnalité juridique finit au moment ou 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.

Elle cesse à la mort.

Pendant la vie même de l'individu, la personnalité, c'est-à-dire l'aptitude à posséder et à exercer des droits nous apparaît plus ou moins complète. Certains évènements sont de nature à apporter à la personnalité certaines atteintes. Or si nous laissons de côté les rapports politiques, (Citoyens, latins, etc.) déjà étudiées dans la première partie du cours, on s'aperçoit vite que la personnalité se trouve, du vivant de l'individu, affectée du fait des rapports de famille. Il y a, en effet, à Rome, une relation étroite entre la famille et la personnalité, comme encore aujourd'hui. 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.

Influence des rapports de famille sur la personnalité.

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 encore toute nouvelle, qui ne remonte guère qu'à Auguste Comte, qui lui a donné son nom (Sur l'histoire de la sociologie, lire: René Maunier, Introduction à la sociologie, Alcan,

Evolution de la notion de famille.

Source : BIU Cujas

La sociologie et la famille.

I929) ne fournit pas encore aujourd'hui de certitude absolue relativement au problème des origines de 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, I929, auxquels se joint une note inédite supplémentaire, qu'il a bien voulu communiquer à Mr. Fliniaux.

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 :

I° - Le régime de la promiscuité.

2° - Le matriarcat, système lancé par l'Allemand Bachofen, Das Mutterrecht, I86I, 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.

I° 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, I9I6, 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, I9I7, page 279.

La gynécocratie est une exeption.

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

Source : BIU Cujas

croire qu'elle a pu être générale.

La filiation utérine précède la filiation masculine.

Une vérité, c'est que la filiation utérine procède de 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.

La famille patriarcale : c'est le type de la famille romaine à l'époque historique.

Plus tard, vient la famille agnatique ou patriarcale. 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 romaine.

La patria potestas.

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, qui est dit sui juris, suivant l'expression technique, c'est-à-dire maître de son droit; maître de lui-même, n'ayant aucune puissance au-dessus de lui, et tous les membres de la famille soumis à sa puissance portent le nom technique d'alieni juris, c'est-à-dire soumis à la puissance d'autrui, du paterfamilias.

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 appelée 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.

Durée de la patria potestas.

Jusqu'à sa mort, différence avec le droit moderne le paterfamilias exerce la patria potestas, et

Source : BIU Cujas

le mariage même ne libère pas les fils.

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 toutes 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 des 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 vontnaître, chaque fils étant le paterfamilias de chacune de ces domus nouvelles, et exercant 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 concevoir 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 dumus romaine?

La domus est un groupement religieux, politique,

1° - C'est d'abord un groupement religieux. C'est dans la domus qu'on entretient le culte des ancêtres. C'est le paterfamilias qui est le prêtre du culte de la famille.

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-meme. On est dans la phase de l'économie domestique fermée.

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 paterfamilias. C'est

Source : BIU Cujas

que ce mot paterfamilias signifie plutôt chef de famille que père de famille au sens physiologique du mot.

2° cercle : l'agnation.

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 on 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 parenté civile.

Membres de la parenté agnatique.

Les effets juridiques de l'agnation sont principalement des droits réciproques de succession et de tutelle.

Effets de l'agnation.

Voici un exemple concret.

Supposons que le paterfamilias décédé avait sous sa puissance trois enfants, dont deux fils, Primus et Secondus, et une fille Tertia. A la mort du paterfamilias, ses trois enfants restent unis par l'agnatio. Ils appartenaient à la même puissance avant la mort du paterfamilias.

Sont agnats Les enfants du paterfamilias décédé.

Supposons maintenant quePrimus contracte ensuite mariage et a des enfants. Ses enfants sont agnats entre eux, mais ils sont de plus les agnats de Secondus et de Tertia. Cela paraît curieux, parce que ces enfants n'ont pas été soumis à la même puissance que Secondus et Tertia, le paterfamilias étant mort avant leur naissance. Mais on suppose que le paterfamilias est encore en vie.

Les enfants de ses fils.

Supposons ensuite que Secondus se marie. Ses enfants seront agnats avec Primus, les enfants de Primus et avec Tertia.

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 Secondus, ni des enfants de ceux-ci.

Mais non les enfants de ses filles mariées cum manu.

Ces exemples, choisis à dessein, feront 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 degrés augmente dans l'agnation. La

Source : BIU Cujas

parenté s'éloigne, mais elle ne 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.

Computation des degrés de parenté.

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 lien de parenté n'apparaît 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.

Le lien de gentilité.

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 tombé 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 capitis deminutio, c'est-à-dire un évènement qui a pour effet la rupture des liens de famille.

Définition de la gens.

Telle est l'organisation primitive de la famille romaine; 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.

Evolution de la famille romaine

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.

Source : BIU Cujas

Mais bienlongtemps avant Justinien, au cours de l'histoire du droit romain, un duel eut lieu 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 incessamment et étudierons d'autres puissances comme la manus, le mancipium. L'étude que nous allons faire de la patria potestas nous mettra en présence de deux catégories bien distinctes de personnes: Les personnes sui juris et les 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 incapicité 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.

La patria potestas.

Les incapacités de fait.

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 mariage: le mariage cum manu, et le mariage sine manu.

Plan du titre Ier- La patria potestas.

Section I - Formation du mariage.
Section II - Conditions de fond du mariage.
Section III- Effets du mariage.
§ I - Entre époux.
A - Rapports personnels. L'adultère à Rome.
B - Rapports pécuniaires. La dot; son histoire.
§ 2 - Vis-àvis des enfants.
A - Rapports de la mère et des enfants.
B - Rapports du père et des enfants.
Section IV - Dissolution du mariage . Divorcium et repudium.

Source : BIU Cujas

Appendice. Unions autres que les justae nuptiae: matrimonium sine connubio 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.

Chapitre II - Effets de la patria potestas.

A l'origine, autorité obsolue 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.

Chapitre III - Extinction de la patria potestas. L'émancipation.

TITRE PREMIER.

LA PATRIA POTESTAS.

Chapitre I.

SOURCES DE LA PATRIA POTESTAS.

Les sources de la patria potestas.

Les sources de la patria potestas sont au nombre de trois:

1° - 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.

1°- Source de la patria potestas: Le mariage.

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.

Source : BIU Cujas

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: 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 impliquantsociété 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.

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 au point de vue juridique, mais 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 différents ne peuvent être rattachés au père que parce que la mère se trouvait sous la puissance de celui-ci. La puissance maritale

D'après Girard, le mariage cum manu est le plus ancien.

Source : BIU Cujas

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 appar 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, antérieure au VI° siècle de Rome, et il faudrait voir là la première brèche apportée aux vieilles idées patriarcales.

Lien entre la puissance paternelle et la manus.

Mais plusieurs auteurs (En France Labbé , Revue historique de droit, I887, pages I et suivantes et Declareuil; en Italie, Costa, Histoire du droit romain privé, 2° édition I925, en Allemagne, Jörs, Droit privé romain, 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. 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.

D'autres pensent que le mariage sine manu est antérieur.

De quel côté se trouve la vérité? Mr. Fliniaux croit préférable de ne pas se prononcer. Quoi qu'il en soit, ce 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 mariages, en examinant successivement;

Section I - La formation du mariage.

Section II - Les conditions de fond du

Source : BIU Cujas

Section III - Les effets du mariage.
Section IV - La dissolution du mariage.

Section I - Formation du mariage.

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 fiançaillespour le droit des latins. On rencontre chez les latins un droit plus archaïque qu'à Rome. Pour les fiançailles, on pouvait contraindre la personne à se marier, ou lui demander des dommages intérêts. Dans le droit romain, 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 arrhes, considérées ici comme un moyen de dédit. Sur les arrhes en matière de fiançailles, voir Volterra, Revue italienne pour les sciences juridiques, I927-I929.

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.

§ I - Le mariage cum manu.

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:

La conventio in manum.

Procédés d'acquisition de la manus.

I° - La confarreatio.
2° - La coemptio.
3° - L'usus.

I- La confarreatio.

Eléments de la confarreatio.

Gaius, I.II2, nous donne sur cette institution des renseignements précieux. En voici les éléments essentiels. D'abord une offrande à Jupiter d'un pain d'épeautre, farreus panis. Puis des paroles solennelles sont prononcées, verba certa et solemnia, 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.

Source : BIU Cujas

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. II3, la future épouse se trouve acquise par le mode d'acquisition par lequel on acquérait la propriété des choses précieuses. L'épouse était acquise moyennant un prix fictif. Gaius, I.I23, nous apprend qu'il y avait des différences dans les paroles de la mancipatio, suivant qu'elle servait à faire acquérir la propriété ou la manus. Mais le fond, dit-il, est le même. Cela n'est pas pour nous étonner. On voit encore des pays où l'on achète les femmes. Cela était fréquent dans l'antiquité. Voir l'article de Westrup, Revue allemande pour la science du droit comparé I927, pages 47 et suivantes.

L'usus.

L'usus 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, 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;

L'usurpatio trinoctii.

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' existait une autre forme de mariage, laquelle ne peut-être que le mariage sine manu.

Disparition successive de ces trois procédés.

Quoi qu'il en soit, au cours de la législation romaine nous assistons à la disparition successive des trois modes de mariage cum manu. L'usus disparut le premier. Gaius le représente comme disparu, partie en vertu de lois, partie par désuétude.

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.

Source : BIU Cujas

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. Elle 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 libérait immédiatement la femme de la manus, lui faisait repasser tous ses biens, se contentant de garder pour lui le culte. La femme était débarrassée du culte, et en même temps du vieillard.

La coemptio fiduciaire.

Cas d'emploi.

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.

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?

Le mariage sine manu est un mariage sans formes, reposant sur le consentement. Mais alors se pose la difficulté suivante: le seul consentement des époux suffit-il pour que le mariage sine manu soit formé? Ne faudra-t-il pas un autre élément extérieur celui-là?

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 civile. Il est certain, d'autre part, que le consentement des époux n'a pas besoin d'être soutenu par une cohabitation effective. Les textes le disent formellement. Le principe est donné par Ulpien, dans une formule dont le texte est rapporté au Digeste à deux endroits différents,35. I.I5 et 50.I7.30: Nuptias non concubitus, sed consensus facit, ce n'est pas la cohabitation, mais le consentement qui fait le mariage, texte célèbre sur lequel s'appuieront au Moyen Age les canonistes

La cohabitation n'est pas nécessaire.

Source : BIU Cujas

et les théologiens pour dégager leur grande théorie du consentement en matière de formation du mariage, allant beaucoup plu loin que les Romains eux-mêmes, allant jusqu'à dire, ce à quoi les Romains n'avaient jamais pensé que le mariage est dans son essence même un contrat. Glose sur le canon V aux décrétales de Grégoire IX, livre IV, titre 4: quia contractus perfectus est per solum consensum. Renvoyons pour le droit canonique 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 catholique, V° Mariage I927.

La théorie canonique du mariage.

Après cette incursion dans le droit canonique, très important pour le droit moderne, où se pose la question: le mariage n'est-il qu'un contrat? Revenons au mariage sine manu. Est-ce à dire, en présence d'un texte aussi catégorique, que le consentement dans le mariage sine manu romain soit le seul élément indispensable?

Mr. Fliniaux pense qu'il faut en outre une autre condition: que la femme puisse être considérée comme étant mise à la disposition physique de son mari. Si les époux sont présents aucune difficulté. La femme sera dite mise à la disposition physique de son mari, quand aura lieu la deductio in domum mariti, l'entrée de la femme dans la maison du mari (Digeste, 24.I.66.),ancienne cérémonie qui s'est maintenue à l'époque classique.

Il faut en outre la deductio in domum mariti.

Si les époux ne sont pas présents, s'ils sont absents, Paul, Sentences, 2.I9.I8, dit qu'un homme absent peut se marier, et qu'une femme absente ne le peut pas. Voici le sens de cette distinction, telle que le jurisconsulte Pomponius la développe, 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 physique de son mari, qui peut, quand il lui plait, revenir chez lui.

Un homme absent peut se marier, mais non une femme absente.

Explication de Pomponius.

Au contraire, l'absence de la femme rend le mariage impossible, malgré la présence du mari. Vainement le consentement réciproque serait manifesté, vainement le mari serait conduit à la maison de la femme. Là n'est pas le domicile conjugal. On ne pourrait pas dire que le mari eût sa femme à sa disposition physique.

Le moment précis où commence le mariage est donc celui où la femme est mise à la disposi-

Source : BIU Cujas

Intérêt de la date de commencement du mariage.

tion physique du mari. La détermination de cette date est des plus importantes au point de vue juridique, pour déterminer:

I°-La présomption de paternité.

I° - 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 démontrant, le père est celui que le mariage démontre.

2° - La validité des donations.

2° - Si une donation (c'est à propos de ce cas juridique que nous rencontrons notre texte) est valable comme faite entre fiancés, ou nulle, comme faite entre époux, le droit romain proclamant la nullité des donations entre époux.

Le concubinat.

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, 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. Dans la pratique, il faut reconnaître que les preuves du mariage manqueront rarement. Il y aura mariage s'il y a eu auparavant des fiançailles, ou s'il y a eu rédaction d'un acte écrit destiné à constater la dot de la femme, un instrumentum dotale.

Preuve du mariage.

L'instrumentum dotale.

Mais ces éléments de preuves peuvent faire défaut. Comment faire la distinction?

Criterium de la distinction du mariage et du concubinat.

Selon Mr. Albertario, dans un article, Rendiconti de l'Institut Royal Lombard des sciences et des lettres, 1929, volume 62, le droit romain se serait référé successivement à deux critères complètement différents:

Thèse de Mr. Albertario.

I° - Pendant la période classique à un critère purement objectif à ce qu'on appelle l'honor matrimonii, c'est-à-dire les circonstances de pur fait desquelles ressortait extérieurement pour l'homme comme pour la femme l'état de véritable époux. L'honor matrimonii n'aurait pas existé en cas de disproportion de rang entre les conjoints: homme libre avec une esclave, sénateur avec une affranchie, etc... en ce cas de caractère immoral de l'union: ingénu avec une courtisane, ou une entremetteuse, ou une femme condamnée à une peine criminelle, ou une femme adultère; en cas d'interdiction du mariage entre certaines personnes, par exemple, entre le gouverneur d'une province, et une femme habitant cette province.

L'honor matrimonii.

2° - Critère, principalement dans le droit

Source : BIU Cujas

L'affectio maritalis.

de Justinien, critérium purement subjectif, que les textes appellent l'affectio maritalis, l'intention de se comporter comme mari. Justinien et ses commissaires auraient interpolé de nombreux textes du Digeste, pour remplacer l'honor matrimonii par l'affectio maritalis ou le mettre sur le même plan que l'affectio maritalis. Un texte dit par exemple : maritalis honor et affectio. (D. 39, 5, 31 pr)

Le critérium est l'affectio maritalis.

Que vaut cette thèse de Mr Albertario ? Mr Fliniaux n'hésite pas à la repousser. En effet, tous les cas que cet auteur rapporte à l'absence d'honor matrimonii sont en réalité des cas généraux de nullité du mariage et d'empêchements au mariage. Dès l'époque classique, le mariage sine manu diffère en droit du concubinat uniquement par la simple intention, l'affectio maritalis. Mais devant la difficulté de prouver cette affectio, intervinrent des présomptions. C'est ainsi que Théodore et Valentinien admirent entre personnes de même condition et l'une et l'autre honorables, inter pares honestasque personas, que la vie commune emporterait présomption de mariage. Code de Justinien, 5, 4. 22.

Présomptions établies par les Empereurs.

Justinien alla encore plus loin; il admit que la cohabitation ferait toujours présumer le mariage, pourvu que les deux personnes fussent l'une et l'autre libres et ingénues. Code de Justinien, 5.4.23. 7.

§ 2 - Conditions de fond du mariage.

Les conditions de fond du mariage.

Il y a trois conditions :
I° le consentement
2° la puberté
3° le connubium.

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 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 aliéni juris, et parfois quand il est suijuris. Il faut donc distinguer deux hypothèses :

Le consentement des époux.

Source : BIU Cujas

I° Un des époux est alieni juris.

Si un des époux est aliéni juris il faut le consentement du paterfamilias.

Le consentement du paterfamilias est requis 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 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.

Il suffit pour les petites filles.

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 éxigé. 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 ascendant fut, à partir d'une certaine époque, suppléé parfois:

Cas de refus ou impossibilité de consentement des ascendants.

I° - La loi Julia de l'an 736 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.

2ème hypothèse: Un des époux est sui-juris.

Le consentement du tuteur de la femme 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

Source : BIU Cujas

qui donne le consentement originairement, la tutelle est en effet considérée comme une puissance.

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.

puis d'autre parents.

Il a un but de protection.

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 I2 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 Proculiens proposaient un âge fixe, I4 ans. C'est le système des Proculiens qui finit par l'emporter sous Justiniens, Institutes I,IO, pr.

L'âge de la puberté.

3ème condition - Le connubium.

Par connubium, il faut entendre l'aptitude légale à contracter les justae nuptiae. Ulpien, Règles 5.3: Connubium est uxoris jure ducendae facultas, le connubium est la faculté légale de contracter mariage. Le connubium peut, dans son étude, être envisagé à deux points de vue: un point de vue absolu et un point de vue relatif.

Définition du connubium.

Au point de vue absolu, d'une façon générale, le connubium n'appartient qu'aux personnes qui ont la partria potestas ou sont soumises à la patria potestas, c'est-à-dire aux Romains des deux sexes. Il fait donc défaut, comme nous l'avons vu dans la première partie, aux esclaves, aux latins coloniaires (à moins de concession expresse.) et aux pérégrins.

Il n'appartient qu'aux Romains.

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 cano-

Les empêchements au mariage.

Source : BIU Cujas

nique et de là, dans le droit français.

Ils peuvent résulter de trois faits:

I° - La disproportion des rangs.

2° - La parenté ou l'alliance.

3° - Certaines règles du droit positif.

I- Disproportion des rangs:

La loi Canuleia.

I° - Jusqu'à la loi Canuleia, 309 avant J.C., le mariage fut interdit entre patriciens et plébéiens.

La loi Julia.

2° - Le mariage fut longtemps interdit entre ingénus et affranchis. Cette prohibition fut abrogée par la Ière loi matrimoniale d'Auguste, la fameuse 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 affranchies et les femmes de moeurs honteuses (lena) et, parmi ces dernières, figuraient les comédiennes. De là est sortie la fameuse histoire de Justinien et de Théodora. Justinien aima une comédienne et voulut l'épouser. Il arriva à ses fins.

Le mariage de Justinien et de Théodora.

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 II7, chap. 6.

II - 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.

I° - Exception historique.- Claude voulant épouser Agrippine, fille de son frère Germanicus, fit décider par un senatus-consulte qu'un oncle pourrait épouser la fille de son frère. Gaius I.62. Cela permet de comprendre Britannicus,acte 4 scène 2. Mais 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

Source : BIU Cujas

même entre le grand oncle et la petite nièce.

2° - Sous l'influence des idées chrétiennes, le mariage entre cousin germains, consobrini, fut prohibé par les premiers empereurs chrétiens. Code Théodosien, 3.IO.I.3.I2.3..

Prohibition du mariage entre cousins germains.

L'alliance adfinitas.

L'alliance est le lien qui rattache un des conjoints aux parents de l'autre. Elle devint sous l'empire païen un obstacle au mariage, en ligne directe, à l'infini, et, sous les empereurs chrétiens en ligne collatérale, entre beau-frère et belle-soeur. Code Théodosien, 3.I2 2.

Empêchements entre alliés.

III - Empêchements résultant de certaines règles du droit positif.

D'après la loi Julia de adulteriis, 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.

Empêchements résultant du droit positif.

2°-Le mariage est interdit,en vertu d'un sc. de Marc Aurèle et Commode, 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.

Quand l'une de ces conditions de fond faisait défaut, le mariage était nul. Il pouvait y avoir même, à côté de cette sanction civile, une sanction pénale pour inobservation des règles de la parenté et de l'alliance, crime d'inceste.

Sanction des conditions de fond.

Section III - Effet 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.

Source : BIU Cujas

I - Rapports personnels.

I° - Mariage cum manu.

Ière règle: La femme quitte sa famille d'origine. Si elle était aliéni 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 brutal très archaïque. De bonne heure, les moeurs vinrent tempérer ces rigueurs.

Tempéraments apportés.

Ier Tempérament: On obligea le mari à ne frapper sa femme qu'après avis d'un conseil où figurent semble-t-il, des membres de son ancienne famille, devenue 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 dis parition 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.

Source : BIU Cujas

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 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.

Droit du mari.

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. Cette loi punit l'adultère de la femme, à côté d'autres déchéances accessoires, de la peine de la relègation. Quant à la poursuite, elle en charge le père et le mari pendant 60 jours. Après ce délai, la poursuite appartenait à 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 répression de l'adultère de la femme.

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.

1° - Dans le mariage cum manu, la femme est incapable, parce qu'elle se trouve soit sous la manus de son mari, soit sous la patria potestas du pater familias de son mari.

Incapacité de la femme in manu.

2° - Mariage sine manu.

Primitivement, la femme est toujours incapable. En effet, si elle est alieni juris, elle est sous la puissance de son pater familias. Si elle est sui juris, elle est sous la puissance de son tuteur,

de la femme sine manu.

Source : BIU Cujas

comme toute femme quelconque à Rome.

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 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.

L'interdiction d'intercedere pro marito.

Actes d'intercession.

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 Velléien, dans l'ancien droit français, nous renvoyons au cours d'histoire du Droit et au cours de Droit civil.

Extension de la prohibition aux femmes non mariées. (Sc. 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, ni pour tout 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.

L'intercession est interdite pro alio.

La renonciation au 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 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.

Destinées du Sc. Velléien.

Aujourd'hui, l'incapacité de la femme mariée ne se présente plus comme en droit romain comme un aspect de l'incapacité frappant toutes les femmes. Il y a une incapacité spéciale à la femme

Incapacité moderne de la femme mariée.

Source : BIU Cujas

mariée.

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 pouvaient 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.

Les biens de la femme sine manu lui restent propres.

Tous les biens de la femme sui juris lui restent propres, ne passent pas dans le patrimoine du mari.

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.

Comment était constituée cette dot?

Mode de constitution de la dot.

La dictio dotis.

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.

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.

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, en particulier, droit de Justinien.

Ière période : Système de l'ancien droit.

La dot est 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.

Source : BIU Cujas

a) Dans le mariage cum manu.- Cette matière est mal expliquée dans les ouvrages.

I° - Si la femme est sui juris, tout son patrimoine passe au mari.

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 pater familias. En effet, elle cesse d'être héritière de son pater familias. 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.

Prédécés de la femme.

I° - Si le mariage se dissout par la mort de la femme, la dot n'ira pas aux membres de l'ancienne famille dela 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, ses enfants.

b) dans le mariage sine manu.

La dot profectice.

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 être constituée par la femme elle-même, si elle est sui juris.

La dot adventice.

Elle peut être constituée par un tiers, que la femme soit alieni juris ou sui juris. Dans ces deux cas, la dot est appelée "adventice".

Sort de la dot après la dissolution du mariage.

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. 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 nous le verrons, elle n'est pas rattachée à ses enfants, qui ne sont pas ses héritiers. La dot passera donc à ceux-ci par l'intermédiaire du mari.

Source : BIU Cujas

En tous 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.

Legs du mari à la femme.

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.

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, à 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.

La multiplication des divorces à Rome.

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 s'engagea avant le législateur.

Nécessité de la restitution de la dot.

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.

La cautio rei uxoriae.

Quel était exactement l'objet de cette promesse ?

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 don-

Son objet.

Source : BIU Cujas

née 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'action 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 action 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.

Mais 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.

L'action rei uxoriae.

Cette obligation légale a été sanctionnée par une action spéciale, l'action 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'action rei uxoriae. Le palimpste était si défectueux que la lecture n'était 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'action 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).

C'est une action de bonne foi.

Théorie d' Esmein.

Mais ceci étant établi définitivement aujourd'hui, reste à résoudre le problème difficile des origines de cette action rei uxoriae. Dans les manuels français, le système qui prévaut unanimement, c'est le système édifié par Esmein. 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

L'action prétorienne in aequum et

Source : BIU Cujas

bonum concepta.

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, et qui, étant prétorienne, ne peut être antérieure à la loi AEBUTIA.

Les actions dites in bonum et aequum conceptae diffèrent des actions de bonne foi du point de vue 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 aequum conceptae, c'était au contraire dans la condamnation qu'il était prescrit au juge de condamner au quantum bonum et aequum erit.

Différence avec la formule des actions de bonne foi.

Parmi les actions in bonum et aequum conceptae en droit romain, 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. Sur les actions in bonum et aequum conceptae. Nouvelle revue historique de droit, 1901, p. 541, et suivantes.

Etant donné le caractère pénal que présentent les actions in bonum et aequum conceptae, Esmein en avait déduit le caractère pénal primitif de l'action 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.

Caractère pénal à l'origine de l'action rei uxoriae, d'après Esmein.

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 in bonum et aequum concepta serait ensuite devenue l'action de bonne foi que Gaius range dans la liste des actions de bonne foi.

M. Fliniaux doute que cette théorie soit exacte. Les travaux récents sur la matière laissent des doutes, 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, p. 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 parag. 62 de son commentaire 4, disant que l'action rei uxoriae est une action de bonne foi. Pour M. Grosso, l'action rei

Source : BIU Cujas

L'action rei uxoriae a toujours été une action de bonne foi.

uxoriae n'a jamais été une action 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 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.

La formule particulière.

Toutefois notre action 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'action rei uxoriae, qui existait déjà à l'époque de Cicéron renfermait, comme Cicéron nous l'apprend lui-même,(Topiques, I7, 66 et De Officiis, 3; I5,6I, textes d'une importance capitale pour l'origine des actions de bonne foi en général) les mots suivants dans l'intentio: Quod melius et aequius erit.

Coexistence du système contractuel et du système légal.

Quoi qu'il en soit, quand est apparue l'action 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 restitution. Donc, en définitive, le système dotal de l'époque classique comprend deux pièces essentielles:

I° - restriction des pouvoirs du mari sur les biens dotaux.

2° - Restitution de la dot.

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 fond dotal, qui n'est en réalité qu'un chapitre 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?

Source : BIU Cujas

Partie 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 .

Même sur ce dernier point apparaît en droit classique romain le principe moderne de l'inaliénabilité dotale. C'est quand il s'agit de la constitution d'hypothèque. Dans ce cas tout à fait exceptionnel 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 sur l'interdiction de la loi Julia sur le fonds dotal, 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 hypothèquer 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 italique qu'il avait vendu, soit pour le reprendre à l'acheteur.

Nullité de l'aliénation.

Deuxième pièce maîtresse du système:
Restitution de la dot à la dissolution du mariage.

La restitution de la dot.

Nous rencontrons deux sanctions tout à fait différentes, suivant que l'obligation de restituer à source dans une convention ou dans la loi elle-même.

La sanction sera, quand il s'agit de l'obligation conventionnelle de restituer, l'action 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'action rei uxoriae.

L'action ex stipulatu est une action de droit strict. L'action rei uxoriae est une action

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'action ex stipulatu est une action de droit strict ne conférant au juge que des pouvoirs étroits d'appréciation, l'action rei uxoriae est une action de bonne foi, dans l'intentio

Source : BIU Cujas

de bonne foi.

de laquelle le préteur prescrit au juge d'apprécier suivant la bonne foi le rapport juridique qui lui est soumis.

Différences entre ces deux actions.

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.

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'action 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.

La dot n'est rendue, sur l'action rei uxoriae que quand sa fonction est terminée.

Nous allons le voir, en passant en revue les différents cas.

Divorce ou prédécès du mari.

I°- Dissolution du mariage par le divorce ou le prédécès du mari. La restitution doit avoir lieu, et c'est la femme qui peut intenter l'action rei uxoriae. Quand elle est sous la puissance d'un ascendant l'action rei uxoriae ne peut être intentée par celui-ci qu'avec le concours de la femme adjuncta filiae persona.

Prédécès de la femme.

Deuxièmement: 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 pater familias. Les jurisconsultes se demandent pourquoi ils sont embarrassés. Un motif plutôt plaisant est donné par Pomponius, au Digeste. On n'a pas voulu que le père perde a la fois sa fille et la dot.

La dot profectis est toujours restituée.

Délai accordé au mari.

Deuxième différence. En cas d'action 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'action ex stipulatu, le débiteur de la dot doit rendre la dot tout entière. 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'action rerum amoratum, 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.

Sur l'action ex stipulatu le mari ne peut faire de compensation.

Au contraire, en cas d'action rei uxoriae, on rencontre le système appelé système des retentions. Le mari actionné en restitution pourra retenir sur

Source : BIU Cujas

Les retentiones sur l'action rei uxoriae.

la dot le montant de certaines créances qu'il peut avoir contre la femme. Il faut répartir en deux groupes les retentiones:

Distinction à faire.

Premier groupe: les retentiones propter mores et les retentiones propter res amotas fonctionnant dans les cas où pouvait être exercé le judicium de moribus et l'actio rerum amotarum.

Deuxième groupe: les retentiones propter impensas à cause des impenses faites par le mari sur des immeubles dotaux. On lui donne en dot une maison en mauvais état; il la répare. Il se fera rembourser ce qu'il a dépensé; Les retentiones propter liberos, quand des enfants restent à sa charge, ce qui se produira lorqu'en cas de prédécès de sa femme il rend la dot au pater familias de la femme.

Intérêt de la distinction.

Il y a un interêt pratique à faire cette distinction entre les deux groupes de retentiones. Celles du premier groupe ayant un caractère moral appartiennent au mari seulement, et non à ses héritiers, et en cas de divorce seulement. Au contraire celles du second groupe, ayant un caractère plutôt pécuniaire que moral, passent aux héritiers du mari et elles sont admissibles quelle que soit la cause de dissolution du mariage.

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'action ex stipulatu n'est pas vilégiée.

Enfin cinquième différence: la plus importante, point de départ d'une grande théorie du droit moderne: l'hypothèque légale de la femme mariée. L'action stipulatu n'avait aucune garantie, car elle n'était pas une action privilégiée.

L'action rei uxoriae est privilégiée.

Au contraire, l'action 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, interve - naient, pour renforcer la garantie, les dispositions de la loi Julia de fundo dotali. Deux hypothèses peuvent se présenter:

Cas d'aliénation de l'immeuble italique par le mari.

I° - 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.

Source : BIU Cujas

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 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.

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.

I° - Restriction des pouvoirs du mari sur la dot.

Le mari ne peut plus aliéner l'immeuble dotal, même avec le consentement de femme.

Une constitution de 530 enleva au mari le droit d'aliéner l'immeuble dotal, même avec le consentement de la femme. Code de Justinien, 3.I3.I.4. 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.

Généralisation de l'action en stipulatu.

La même année 530, Justinien abolit l'action rei uxoriae, pour ne conserver que l'action ex stipulatu, qu'il généralise, en décidant qu'on sous-entendrait toujours une stipulation de restitution au profit de la femme. Code de Justinien 3.I3.I. A cette action ex stipulatu nouvelle il attacha les principaux caractères de l'action rei uxoriae. L'action ex stipulatu nouvelle du droit de Justinien nous apparaît donc comme un amalgame de l'ancienne action ex stipulatu et de l'action rei uxoriae.

Ses caractères.

I° - 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'edit de alteruro.

5° - Enfin quant aux garanties de l'action, Justinien prit une série de mesures de plus en plus

Source : BIU Cujas

rigoureuses pour sauvegarder les droit de la femme:

En 529, il décide que la femme aura une action en revendication et une action hypothécaire privilégiée, pour se payer par préférence à tous les créanciers, même hypothècaires, mais seulement pour certains biens dotaux, que Justinien appelle les biens existants.

En 530, Justinien donne à la femme, sur les autres biens de son mari, une hypothèque légale prenant date du jour du mariage.

Enfin, en 531, 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. 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 moderne.

Des deux pièces maîtresses du système romain sont sorties les deux institutions suivantes du droit 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 ", particuliarité fondamentale que présente le régime dit dotal vis-à-vis des autres régimes internationaux que connaît le droit 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. 2121 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. 2121. Cette hypothèque ne prend date que du jour du mariage.

La donation ante nuptias.

A l'institution de la dot, il convient de joindre celle de 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.

Jusqu'à Justinien elle porta le nom de donation ante nuptias, ainsi nommée parce qu'elle

Source : BIU Cujas

était faite par le mari à la femme avant le mariage. Elle était exigible seulement en cas de divorce imputable au mari ou de précédès 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.

I° - Elle doit avoir le même montant que la dot.

La donation propter nuptias.

2° - Sa restitution après le mariage assurée par une hypothèque (non privilégiée) sur les biens du mari.

3° - Les biens qui la compose sont inaliénables pendant le mariage.

C'est l'objet de la célèbrenovelle 6I qui d'après M. Noaille, l'inaliénabilité dotale et la novelle 6I, Annales de l'Université de Grenoble XXX, I9I8 p. 453 ss aurait joué également un grand rôle dans la théorie byzantine de l'inaliénabilité dotale. Mais, il ne peut être contesté que la novelle 6I ait joué 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 I924), il ne nous paraît nullement démontré que cette novelle se soit appliquée en droit romain à la dot proprement dite.

§ 2 - Effets du mariage à l'égard des enfants.

La femme mariée in manu est la soeur de ses enfants.

I - Rapport de la mère et des enfants.

Ici encore, il faut distinguer les deux sortes de mariage qu'a connues le droit romain, le mariage cum manu et le mariage sine manu.

I° - 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.

Source : BIU Cujas

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, en accordant la bonorum possessio unde cognati, appelant 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.

I° - Le Sc. Tertullien, rendu sous Hadrien II7 à I38 qui a reconnu un droit de succession à la mère sur les biens de ses enfants.

2° - Le Sc. Orfitien, de I78, rendu sous Marc Aurèle et Commode qui accorde un droit de succession aux enfants sur les biens de la mère.

L'obligation alimentaire.

Des constitutions impériales vinrent aussi reconnaftre 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 pour 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 I9I3; Perozzi, Tollere liberum, Etudes en l'honneur de Simoncelli, I9I7 Tisset, Contribution à l'histoire de la présomption de paternité. Etude de droit hébraïque et de droit romain, Paris I92I.

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 li -

Source : BIU Cujas

vraison". Voici comment les choses vont se passer. Le nouveau-né est placé devant le paterfamilias. Si le paterfamilias sent, pour nous servir du beau vert 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 peut 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. Ulpien, Digeste, siège de la matière, I.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 toutes les oeuvres 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., 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 une règle générale et impérative. Ce sont en effet les interprètes du droit romain qui donnèrent à cette formule la conception législative qu'elle a aujourd'hui dans le droit français, article 3I2 du code civil, présomption faisant endosser au mari toute conception de l'enfant né de son épouse, établie aujourd'hui 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

L'article 3I2 du Code civil.

Source : BIU Cujas

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 juduciaire, 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.

La preuve de la non paternité à Rome.

Cette règle étant posée nous voyons l'intérêt pratique qu'il y a à déterminer quand un enfant est né d'une femme mariée, et une présomption scientifique apparaît. 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.

La présomption relative à la durée de la gestation.

Section IV - Dissolution du mariage.

La dissolution des justae nuptiae peut être forcée ou volontaire. Les causes de dissolution forcée sont les suivantes:

I° - La mort de l'un des époux.

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 le fait de la décence commandait que la femme pleurât son mari.

Le délai de IO mois imposé à la femme pour se remarier.

La turbatio sanguinis.

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 Ernest Lévy, absence et mariage dans les droits antiques, Mélanges dédiés à la mémoire du professeur Emil Seckel (Gedachtnisschrift für Emil Seckel, I927, pages I45 et suivantes. Dans

Effet de l'absence sur le mariage.

Source : BIU Cujas

le droit de la République, comme dans celui du Principat, l'absence entraîne la dissolution du mariage, dans la mesure où elle implique l'impossibilité de communiquer avec l'absent. Les textes de Justinien qui contiennent une doctrine contraire ont été, suivant Ernst Lévy , tous interpolés.

Perte de la liberté.

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. 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.

Effet du postliminium.

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.I5. De captivis, 8 in fine.

Perte de la cité.

3° - La perte de la cité, media capitis deminutio. Le mariage est dissous 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 être remplacées par le matrimonium sine connubio ou du droit des gens qui sera étudié plus loin.

Perte des droits de famille.

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.

II - Dissolution volontaire du mariage.

La dissolution volontaire du mariage c'est dans un sens large, le divorce. C'est ici surtout, qu'il faut avec soin distinguer le mariage cum manu et le mariage sine manu. En effet, le mariage cum manu est un acte juridique, générateur de conséquences juridiques précises. Le mariage sine manu est en quelque sorte un état de fait, constitué par la réunion d'un certain nombre d'éléments intellectuels et matériels.

Source : BIU Cujas

Le mariage cum manu donne au mari sur la femme un pouvoir analogue à celui du paterfamilias sur ses enfants. Il ne peut cesser en principe qu'à la mort. Mais de bonne heure, il y eut des procédés pour faire cesser la manus. Au cas où la manus a été acquise par confarreatio, procédé religieux, on utilise un procédé religieux contraire, la diffareatio. En cas d'usus ou de coemptio, on utilise la remancipation, qui n'est qu'une application de l'expédient par lequel le père abdique sa puissance sur son fils, c'est-à-dire on mancipe la femme à un compère, qui l'affranchit ensuite de la puissance du mancipium.

Dissolution volontaire du mariage cum manu.

En revanche, la femme ne peut pas plus sortir de la manus malgré le mari, que le fils, de la patria potestas;malgré le paterfamilias.

Tout autre est la situation de la femme dans le mariage sine manu. Ce mariage, impliquant la réunion d'un certain nombre de conditions, disparaissait logiquement quand une de ces conditions venait à faire défaut. En conséquence, le mariage 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 le volonté d'un seul des conjoints, ce que les Romains appelaient le repudium. Passons en revue ces deux sortes de procédés.

du mariage sine manu.

Le divortium et le repudium.

A - Le divortium (divorce par consentement mutuel).

Le divortium.

Il a toujours existé à Rome. Cependant sous Justinien, Novelle II7,§ IO il 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 I40.

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. Le repudium était soumis en cas d'adultère seulement par la loi Julia de adulteriis à certaines formalités, à savoir une notification écrite adressée par un des époux à l'autre devant sept témoins. Digeste 24.2.9.

Cas d'adultère.

Mais en dehors du cas d'adultère, la nécessité de la forme écrite (libellus repudii) en ce qui concerne la validité du repudium n'apparaît pas antérieurement à Dioclétien , ainsi que l'a récemment démontré Ernst Lévy. L'histoire du divorce romain I925. Auparavant il suffisait de la déclaration expresse de l'un des

Autres cas.

Source : BIU Cujas

époux, adressée et parvenue à l'autre, quelle que fût sa forme. Il n'était pas besoin de libellus repudii, comme le soutiennent les auteurs. En faveur de la thèse de Lévy, on peut invoquer un passage de la célèbre satire de Juvénal, Satire VI, vers I42, et suivants. " D'ou 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 tendence 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'évangile avait proclamé le principe de l'indissolubilité du mariage. Evangile selon Saint Mathieu I9.6. 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 puisse 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 répudation 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 sepulchrorum dissolutor, destructeur de sépulcres, 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 répudation a lieu sans juste motif.

La femme qui a répudié à tort peut être exilée et perd sa dot.

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

b) - Mesures prises par les Empereurs Théodose II et Valentinien III en 449. Code de Justinien, De repudiis 5.I7.8. Ici encore, étudions les mo-

Source : BIU Cujas

Valentiniens III.

tifs 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 maltraîtée ou frappée de verges; ce 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 II7. Justinien a fait la grande distinction suivante:

Le divortium bona gratia.

I° - 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 répudium 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.

Le repudium sine ulla causa.

3° - Si c'est un répudium sine ulla causa, injustifié des peines semblables sont prononcées contre son auteur.

Le mariage est rompu dans tous les 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.

Source : BIU Cujas

Sur les rapports des époux entre eux et le divorce en droit romain, voir Lefebvre, Le mariage et le divorce à travers l'histoire romaine. Nouvelle Revue Historique de droit 1918, pages 102 et suivantes.

Appendice: Unions autres que les justae nuptiae.

Si nous laissons de côté le contubernium entre les esclaves, nous rencontrons le matrimonium sine connubio 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 connubio.

C'est le mariage contracté entre personnes qui n'ont pas le connubium, 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 oppostion 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 transféré 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 surveillance 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 connubio 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 d'influence chrétienne sur la législation civile.

A - Le droit païen.

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.

Le concubinat sous le Haut Empire.

Théorie d'Accarias.

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 celle-ci à certaines règles juridiques, quant à ses conditions, son champ d'application et ses effets.

Théorie de Paul Cide 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 concubibat se trouvent dans la deuxième édition de cet ouvrage parue en 1885, p. 543). 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 de vue

Le concubinat est licite, mais sans effets civils.

Source : BIU Cujas

L'enfant n'est rattaché qu'à sa mère.

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 insectueux. 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, bonurum possessio unde cognati.

C'est 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 , 1895. 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 (Erzatz) aux prohibitionsmatrimoniales , 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.

Théorie de Plassart .

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 ses sources a été faite par M. Jean Plassart. Le concubinat au Haut-Empire romain, these, Toulouse 1921, 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, 1925 , et dont il a donné un résumé dans ses institutions du droit romain, 8e ed.p. 190. D'après ce système auquel M. Flinïaux 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 licito.

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. Flassart, 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.

Défaveur contre le concubinat et les enfants naturels.

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 .

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 (distinctiondes liberi naturales d'une part et des spurii ou Vulgo concepti de l'autre).

Réfutation.

Mais cela est très douteux. Sans doute, Théodose et Valentinien, vers 442, parlent bien d' inaequale conjugium, de legitima conjunctio sine honesta celebratione matrimonii, mais il faut entendre ces expressionsavec la plus grande réserve. En effet, inaequale conjugium ne veut pas dire mariage inférieur, mais plutôt union entre personnes de

Source : BIU Cujas

conditions différentes, et l'expression legitima conjunctio sine honesta celebrationae 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 fêtes 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 remises 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.

1° - Les enfants naturels issus du concubinat.

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.

Source : BIU Cujas

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 curieuses 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 effets 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 institué ne prend pas le nom du défunt, et il peut répudier l'hérédité.

2° - mettre sous la puissance des cognats.

2ème fonction: l'adoption permet aux ascendants de faire tomber sur 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.

Source : BIU Cujas

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 plébéiens 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 espècesd'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.

I° - L'adrogation, 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.

On pourrait étudier successivement et distinctement les deux formes d'adoption. Mr. Fliniaux croit préférable de les étudier parallèlement.

Nous étudierons:

Section I - Les formes de l'adoption.

Section II- Les conditions de fond de l'adoption.

Section III- Les effets de l'adoption.

Section I - Les formes de l'adoption.

Les formes de l'adoption vont être complètement différentes, suivant qu'on a affaire à l'adrogation ou à l'adoption stricto sensu.

§ I - L'adrogation.

Les formes de l'adrogation ont varié au cours de la législation romaine. Trois périodes peuvent être distinguées.

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 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

Le vote des comices par curies.

Source : BIU Cujas

statut de la famille. Ici interviennent les comices par Curies. Mais le vote des comices par Curies était précédé d'une enquête faite 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. 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.

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 à partir de Dioclétien, l'adrogation se fit par un rescrit du prince. A ce 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, c'est encore le système sous Justinien.

Depuis Dioclétien l'adrogation se fait par rescrit après enquête par un magistrat.

§ 2 - L'adoption stricto sensu.

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? Nous rencontrons deux périodes. Dans la première, on se sert d'un biais, d'un subterfuge, d'un expédient imaginé par les praticiens, dans la deuxième période, il n'est plus besoin de subterfuge:

Période à distinguer.

Première période - 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.

a) 1ère opération - Extinction de la patria potestas chez le père naturel.

Extinction de la patria potestas

Source : BIU Cujas

chez le père naturel.

On va utiliser une règle de la loi des XII Tables, Table IV loi II, 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.

Pour comprendre cette disposition des XII Tables et le mécanisme de l'adoption, il est absolument nécessaire de faire une digression sur ce qu'on appelle le mancipium et la condition des personnes in mancipio. Le mancipium est la situation dans laquelle se trouve les alieni juris, fils ou filles, femmes in manu, vendus à Rome par le chef de famille à une autre personne sui juris Gaius ,I.II6 et suiv. Ces personnes ne deviennent pas esclaves, mais elles sont dites 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 eut lieu, quand les XII Tables employèrent le mancipium à titre d'expédient et de forme passagère (adoption, émancipation.)

Le mancipium.

Condition des personnes in mancipio.

Comparaison avec la condition de l'esclave.

Voici quelle était la condition exacte de la personne in mancipio, tel que l'à dépeint Gaius. L'individu in mancipio reste citoyen et libre Gaius III, I62, Il garde ses droits politiques. Son mariage paraît bien subsister. Ses enfants lui restent attachés par le lien de filiation. Mais pour le reste, le mancipium paraît voisin de la puissance dominicale. Comme l'esclave, la personne in mancipio est incapable de s'obliger. Comme lui, elle est employée par le maître à des travaux matériels. Comme l'esclave elle est un instrument d'acquisition juridique, comme l'esclave elle peut être aliénée par son maître, revendiquée par celui-ci.

La personne in mancipio peut être affranchie.

Pour le fils il faut trois ventes.

Enfin, et nous revenons par là à l'adoption la personne in mancipio peut être affranchie. Elle devient alors sui juris. Mais si la personne in mancipio est un fils, elle ne deviendra sui juris que si, auparavant, elle a été trois fois donnée in mancipio par son père. Sans cela, le fils retombera sous la puissance de son père.

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'affranchira. Le père sous la puissance duquel le fils est retombé par

Formes de l'extinction.

Source : BIU Cujas

de la patria potestas .

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 pater familias.

Le père adoptif acquiert la patria potestas par in jure cessio.

b) - Alors a lieu la seconde opération: il faut faire naître la patria potestas dans la personne du père adoptif.

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. Le tiers ne va pas contredire, cedit in jure, et le magistrat donne acte de cette abstention. La patria potestas est ainsi créée au profit du père adoptif.

Comment on se passe du tiers.

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, I34, à simplifier l'opération, à se passer de l'intervention du tiers. Voici le mécanisme nouveau, rapporté par Gaius, I, I34 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.

Forme de l'adoption sous Justinien.

Deuxième période, Il n'est plus besoin de subterfuge. Justinien supprima tous ces expédients, en décidant qu'il suffirait que les deux pères, naturel et adoptif, se présentent avec l'enfant devant le magistrat dont le greffier dresserait acte de l'adoption.

Section II - Condition de fond de l'adoption.

Nous étudierons d'abord les conditions de fond communes à l'adrogation et à l'adoption proprement dite, puis les conditions de fond particulières à l'adrogation.

Source : BIU Cujas

§ I - Conditions de fond communes à l'adrogation et à l'adotion proprement dite.

Ces conditions de fond doivent être étudiées d'abord relativement à l'adoptant, puis relativement à l'adopté.

I - Conditions de fond relatives à l'adoptant.

L'adoptant doit pouvoir exercer la patria potestas.

Ière condition- Il faut pouvoir exercer la patria potestas. D'où l'exclusion en principe des femmes et des pérégrins. Pour ce qui est des pérégrins, ils peuvent faire des adoptions régies par leur loi nationale, suivant le principe dégagé dans la première partie. Quant aux femmes, on leur permit sous l'Empire de faire avec l'autorisation du prince des adoptions simplement génératrices du lien de parenté.

L'adoptant doit avoir I8 ans de plus que l'adopté.

2ème condition - L'adoption devant imiter la nature, ne doit pas intervenir dans les circonstances où il serait trop choquant d'admettre que l'adopté fût le fils de l'adoptant. C'est pourquoi l'adoption ne peut être faite par un castratus, ni par celui qui n'a pas un certain âge de plus que l'adopté. Cet âge est fixé à I8 ans sous Justinien.

II - Condition de fond relative à l'adopté.

Personnes exclues de l'adoption.

Ne peuvent être adoptés les enfants issus du concubinat, les esclaves et les pérégrins.

§ 2 - Conditions de fond propres à l'adrogation.

Ces conditions peuvent se ramener aux deux idées suivantes: d'une part, à la forme dans laquelle se faisait anciennement l'adrogation; d'autre part; au contrôle de l'autorité publique, auquel l'adrogation a toujours été soumise. C'est sous l'angle de ces deux idées que nous allons étudier les conditions de fond propres à l'adrogation.

I - Conditions reposant sur l'idée que l'adrogation réclamait anciennement un vote des comices par curies. Il s'en suivait que l'adrogation:

L'adrogation n'est possible qu'à Rome.

I° - pouvait avoir lieu seulement à Rome, où se tenaient les comices par curies.

2° - Ne pouvait porter ni sur les femmes ni sur les impubères, parce que les comices par curies

Source : BIU Cujas

Les femmes et les impubères en sont exclus. L'adrogation par rescrit est plus large.

n'étaient pas ouverts à de telles personnes.

Ces obstacles tombèrent, quand l'adrogation sous Dioclétien se fit par rescrit du prince. Il devint alors possible de faire une adrogation dans les provinces, et d'adroger des femmes. Quand à l'adrogation des impubères, elle avait déjà été rendue possible par Antonin le Pieux.

II - Conditions reposant sur la nécessité d'un contrôle de l'autorité publique.

Conditions reposant sur le contrôle de l'autorité publique.

Ce contrôle, dans l'intérêt de qui est-il exercé?

I° - Dans l'intérêt public. D'où condition exigée pour que l'adrogation n'éloigne pas du mariage; il faut que l'adrogeant ait au moins soixante ans.

2° - dans l'intérêt des héritiers présomptifs de l'adrogeant. Cet intérêt a amené à exiger la condition que l'adrogeant n'ait pas d'enfant.

3° - Dans l'intérêt des héritiers présomptifs de l'adrogé. Cet intérêt conduisit à interdire à l'affranchi de se donner en adrogation à une autre personne qu'à son patron.

4° - Dans l'intérêt à la fois de l'adrogé et de ses héritiers. Cet intérêt est visible dans le cas particulier, qui va nous retenir un certain temps, de l'adrogation des impubères, qui nécessitait l'adhésion du tuteur. Il parut absolument nécessaire de garantir dans ce cas l'adrogé, et aussi les héritiers de celui-ci, contre certaines éventualités:

L'adrogation des impubères.

Dangers de l'émancipation et du décès de l'adrogé ante pubertatem.

I° - 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 événements 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'adrogation, 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

Source : BIU Cujas

d'Antonin le Pieux aux Pontifes.

Pour le fonctionnement de ces garanties, plusieurs hypothèses sont à distinguer avec soin.

I° 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 del'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.

3° hypothèse: prédécès de l'adrogeant avant la puberté.

Prédècès de l'adrogeant avant la puberté.

En principe l'adrogé en héritant de l'adrogeant, va reprendre ses biens et acquerir ceux de l'adrogeant, Malheureusement rien de tout cela ne se produisait dans le cas où l'adrogeant avait exhéredé l'adrogé.En vertu de cette éventualité, on fit encore intervenir une promesse de l'adrogeant 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'hy-

Source : BIU Cujas

pothèse d'une émancipation sans juste cause et dans le cas d'exhérédation, car si, dans ces deux cas, il reprenait ses biens il perdait 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. Aussi l'adrogé impubère finit par être toujours parfaitement protégé, dans tous les cas où l'adrogation viendrait à cesser ante pubertatem.

Section III - Effets de l'adoption.

Ici encore, il faut distinguer les effets généraux communs à l'adrogation et à l'adoption au sens étroit, et les effets propres à l'adrogation. En outre, il faut distinguer le droit antérieur à Justinien et le droit de Justinien.

§ I. - Droit antérieur à Justinien.

I - Effets communs à l'adrogation et à l'adoption au sens étroit.

L'adopté quitte sa famille d'origine.

L'effet général de toute adoption entendue largement, quelle qu'elle soit, 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. L'adopté sortait donc de sa famille d'origine avec laquelle il n'avait plus aucun rapport civil ni religieux.

Il passe 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.

Il n'est pas cognat des cognats de l'adoptant.

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 être rompu, par une émancipation par exemple; il cessera à la fois d'être l'agnat et le cognat des agnats del'adoptant et l'adoptant lui-même.

II - Effets propres à l'adrogation.

L'adrogation portait sur un individu sui juris, par conséquent, sur une personne qui avait un patrimoine et pouvait aussi avoir des enfants, avoir la patria potestas. Etant donné cela, l'adrogation produit deux effets spéciaux:

Source : BIU Cujas

Les enfants de l'adrogé passent sous la puissance de l'adrogeant.

1° - Tandis que les enfants de l'individu donné en adoption restent dans la famille du père naturel, qui les a sous sa puissance, les enfants de l'adrogé, qui sont sous sa puissance, passent avec lui sous la puissance de l'adrogeant.

Son patrimoine passe à l'adrogeant.

2° - Les biens de l'adrogé passent à l'adrogeant. Son patrimoine va s'engloutir dans celui de l'adrogeant. Il s'agit donc ici d'une transmission à titre universel, que nous étudierons dans le livre III, Modes d'acquisition à titre universel.

§ 2 - Droit de Justinien.

Réforme de Justinien pour l'adrogation.

Justinien n'a pas modifié à proprement parler les effet de l'adrogation. Il laissa pourtant à l'adrogé la nue propriété de ses biens, et il réduisit l'adrogeant à un droit d'usufruit.

Effets de l'adoption au sens étroit sous Justinien.

Au contraire, Justinien a profondément remanié les effets de l'adoption au sens étroit. Il a distingué deux sortes d'adoption:

L'adoptio plena et l'adoptio minus plena.

1°-L'adoptio plena, qui conserva la plénitude de ses anciens effets.

2° - L'adoptio minus plena, qui est la règle, et où l'adopté ne sort pas de sa famille d'origine. Le seul effet est de lui donner un droit à la succession ab intestat du père adoptif, lequel par suite n'a pas la patria potestas sur l'adopté.

Danger de l'émancipation.

Ces modifications importantes corrigèrent une iniquité de l'ancien droit. D'une part, en effet, tant que subsistait l'adoption, l'adopté perdait par rapport au père naturel sa qualité d'héritier ab intestat. D'autre part, s'il était émancipé par le père adoptif, comme tout lien 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 y avait eu des espérances successives dans deux familles et, en définitive, il se trouvait frustré dans l'une et dans l'autre.

Le bonorum possessio unde liberi.

Le préteur était déjà intervenu dans la période antérieure, 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. C'est pour remédier à ce danger que

Source : BIU Cujas

Justinien fut amené à distinguer les deux sortes d'adoption.

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 quel cas il pouvait y avoir adoptio plena. Or elle n'était possible que quand le danger qu'on voulait éviter ne se produisait pas. 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, le danger n'est plus 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 celui-ci, donne le petit-fils en adoption. En effet, dit-on l'adopté dans ce cas, ne perd pas dans 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.

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, parce que leurs parents ont préféré vivre en dehors des jutae nuptiae. Ce procédé fut introduit seulement par les empereurs chrétiens pour lesquels les jutae nuptiae étaient la seule union vraiment honesta.

Comment pouvait-t-on réaliser à Rome la légitimation?

Trois procédés étaient admis, dont deux existent encore en droit moderne.

I° - 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

Source : BIU Cujas

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.

I° - 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 et Valentinien, 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.

Effets de la légitimation.

Nous rencontrons des effets communs aux 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. Génestral, la légitimation en droit canonique 1905. Le code civil français n'a conservé qu'un seul des modes de légitima-

Destinées de la légitimation.

Source : BIU Cujas

Le code civil.

tion 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.

La loi du 7 Avril 1917.

Chapitre II.

EFFETS DE LA PATRIA POTESTAS.

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:

Evolution de la condition juridique du fils de famille.

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 potestas. (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.)

Source : BIU Cujas

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 interprétation donnée par Mr. Carcopino à Juvénal, satire VI, vers 602 et 603: je ne parle pas 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.

Le droit d'exposition.

Les auteurs étaient loin d'être d'accord sur le sens de cette expression. Dans un article recent, le droit romain d'exposition des enfants, Mémoires des antiquaires de France, 8° série, tome VII I928, pages 59 et suivantes, Mr. Carcopino a donné la traduction nouvelle de cet expression: il s'agit des dépotoirs de Rome , dont paraît-il, on a trouvé des vestiges dans certaines ruines romaines.

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.

§ 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.

I° - Règle: le fils de famille ne peut avoir de biens. Il ne peut être ni propriétaire, ni créancier.

Il acquiert pour le paterfamilias.

2° 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.

II - Point de vue passif: les obligations ou

Source : BIU Cujas

droit 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.

I° - 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, ou bien abandonne le fils de famille, pour que la victime puisse exercer sur lui son droit de vengeance, ou bien paie la poena.

Les actions noxales.

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.

Les contrats n'obligent ni le fils ni le paterfamilias.

§ 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.

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 complétement 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.

I° - 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.

3° - Quoique n'étant pas titulaire d'un patrimoine propre, on considère toutefois le fils de

Source : BIU Cujas

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 co-propriétaire. On dit qu'il est heres suus, héritier de lui-même. Paul Digeste 28.2.II.

Le fils de famille est héritier sien.

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 Justinien, 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 auxtrois 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. 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.

Abus du droit de vie et de mort.

Intervention de l'autorité.

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.

Enfin pour le droit de manciper l'enfant, la mancipation ne peut plus en principe être employée

La mancipation est règlementée.

Source : BIU Cujas

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. Constantinne la permet plus que pour l'enfant qui vient de naître (sanguilonentus).

§ 2 - Droit du patrimoine.

Cette matière, des plus importantes pour le droit romain et le droit moderne, et très juridique, va nous retenir longtemps.

Les pécules du fils de famille.

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.

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 pater-familias, 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. Ce pécule s'appelle le pécule profectice,

Le pécule profectice.

Source : BIU Cujas

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 créés sous l'Empire restaient sur la tête du fils, constituaient un patrimoine propre au fils.

Etant donc donné l'importance de ces pécules, nous allons les étudier successivement en détail .

I° - 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 devait être le sort de ces biens, quand le fils meurt le premier? Il ferait 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 ce pécule revient au père jure peculii.

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.

Pendant la guerre de I9I4-I9I8, 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 ferait pas retour aux héritiers du fils, mais qu'il reviendrait à telle ou telle personne. Le pécule a donc eu non seulement le même nom, mais les mêmes effets que le pécule castrens.

Le pécule pendant la guerre de I9I4-I9I8.

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 écclésiastiques. Les mêmes principes que pour le pécule castrens s'appliquent au pécule quasi-castrens, ainsi appelé parce qu'il a été établi sur le

Le pécule quasi-castrens.

Source : BIU Cujas

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.

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 restrictions importantes: 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. (article 384 du Code Civil.)

2° - A la mort de l'enfant, ces biens faisaient retour au père, non pas jure hereditario, mais jure peculii.

3° - Le fils ne peut en disposer par testament.

Leur extension.

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 famille sorte que sous Justinien toutes les acquisitions du fils faites" exrepatris" profitent au père. Elles font à la mort du fils retour au père jure peculii.

2° - Rien de changé en ce qui concerne lespécules 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 jouis-

Source : BIU Cujas

sance du père sa vie durant, sont compris dans cette catégorie sous Justinien à l'exclusion des pécules profectices, 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.

I° - 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 Maudonien 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, pro jure. Cela s'explique par l'époque à laquelle fut rendu le S.C. Maudonien. 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 (sénatus-consulte Maudonien.)

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 jouissance 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'in-

Il peut dans certains cas obliger le paterfamilias.

Source : BIU Cujas

termédiaire des 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 nécessité du commerce et cette matière est aussi importante pour le droit commercial que pour le droit civil) entravait d'abord le commerce et enoutre, 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, I5.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, I4.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. La 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'Oxyrrinchos n° 2103 publié dans le tome I7 de la collection anglaise de ces papyrus. En effet, tel qu'il nous est parvenu,

Les sources.

Source : BIU Cujas

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 I928, pages 92 et suivantes, et l'article Ernst Lévy, Revue de la Fondation Savigny, I928 page 532.

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 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 employer simplement une formule avec transposition de noms.

Ce sont des formules à transposition de noms.

L'intentio aurait été rédigée au nom du fils, lerapport juridique ayant bien pris naissance sur la tête du fils. Mais la condemnatio aurait été rédigée au nom du père.

Supposons que le contrat passé par le fils de famille avec un tiers soit une vente. Voici quelle serait l'intentio: Quid-quid ob eam rem (mots qui rattachent l'intentio à la demonstratio.) Caius (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 Caius doive faire envers Aulus Agerius conformément à la bonne foi.

La condemnatio est 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.

Date d'apparition des actions adjecticiae qualitatis.

Le préteur vraisemblablement n'a pas créé en une fois les 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 ses classifications. 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 conséquense 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.

Actions données in solidum ou non.

A la première catégorie appartiennent les actions adjecticiae qualitatis suivantes.

Actions in solidum.

I° - L'action quod jussu.
2° - L'action exercitoria.
3° - L'action institoria.

A la deuxième catégorie appartiennent:

Actions non données in solidum.

I° - L'action 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'action 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 donnée in solidum.

Dans quels cas les tiers qui avaient traité avec le fils de famille pouvaient-ils poursuivre pour le tout le paterfamilas?

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 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 eu 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'action quod jussu, voir Gaius, 4.70.

Sens du mot Jussus.

L'action exercitoria.

Deuxième cas. Quand le paterfamilias a autorisé son fils a faire le commerce maritime. C'est le cas de l'actio exercitoria, 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.

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.

Conditions d'exercice de l'action institoria.

Deux conditions étaient exigées pour l'exercice de l'actio institoria.

I° - Que le fils de famille se livre à un commerce, taberna , ou à une industrie.

2° - Que le fils de famille ait été prae-

Source : BIU Cujas

positus, 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'action institoria comme les deux précédentes, était in solidum et perpetua. Gaius 4.71. Sur l'action 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.

I° - 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.

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 voit l'influence des faits économiques sur le droit.

Le fils n'a pas fait le commerce avec le pécule.

L'action 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.

Source : BIU Cujas

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 péculio vel de in rem verso, puis ses effets.

Ses conditions d'exercice.

I - Conditions d'exercice.

I° Condition. 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.

Le père peut révoquer le pécule sans dol.

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.

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)?

Le paterfamilias peut se faire payer par préférence.

I°règle. Le paterfamilias avait le droit de se faire payer par préférence à tous les créanciers 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,7,4c.

Source : BIU Cujas

2° 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, I5.I.IO.

II - 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:

I° chef- de peculio, au sujet du pécule, c'est-à-dire elle est donnée jusqu'à concurrence du pécule.

2° chef- de inrem 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. 4 a.

Le chef de l'in rem versum.

Quels étaient les avantages que donnait au tiers la mention de l'in rem versum ? I° - 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: la 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 du pécule est affectée au commerce. Elle porte dans les textes le nom de merx peculiaris.

L'action tributoria et la procédure collective de tri-

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

Source : BIU Cujas

butio.

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 collectivequi 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

L'actif est distribué au marc le franc.

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 I4 4.5.I9. C'est celteliquidation 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 articles656 et suivants.)

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, I4,4,5,6. 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 transactions 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 pri-

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

Source : BIU Cujas

vilegium deductionis.

que le fils de famille lui devait. Il le mit sur le même pied que les autres créanciers. Digeste, I4.4. 5.7. Inst. Jus. 4.7.5 a.

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.

Les créanciers sont sur le pied d'égalité.

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,I9.

Promesse de restituer le trop perçu.

Telle est la première idée qui se rattachait aux nécessités de la vie commerciale.

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.

Le paterfamilias assure la liquidation et la répartition du pécule.

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 arbitre 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.

Il peut se faire remplacer par un arbitre.

Supposons que c'est le paterfamilias lui-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;

Le paterfamilias n'est responsable que de son dol.

Source : BIU Cujas

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.

L'action tributoria.

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.

Son objet.

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, I2,7.2. 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 I9I0.

Intérêt des actions adjecticiae qualitatis pour le droit moderne.

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.

La représentation dans les contrats.

I° - Cette théorie constitue un acheminement du droit romain vers la notion moderne de la représentation dans les actes juridiques. Il s'agit spécialement de la représentation dans les contrats, car la théorie de la représentation est très large.

Elle embrasse tous les actes juridiques quels qu'ils soient, même les actions en justice. Ici, s'il s'agit seulement de la représentation dans les contrats, et de la représentation dite passive. C'est le débiteur qui est représenté. Nous renvoyons au cours de seconde année.

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 dégagés le principe que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, et que l'on doit restituer

Source : BIU Cujas

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'actior 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 I924, 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.

Les actions adjudiciae 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 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

Mais en ce qui concerne l'esclave, signalons une petite différence, dans la technique de la formule de l'action adjecticiae qualitatis.

Source : BIU Cujas

formule. Nous avons dit que le nom du fils figurait dans l'intentio, et le nom du père dans la condemnatio. C'est une formule de transposition de noms. 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 à 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 nom est une formule fictice.

L'action est à la fois à formule fictice et à formule à transposition de noms.

III - Droit d'ester en justice.

Le fils de famille peut agir en justice. 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. Le fils de famille, ayant l'administration de ses pécules, pourra exercer les actions relatives à ses pécules, comme demandeur ou comme défendeur. Il a aussi le droit d'exercer certaines actions nées dans la personne du fils, 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 ses pécules.

pour les droit 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

mais non pour toutes les actions in factum.

Source : BIU Cujas

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.

Chapitre 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.

1° 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 efret dans sa famille civile.

2° groupe- La patria potestas peutêtre éteinte du vivant du paterfamilias ou du fils de famille.

A - Extinction dans la personne du paterfamilias.

En cas de capitis dominutio.

1° - en cas de perte de la liberté, capitis 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 predécès de l'adrogeant a pour efet 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

Source : BIU Cujas

aujourd'hui la déchéance de la puissance paternelle: exposition des enfants, livraison d'une fille à la protitution, mariage incestueux.

B - Dans la personne de l'enfant

nous rencontrons:

I° - 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 macipium 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 dignités.

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'évêque.

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.

puis une mesure de faveur.

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 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.

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.

I° - On est d'abord obligé d'employer,

Source : BIU Cujas

Formes de l'émancipation.

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,

La règle des XII Tables.

d'après laquelle si le paterfamilias vend son fils trois fois, le fils est libéré de la patria potestas.

Mais deux procédés différents; dont le deuxième constitue un progrès par rapport au premier.

Les trois mancipations avec affranchissement. Le père perd les droits.

I° procédé. On va faire trois mancipation successives du fils à un tiers, et, après la dernière mancipation, le tiers, ayant le fils in mancipio, l'affranchira. L'émancipation est réalisé.

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.

Elle se manifeste en deux étapes.

L'émancipation des absents.

I° - 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 Anastasiana.

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. Comparer 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.

I° condition: Consentement du fils. L'idée de peine à disparu.

2° - Le fils peut requérir l'émancipation dans certains cas, notamment en cas de mauvais traitements du père et dans le cas ou l'adrogé impubère prouve à la puberté que l'adrogation est nuisible à ses intérêts.

Source : BIU Cujas

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.

I° - On reconnu 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 romain. L'usage s'établit dans le 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: Ce qui ne veut pas dire qu'en pays coutumier les parents n'ont aucune autorité sur leurs enfants: Droit de puissance paternelle n'a lieu . 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.

Caractère de la puissance paternelle coutumière.

I° 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.

3° - La puissance paternelle à partir d'

Source : BIU Cujas

Elle ne s'exerce que sur la personne.

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 la 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.

Tel est le droit. Mais en fait, même dans les pays coutumiers, on voit certaines rigueurs. Ilyavait 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'Emilede 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 I792: 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. Lapuissance 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

Source : BIU Cujas

Regnault, professeur à la Faculté de Droit de Dijon, Les ordonnances civiles du Chancelier Daguesseau, 1929 p. II2 et suivantes.

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 des 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.

Evolution de la tutelle et de la curatelle.

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.

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 manus 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 I.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 civile data ac permissa, la tutelle est, comme Servius l'a définit, 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, puissance donnée et confiée par le droit civil.

Définition de la tutelle par Servius Sulpicius.

La tutelle perpétuelle des femmes.

Nous laisserons de côté les femmes qui, jusqu'au IV° siècle après J.C., furent en tutelle perpétuelle (vraisemblablement, dans la définition ci-dessus, Servius Sulpicius, après avoir dit; propter

Source : BIU Cujas

aetatem, devait ajouter: vel propter sexum. A l'époque de Justinien, la tutelle perpétuelle des femmes n'existe plus. Justinien a emputé de ce membre de phrase la définition de Servius Sulpicius) . Sur la tutelle perpétuelle des femmes, nous renvoyons aux manuels. Mr. Fliniaux n'interrogera pas sur cette matière, mais les candidats peuvent être interrogés par un autre professeur, si donc nous ne retenons que les incapacités de fait dont l'étude est intéressante pour le droit moderne, nous sommes à Rome en présence de quatre sortes d'incapables de fait, à savoir :

Les incapables de fait.

I° - Les impubères.
2° - Les mineurs de 25 ans.
3° - Les fous.
4° - Les prodigues.

Nous allons étudier ces incapables de fait dans le même ordre.

Chapitre I.

LES IMPUBERES.

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:

I° - La tutelle.
2° - La curatelle.
3° - La restitutio in integrum 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.

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:

I° - L'impubère devient sui juris par la mort ou la maxima ou la media capitis deminutio du

Source : BIU Cujas

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.

I° hypothèse: l'impubère devient sui juris, par la mort ou la capitis deminutio du paterfamilias.

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.

Trois sortes de tutelles.

Reprenons ces trois espèces de tutelles fonctionnant dans la première hypothèse.

A - 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.

La tutelle testamentaire.

Ses conditions.

I° condition. Etant un acte de puissance elle ne peut émaner que d'une personne ayant cette puissance. Par conséquent elle ne peut émaner ni de l'ascendant paternel pour l'émancipé, ni de la mère.

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 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.

Source : BIU Cujas

Sanction.

Si une de ces conditions n'était pas observée, la désignation du tuteur éta it nulle primitivement. 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, soit après enquête, soit sans enquête. Sans enquête, quand le tuteur était donné par l'ascendant paternel à l'enfant émancipé; après enquête, quand le tuteur était désigné par la mère, pourvu qu'elle l'instituât en même temps héritier dans son testament, et quand la tutelle était donnée dans un testament nul en la forme.

Confirmation par le magistrat.

B - La tutelle légitime.

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.

Corrélation entre la succession et 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 manus 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.

C - 3° sorte de tutelle: 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 tu-

Source : BIU Cujas

telle 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, numéro20. 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 puis ses descendants

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 tutelle sera déférée au patron de l'affranchi, et, après la mort du patron, les 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.

Dans ce cas, il ne peut y avoir ni tuteur

Source : BIU Cujas

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.

L'émancipé a pour tuteur son patron.

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 contrat de fiducie qui accompagnait la troisième mancipation.

La tutelle fiduciaire.

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.

La tutelle légitime du père.

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 et de concours.

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 capacité du pupille. Donc 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

Source : BIU Cujas

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 I922 suivi par Albertario, Archivio, guiridico I923, p.352 et s. 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,I09).

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 proximus, le plus proche de l'infantia (que de la puberté).

L'infantiae proximus était aussi incapable que l"infans. Sans doute, il parle; mais, comme nous l'apprend Gaius, 3,I09, comme intelligence, il ne différe pas du furiosus.

ni l'infantiae proximus.

III - Le pubertati proximus.

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.

Suivant une interprétation des jurisconsultes, Gaius (3,I09) dit qu'on assimila la capacité de l'infantiae proximus à celle du pubertati proximus. Donc à partir de cette époque, l'infantiae proximus

La pubertati proximus et plus tard, l'infantiae pro-

Source : BIU Cujas

ximus peut seul rendre sa condition meilleure, mais non pire.

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:

I° - 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.

I° 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.

I° 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 du stipulant, de créancier, l'acte est 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

Les actes complexes.

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 contrats synallagmatiques.

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 pro-

Source : BIU Cujas

priétaire de la chose vendue, mais il doit payer le prix. Le pupille vendeur acquiert le prix, mais il doit livrer la chose.

2° catégorie: Certains actes unilatéraux

Le prêt de consommation.

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 paiement d'une dette.

b) Le paiement d'une dette. Le pupille s'enrichit, mais il pert son droit de créance.

Que décider, quand le pupille avait fait un de ces actes complexes? Fallait-il le considérer comme nul ou comme valable?

Les Romains décomposent les actes complexes.

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 la condition pire. Reprenons les exemples d'actes complexes, pour montrer les résultats auxquels on arrivait avec ce système.

Contrats synallagmatiques.

. I° - 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 paiement 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, I.2I. pr. Il n'est pas besoin d'insister pour faire apparaître l'iniquité des résultats auquels on arrivait par cette dialectique juridique impeccable. Aussi une solution si manisfestement 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

1°- Avant Justinien on décida que dans les contrats

Source : BIU Cujas

synallagmatiques. Le pupille a le choix entre le maintien ou l'annulation du contrat.

synallagmatiques; le pupille aurait le choix entre le maintien ou l'annulation du contrat. Reprenons pour la vente les deux hypothèses.

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.

Il doit exécuter comme son cocontractant.

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 maintient 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 d'assez bonne heure par la règle d'équité que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui. Antonin le Pieux décida que le pupille, par application de cette règle, quand il aurait traité sans l'intervention du tuteur, pourrait être poursuivi jusqu'à concurrence du profit que l'acte lui aurait procuré. Digeste, 27.8.5 pr.

Le pupille peut être poursuivi jusqu'à concurrence de son enrichissement.

Supposons par exemple que le pupille a emprunté une somme d'argent. Il devient propriétaire des deniers d'après le droit civil. Mais il n'est pas, d'après le droit civil, obligé vis-à-vis du préteur. Cependant par application de la nouvelle règle, on décida qu'il serait tenu dans les limites de son enrichissement, et que le préteur aurait contre le pupille une condictio sine causa, c'est-à-dire l'action fondée sur l'enrichissement sans cause. Si le pupille a conservé un reliquat de la somme prêtée, il peut être poursuivi dans la mesurede ce reliquat. S'il a tout dépensé, il ne peut pas être poursuivi.

La condictio sine causa.

Il en est de même 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 lui au débiteur aurait pour effet d'éteindre le droit de créance du pupille dans les limites de son enrichissement.

Source : BIU Cujas

Les tiers qui contractent avec le pupille sont donc mieux protégés. Cependant il 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 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.

Indivisibilité de l'adition d'hérédité.

Reste à expliquer cette exception. D'après Mr. 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.

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.

Section II - Modes de gestion du tuteur.

Les deux procédés de gestion du tuteur.

C'est une matière très importante pour le droit moderne. Nous allons voir l'explication de grands principes juridiques. 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.

I° - 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 tutelae gestio de la tutelle, suivant lequel

Source : BIU Cujas

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.

Notion de l'auctoritas c'est un complément de capacité.

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. 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,21,2. Pour la même raison, l'autoritas 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 les 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: auctor fio, je suis auctor, je donne mon auctoritas.

L'auctoritas doit etre pure et simple.

2° - Procédé : la tutelae gestio.

La tutelae 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 d'autre procédé ? Non,cela n'était pas indifférent. Ici interviennent les principes du droit.

L'auctoritas n'engage pas le tuteur

I° - 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'ou le brocart: qui auctor est se non obligat, celui qui donne son auctoritas ne s'oblige pas lui même.

Par la tutelae gestio l'acte produit ses effets sur la tête du

2° - Au contraire, si c'est par la tutelae 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 conséquenses de l'acte. Cela veut dire, pour employer un langage

Source : BIU Cujas

tuteur.

juridique plus moderne, 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 le quel 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 au contraire n'ont connu que la représentation imparfaite.

Par conséquent, voici les résultats pratiques de la tutelae gestio: à la fin de la tutelle, il fallait que le tuteur transfèrât sur la tête du pupille les conséquences de l'acte qu'il avait passé seul pour le compte du pupille. Si le tuteur avait payé une dette du pupille sur sa fortune personnelle il faudra que le pupille l'indemnise 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 II° 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. Le principe de la non représentation est sauf.

On fait passer les actions comme actions utiles, sur la tête du pupille.

Comme en matière judiciaire, c'est un artifice de procédure, qu'on est arrivé à pallier les inconvénients de la non représentation parfaite.

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 possible, 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 tutelae 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'hé-

La tutelae gestio est impossible pour les actes

Source : BIU Cujas

Personnels.

rédité, la legis actio, la mancipatio et l'in jure cessio ces 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 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. Le législateur a cherché des correctifs, 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.

I° - 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 d'adition pour le compte du pupille. Digeste, 29.2.50.

La représentation est donc 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 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.

Source : BIU Cujas

C'est une question difficile et mettant en jeu à la fois le principe du droit des personnes et du droit des choses. Ce sont deux modes d'acquisition du 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. I889 p. I et s.s.) 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 tutelae 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. Et même, dans le cas de tradition faisant acquérir la propriété , nous verrons reconnaître exceptionnellement le principe moderne de la représentation parfaite, car la tradition 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.

Dernière question: De ces deux procédés, la tutelae gestio et la praestatio auctoritatis, quel est le plus ancien?

Il est certain que c'est le système dela 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 I889, pagesI et suivantes. Dans cet article, Gérardin a soutenu que c'était la tutelae gestio qui devait être la plus ancienne. Voici la raison principale qu'il donne.

La tutelae gestio est plus ancienne.

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 et des restrictions.

Restrictions à ses pouvoirs.

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.

Les donations lui sont interdites.

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.

L'oratio Severi de 195 lui défend d'aliéner certains immeubles.

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 précieux.

Source : BIU Cujas

Section IV - Responsabilité du tuteur.

Mesures prises contre le tuteur.

Primitivement, le tuteur n'était pas 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.

I° Mesure. Le crimen suspecti tutoris.

Le crimen suspecti tutoris.

Cette mesure remonte à la loi des XII Tables, ainsi que nous l'apprend le Digeste, 26,IO, I,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 compétant pour prononcer la destitution était le prêteur.

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 et à l'origine 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 I926, et le compte rendu de cet ouvrage par Kaden, Revue de la Fondation Savigny, I928, page 699. Pas plus que Kaden Mr. Flinlaux n'accepte la thèse de l'auteur en ce qui concerne l'exercice possible de la poursuite contre le tuteur légitime.

2° Mesure: L'actio rationibus distrahendis.

L'action 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 parait s'exercer au cours de la tutelle.

Par 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 ces auteurs italiens qui ont étudié récemment les incapacités de fait en droit romain): M. Solazzi, dans deux articles très importants: Sur l'actio rationibus distrahendis , Rendiconti

Source : BIU Cujas

de l'Institut Lombard, I9I7, page I78 et "Entre l'actio rationibus distrahendis et l'actio tutelae " même revue I920, page I30, suivi par M. Arangio Ruiz, Cours des Institutions de droit romain I923 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, on 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'action tutelae 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 action de bonne foi.

L'actio tutelae directa était une action de 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

Source : BIU Cujas

le jurisconsulte Quintus Mucius Scaevola à la fin de la République, liste rapportée par Cicéron De officiis, 3,17,70.

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'action 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'action tutelae directa.

D'abord une modification que certain inconvénient que 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 admis 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. Constantin suivant la même évolution que pour les garanties de l'actio rei uxoriae, remplaça ce privilegium inter personales actiones par une hypothèse 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 article 2.121 du Code Civil.

Garanties données au pupille.

Le privilégium.

L'hypothèque légale.

Il y eut aussi d'autres garanties dérivant soit de la satisdatio rem pupilli salvam fore soit de l'action dite subsidiaire.

La satisdatio rem pupilli salvam fore.

La satisdatio rem pupilli salvum 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, fidejusseurs,

Source : BIU Cujas

d'ou 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 exige une demande et une réponse, l'infans ne peut pas faire la demande et recevoir la réponse.

Cas du pupille infans.

Le tuteur testamentaire était dispensé de la satisdatio, ainsi que les tuteurs nommés par le magistrat après enquête.

Tuteurs dispensés de la satisdatio.

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 sénatusconsulte 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 fidéjusseurs insolvables.

L'action subsidiaire.

Quel 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 théorie 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

Source : BIU Cujas

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.

Réforme de Claude.

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 quibus consules decreverunt periculo suo cessare, au sujet desquels les consuls auront décidé que dorénavent 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 la tutelle, qui pouvaient parconséquent invoquer de justes causes d'excuses, n'avaient pas besoin d'invoquer leur dispense. Pour échapper à la 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 auquelles le magistrat imposait un manus publicum, de faire appel devant le magistrat qui était le supérieur de celui qui leur avait imposé ce manus. Or le magistrat au-dessus du consul, c'est l'empereur. Ce moyen

Les excuses doivent être invoquées.

L'appel devant le prince.

Source : BIU Cujas

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 auxtuteurs 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.

Depuis Marc Aurèle, le tuteur doit invoquer les excuses dans les 50 jours.

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 la création 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 gére, il est tenu à l'actio tutelae directa, s'il est inactif, il est tenu à l'actio tutelae directa donnée à titre utile.

Section V - Extinction de la tutelle.

Causes d'extinction de la tutelle.

La tutelle peut s'éteindre, soit du côté du pupille ex parte pupilli, soit du côté du tuteur, ex parte tutoris.

I° - Du côté du pupille, quand le pupille devient pubère, quand il meurt, ou qu'il subit une capitis deminutio.

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 cu-

Source : BIU Cujas

rator 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 relégation, 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, I9I7, il semble bien que, lorsque l'absence avait lieu rei publicae causa, et que la relégation ou la maladie 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,I6 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 imaginé 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 lésion soit considéré comme non 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 pourle droit français moderne. C'est l'origine directe de la rescision des actes du mineur pour cause de lésion.

Chapitre 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

Source : BIU Cujas

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: " 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

C'est une lex minus quam perfecta.

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. Mais ce point étant universellement admis, commencent les divergences. Il y a deux grandes théories.

Théorie de Girard:

D'après une première théorie soutenue par la majorité des romanistes, notamment par Girard, la loi Plaetoria aurait été sanctionnée par deux actions.

L'action pénale publique et l'action de droit privé.

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 lequel il a été trompé.

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 in judicium publicum rei privatae, une action publique relative à une affaire privée.

2° - Passage de la loi Julia municipalis, ligne III et II2, Textes de Girard, page 87, passage où cette loi donne la liste de ceux qui sont exclus du Sénat municipal. Ce passage semble bien distinguer les deux actions.

I° - Quisve lege Plaetoria.

2° - Ob eamve rem quod adversus eam legem fecerit fecerit condemnatus est erit, celui qui a été ou sera

Source : BIU Cujas

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, Texte de Girard, page458 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.

Théorie de Mr. Duquesne suivie par Mr. Fliniaux.

Une seconde théorie a été récemment remise en honneur par Mr. Duquesne Doyen de la faculté de Droit de Strasbourg, Mélanges Cornil, 1926, tome I, page 217. 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.

L'action pénale de droit privé populaire.

Mr. Duquesne a refuté la thèse précédente sur le terrain des textes.

Réfutation des textes invoqués par la Ière théorie

1° - Cicéron, De natura deorum. Le judicum publicum rei privatae lege Plaetoria figure dans la partie du texte relative aux actions de droit privé, et non dans la partie 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 , 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 Mr Fliniaux contrairement à l'opinion de Mrs. Giffard et Collinet dans leur Précis élémentaire ne peut s'entendre que d'un curateur spécial

Source : BIU Cujas

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 compléter 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 .

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 elle seraient si l'acte n'avait pas été fait. Ce bénéfice n'est certainement pas antérieur au système de la procédure formulaire.

Condition 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.

I° - Condition. Il fallait d'abord quele mineur ait fait un acte qui lui soit préjudiciable, qu'il ait subi une lésion. Minor non restituitur tanquam minor, sed tanquam laessus. Le mineur est restitué non entant 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 à été incendiée. Cf. Code civil, article 1306: Le mineur n'est pas restituable pour cause de lésion, lorqu'elle ne résulte que d'un évènement casuel et imprévu.

Conditions de lésion.

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 pourtant être assez importante . C'est ce que les interprètes du droit romain entendent en disant : De minimis non curat prator, le préteur ne s'occupe pas des affaires peu importantes.

Source : BIU Cujas

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 utile à partir de la majorité.

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.

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 modifait 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, où 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.

La curatelle devient forcée et générale.

1° Modification. La curatelle, de facultative est devenue forcée; de spéciale, elle est devenue 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.

Cas de curatelle spéciale forcée.

1° - Dans certaiens hypothèses, la curatelle spéciale est forcée. Il en est ainsi, quand il s'agit d'actes que les tiers sont, contraintsde faire

Source : BIU Cujas

avec le mineur: action à intenter contre le mineur, paiement à faire au mineur, compte de tutelle à rendre au mineur.

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 où il fait procéder le mineur aux actes avec son concours, consensus curatoris.

La curatelle générale.

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.

Cas de la reddition du compte de tutelle.

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.

2° modification, conséquence de la première: le mineur de capable, va devenir incapable.

Le mineur de 25 ans devient incapable.

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.

Rapprochement du consensus curatoris de l'auctoritas tutoris.

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.

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.

Les mineurs ayant un curateur général sont assimilés aux impubères sortis de l'infantia.

Source : BIU Cujas

Remarquons néanmoins que la restitutio in intégrum 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 faveur des mineurs de 25 ans. Il faut connaître que toutes ces mesures de protection ne suffisaient pas à réhausser le crédit du mineur vis-àvis 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, qui a été réglementé par une constitution de Constantin, code Théodosien, 2.17.1 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'autre 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.

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 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

Source : BIU Cujas

qu'un. Loisel, Institutes coutumières, maxime I80.

Le Droit intermédiaire.

Le droit révolutionnaire fixa la majorité à 2I ans révolus (loi du 20 Septembre I792), 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.

I° - 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 nul de nullité relative. Articles I305 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 I3II du Code civil. Il n'est pas besoin de prouver la lésion.

Chapitre 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

Source : BIU Cujas

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 furiosas d'après les XII Tables.

La disposition de la loi des XII Tables relative à la curatelle du fou, Table V, loi 7, est ainsi conçue: Si furiosus 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.

I° 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. Aussi, 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 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.

Le curateur agit par negotiorum gestio.

Quelles sont les fonctions du curateur? 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 a 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

Source : BIU Cujas

fou, alors il n'a aucune personnalité, aucune capacité juridique, et on 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 civiles, 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.

I°- 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 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.

Chapitre 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

Source : BIU Cujas

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 biens familiaux dont il avait hérité ab intestat, ceux qu'on appelait les bona paterna avitaque, les biens venant du père et des aïeuls, 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 aïeuls, 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 juridiques relatifs au patrimoine.

La curatelle légitime du prodigue.

La conséquence de l'interdiction était la mise du 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. On a récemment soutenu (de Visscher et Collinet, Mélanges Cornil I926) 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.

Il y a donc 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

Incapacité du prodigue.

Source : BIU Cujas

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.

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.

Modifications postérieures aux XII Tables.

I° - La curatelle fut étendue à tous les prodigues.

On assimila le prodigue au pupille sorti de l'infantia. Le prodigue interdit est donc 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.

Source : BIU Cujas

LES PERSONNES MORALES.

Nous donnerons des développements abondants 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 les fondations.

Les associations et les fondations.

Le problème de la personnalité morale dépasse aujourd'hui le 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 droit romain en cette matière, surtout au point de vue documentaire.Car, comme le proclamait Saleilles, dans son cours sur la personnalité juridique, professé à la Faculté de Paris en 1907 - 1908, et publié par lui en partie sous le titre: De la personnalité juridique, Histoire et théorie, I° édition, 1909; 2° édition, parue après sa mort, 1922: " 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:

Importance du droit romain en cette matière.

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.

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 affectes à des buts déterminés, ce que nous appelons aujourd'hui les fondations,

Distinctions des universitates personarum et des universitates rerum.

Source : BIU Cujas

matière délicate en droit français, qui est en retard sur la plupart des législations en cette matière.

C'est le plan que nous suivons 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 coloniae,. Puis les associations de particuliers intéressantes pour le droit privé, en vue de satisfaire des intérêts très variés: sociétates, 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: collègesfunéraires , collèges d'artisans.

4° - intérêt financier: société de publicains;fermiers desimpôts.

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 dela liberté d'association.

2° point de vue du droit privé: c'est la question de la capacité juridique des associations.

Si on embrasse dans son ensemble le droit romain, on arrive à une double constatation. D'une

Source : BIU Cujas

Evolution du droit romain en matière d'association.

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 associations en ce qui touche leur capacité juridique.

Prenons d'abord le domaine du droit public, le droit à l'existence, la liberté d'association.

La liberté d'association dans le droit primitif.

On peut sous ce rapport, diviser en trois périodes l'histoire des universitates personarum à Rome.

Iº 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.

Suppression des associations par Cicéron et César.

2° période - Jusqu'à l'avènement de l'Empire Lors de la conjuration de Catilina, Cicéron, 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.

La loi Julia de collegius.

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.

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 cype. Par exemple: les collèges funéraires. Voir l'inscription de Lanuvium, Textes 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 analoguc à celui du conseil d'Etat chez nous.

II - Point de vue du droit privé. Capacité

Source : BIU Cujas

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.

L'apparition de l'idée de personnalité: l'universitas.

2° période - Depuis la loi Julia. L'idée de personnalité morale apparaît. Toute association licite a une personnalité distincte de celle des personnesphysiques 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, ce - là 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.

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

Source : BIU Cujas

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. 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 cette année à la Faculté de Droit de Paris par Mr. Gabriel Le Bras.

Les fondations apparaissent sous Constantin.

Pour voir apparaître en droit romain les veritables 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'église 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.

La notion de l'établissement.

Les piae causae.

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 229, 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, I.3. De episcopis et clericis (titre renfermant un ensemble de constitutions exploité par le droit canonique) constitution 45 (46 dans certaines éditions) en grec. Au § I b; nous lisons l'expression suivante en grec: εὐσεβεῖς πράξεις qui veut dire oeuvres pies par opposition à l'expression εὐσεβεῖς αἰτίαι qui veut dire motifs pieux; qu'on rencontre dans le § I a. Le droit byzantin, a donc bien connu l'expression oeu-

Ce sont des fondations.

Source : BIU Cujas

vre pie comme établissement religieux, fondation au sens moderne.

Exemples donnés.

Dans cette constitution, on trouve une énumération de ces oeuvres pies: asiles, orphelinats, hopitaux, crèches, hospices.

Ce sont ces oeuvres pies, ces piae causae, 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) § I b et constitution 28.

Le droit romain a donc connu l'institution juridique de la fondation privée, pouvant être créée directement, 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 fondationsau Bas-Empire consulter en dernier lieu l'article de Duff dans les Cambridge Legal Essays 1926.

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.

Division 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 droit réels et des droits de créances, et jusqu'à la notion moderne du patrimoine.

Source : BIU Cujas

I° catégorie. - Divisions passées dans le droit moderne.

I° division . Res in patrimonio (ou incommercio) 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 prononcé la division que voici entre les choses extra patrimonium:

I° - 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.

I° - 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.

I° - 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 propriété privée, 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 ect.. La sanction est encore ici l'action d'injures.

Source : BIU Cujas

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 vraisemblablement une distinction qui devait avoir au début une grande importance.

On distingue trois variétés de res nullius divini juris.

les res sacrae.

I° - Les res sacrae, consacrées aux Dieux supérieurs diis superiis, tels sont les temples et le matériel du culte. Elles revêtent ce caractère sacré à la suite d'une consécratio ou dedicatio, émanant du pouvoir civil.

Les res religiosae.

2° - Les res religiosae. Ce sont celles qui sont consacrées aux Dieux mânes, ancêtres déifiés. Tels 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 II28, I598 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.

Source : BIU Cujas

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 genre, 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 genere.

Une chose est dite in specie, quand elle est envisagée au point de vue de son individualité specie Par exemple: du blé d'Afrique, tel cheval déterminé, tel esclave déterminé.

Les res in specie.

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 seront 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.

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.

Intérêt de la distinction des choses consomptibles et non consomptibles.

2° catégorie. Divisions des choses propres au droit romain.

I° - Division des choses en res mancipi et res nec mancipi.

Cette division a une très grande importance en droit romain. Des théories romaines, comme

Source : BIU Cujas

la propriété prétorienne, ne peuvent se comprendre que si on connaît cette distinction.

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 leschoses qui ne s'acquièrent pas par la mancipation, dit Gaius, 2.22.

Les res mancipi et les res nec mancipi.

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,I4 et I5. Ulpien, Règles I9.I. Sont considérés par les jurisconsultes romains comme res mancipi:

Quelles sont les res mancipi?

I° - 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, 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, I9I8. Contre ce système, renvoyons à l'article de Marchi. Les res mancipi et la propriété de la gens, Archivio Giuridico, 4° série, II I92I, pages 60 et suivantes.

La doctrine qui paraît la meilleure est celle qui voit dans les res mancipi l'élément essentiel de la fortune du Romain primitif.

Ce sont les choses les plus utiles à l'agriculture.

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 resmancipi, on verra qu'elle comprend les choses utiles à l'agriculture.

Peut être la distinction des res mancipi et des res nec mancipi a-t-elle été précédée d'

Source : BIU Cujas

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, troupeau.)

La familia et la pecunia.

Mais selon Mr. Fliniaux et suivant les conclusions de Jürs, Manuel de droit romain le plus récent en Allemagne, page 44, note 3, il est impossible, comme certains auteurs l'ont soutenu, notamment Mitteis, Droit privé romain, tome I, page 8I, que, dans les XII Tables, familia soit synonyme de res mancipi, et pecunia synonyme de res nec mancipi.

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.

Suppression de la division par Justinien.

Dernière division propre au droit romain: les res corporales et les res incorporales.

Les romains paraissent avoir emprunté cette division à la philosophie stoïcienne. Les res corporales sont celles qui tombent sous le sens. Gaius 2,I3; cite les fonds de terre, les esclaves, les vêtements, l'or, l'argent. Les res incoporales 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 incoporales 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 corporales.

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 tousles 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.

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.

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.

Ils ont ignoré la distinction des droits réels et des droits de créance.

On ne rencontre pas chez les jurisconsultes Romains la distinction des droits réels et des droits de créance. Cette distinction a été dégagée seulement par 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?

Source : BIU Cujas

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:

I° - Le droit de suite.

2° - Le droit de préférence.

I° - 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 fond 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'hypoyhèque. 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.

Ils ont été amenés à l'apercevoir dans le

Source : BIU Cujas

Cette distinction apparait dans la procédure romaine.

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 quant au fond.

Voici les manifestations de la distinction du droit réel et du droit de créance dans le domaine de la procédure :

I° - 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 réaction 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 I9I2.

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° I5): " 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

L'idée de cohésion .

Intérêts auxquels elle répond.

Source : BIU Cujas

article 2092 du code civil. Elle explique qu'au décès de son titulaire, le patrimoine 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?

Ce qui suffirait à prouver le vague dans lequel ils sont restés, c'est l'imprecision de la terminologie. Nombreux sont les mots dont se sont servi les Romains pour désigner l'institution du patrimoine. Voici les principaux: 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, I0.2.38; I2.6.6I. Autre expression du patrimoine: familia pecuniaque dans le droit primitif. Puis familia tout court, ou pecunia tout court, lorsque la distinction de la familia et de la pecunia eut disparu en droit romain. Puis bona; facultates; res (in rem versum) et enfin à l'époque port classique substantia.

Terminologie 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 prise 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.

Extension de la composition du 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 concrétes de l'idée de patrimoine. Passons-les en revue.

Manifestations romaines de l'idée de patrimoine.

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

La venditio bonorum.

Source : BIU Cujas

sur tout son patrimoine de sa dette. Le créancier a le droit de faire vendre l'ensemble du patrimoine.

Le pécule.

Puis autre manifestation concrète de l'idée de patrimoine: C'est dans l'institution du pécule. Le pécule, dit Ulpien Digeste, I5.I.5.3, est un petit patrimoine patrimonium pusillum. C'est, nous l'avons vu une masse de biens contenant 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.

L'hérédité.

3° manifestation de l'idée de patrimoine: c'est dans l'institution de l'hérédité.

D'abord, en droit romain, s'il n'y a pas d'héritier sien ou d'héritier necessaire, l'hérédité n'est pas acquise de plein droit au successible. Ce dernier l'accepte (addition d'hérédité) et la prend quand il veut. Jusqu'à ce moment, l'hérédité est dite jacente, jacet hereditas. Cette hérédité jacente 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.

Notion de la subrogation réelle.

Puis 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 petition d'hérédité est intentée contre le détenteur, on ne trouve pas dans l'hérédité 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,I8. C'est la notion fondamentale de la subrogation réelle.

Enfin nous rencontrons la manifestation de l'idée de patrimoine dans l'institution romaine des personnes morales, celles-ci ayant nous l'avons

Source : BIU Cujas

Patrimoine des personnes morales.

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. Le fondement de ce qu'on appelle la cohésion existant entre les éléments dont le patrimoine est formé varie 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. Mais aujourd'hui cette doctrine est battue en brêche. 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. Or cette théorie à 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.

Fondement de l'idée de patrimoine.

L'idée de personnalité.

L'idée d'afectation.

Bibliographie sur le patrimoine. Pour le droit romain pur, Ivo Phaff, 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.

Bibliographie.

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.

Composition du patrimoine.

Il y a deux grandes cathégories de droits réels.

Les 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:

I° - La définition et l'histoire du droit de propriété à Rome.

2° - La possession.

Introduction générale

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.

I° - 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.

I° - 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.

I° -Il peut constituer sur la chose des

Source : BIU Cujas

droits réels, par exemple des servitudes. 2° - Quand 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 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.

La propriété individuelle.

I° La propriété collective.

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 près, 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.

2° - La propriété familiale.

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?

D'abord, pour la proprité 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 copro-

Vestige de la propriété familiale en droit romain.

Source : BIU Cujas

priété sur le patrimoine 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.

I° - On rencontre des vestiges de cette propriété collective dans le langage même des Romains. Les Vermes 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'hérédium.

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 familles, car on ne peutpas nourrir une famille avec deux arpents de terre. Donc à côté de l'heredium, propriété individuelle, il devait y avoir des terres arables communes vraisemblement 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 des XII Tables; où nous avons 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 rencon-

Les XII Tables ne connaissent que la propriété individuelle.

Source : BIU Cujas

tre à Rome que la propriété individuelle. Quelle a été l'évolution de cette propriété individuelle à Rome.

Le dominium ex jure Quiritium.

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;

Ses conditions.

1° - Etre citoyen romain.

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 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 jus commercii, 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 à Rome 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 seft transformée en propriété individuelle, il n'y eut que les terre 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 do-

Source : BIU Cujas

L'Etat à le dominium des fonds provinciaux.

minium 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 de 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.

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 féodal français par le domaine éminent, par opposition au domaine utile, et les légistes au Moyen Age auraient pu construire leur théorie du domaine 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".

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 italique.

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.

Extension de l'impôt foncier 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.

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, autre mode d'acquisition de la pro-

Source : BIU Cujas

L'acquéreur par tradition ne devient propriétaire civil que par l'usucapion.

priété d'après le droit civil, la propriété n'a pas pu être transférée. Elle ne le sera que par l'usucapion possession de la chose pendant un délai d'un an pour les meubles, de deux ans pour les immeubles.

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 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 lui intenter avant que l'acquéreur soit devenu propriétaire du droit civil par l'usucapion.

Il a une exception pour repousser la revendication.

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.

Il a une action contre les tiers.

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 bonitaire ou prétorienne.

La propriété prétorienne, ne doit pas être confondue ni avec la propriété pérégrine, ni avec la propriété sur les fonds provinciaux. En effet, la propriété prétorienne est essentiellement destinée 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.

La création de la propriété prétorienne entraîna une conséquence curieuse. Il peut 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. On dit alors

Le dédoublement de la propriété.

Le propriétaire prétorien a à près tous les avantages.

Source : BIU Cujas

Le propriétaire civil à un droit nu.

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).

Réforme de Justinien.

Justinien comprit qu'il n'y avait pas avantage à maintenir ce droit quiritaire nu. Il le supprima Code 7.25 et, par voie de conséquence, dans une autre constitution il supprima la fameuse distinction des res mancipi et des res nec mancipi.

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 connait 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.

LA POSSESSION.

Définition de la possession au sens large.

Dans son sens le plus large, la possession 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.

Si la possession n'avait d'autre importance que d'être le contenu du droit de propriété, elle

Source : BIU Cujas

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, qui ne se confond pas nécessairement avec la propriété, peut être envisagée à un point de vue beaucoup plus étroit et, envisagée sous cet aspect plus étroit, la possession devient une institution juridique pleinement autonome. Tout rapport extérieur immédiat entre une personne et une chose ne constitue pas toujours en effet 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:

La possession au point de vue juridique.

Ses conséquences.

L'acquisition de la propriété par l'usucapion.

I° - de conduire à l'acquisition de la propriété par l'usucapion, dans le cas ou 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 par des moyens de droit particuliers appelés à Rome interdits possessoires et aujourd'hui, actions possessoires.

En ce qui concerne le droit romain, les interdits possessoires étaient de deux sortes:

I° - Les interdits donnés pour faire conserver la possession, interdits retinendae possessionis.

2° - Les interdits donnés pour faire recouvrer la possession interdits recuperandae possessionis.

Les anciens interprètes, pour distinguer cette possession tendant à faire obtenir la protection des interdits, l'appelaient possessio ad interdicta, par opposition à la possessio ad usucapionem.

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 détenteur.

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.

Son possesseur à Rome:

Etaient à Rome considérés comme possesseurs c'est-à-dire avaient droit à la protection des interdits:

Le propriétaire/

I° - 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.

Source : BIU Cujas

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 bonne 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.

Le possesseur de mauvaise foi.

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 de prêteur à usage, le locataire à long terme, souvent appelé emphytéote.

Autres personnes.

Au contraire, étaient considérés par les Romains comme de simples détenteurs, n'ayant pas droit à la protection des interdits:

Simples détenteurs.

I° - 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 fermier.

Dans ces cas, les interdits appartiennent: au déposant; au commodant (celui qui a prêté la chose) au bailleur.

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:

I² La théorie de Savigny. Traité de la possession, Ière édition, I803, traduction française, I866. Nous citerons d'après la deuxième edition de la traduction Staedler, Bruxelles,I870. 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 reprimer.

Théorie de Savigny: l'ordre public.

2° - La théorie de Jhering, Fondement de la protection possessoire, I865.

Théorie de Jhering: l'in-

Source : BIU Cujas

térêt des propriétaires.

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."

La possession est l'ouvrage avancé de la propriété.

Mr. Flinïaux 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 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. Flinïaux 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

Source : BIU Cujas

théorie romaine de la possession. Nous suivrons le plan suivant:

Section I - Eléments constitutifs de la possession. Critérium de la distinction de la possession et de la détention.
Section II - Acquisition de la possession.
Section III - Perte de la possession.
Section IV - Sanction de la possession.
Section V - Lapossession de bonne foi.

Section I .

Eléments constitutifs de la possession.

Criterium de la possession et de la détention.

Bibliographie.

Bibliographie.

I° - Un article très important de Saleille Etude sur les éléments constitutifs de la possession, Revue Bourguignonne de l'enseignement supérieur, I893-I894 article avec tirage à part.

2° - Duquesne, Distinction de la possession et de la détention en droit romain, thèse Paris I898.

La doctrine romaine, en ce qui touche les éléments de la possession; distingue, deux éléments bien différents:

I° - Un élément purement matériel, qu'on appelle le corpus.

Les deux éléments de la possession.

2° - Un élément intentionnel, spirituel, qu'on appelle l'animus.

I° - L'élément matériel, le corpus.

Ce n'est pas, comme le définit Savigny la possibilité physique de diposition exclusive de la chose. Car il s'agit là, comme l'a montré justement Jhering, d'une conception trop étroite du corpus. Jhering a donné du corpus une définition plus large, qu'on ne trouve pas dans les manuels. Le corpus est l'acte matériel d'appréhension de la chose conformément à sa destination économique. Cette définition paraît plus intéressante que celle de Savigny, car elle permet d'expliquer qu'on possède par exemple des meules de foin dans un champ; des coupes de bois; unemaison de campagne délaissée pendant l'hiver, car la destination économique de ces choses est d'être tenue matériellement à certains moments seulement, par opposition à d'autres choses, les objets précieux par exemple.

La définition du corpus de Jhering est préférable.

2° - L'élément intentionnel: l'animus.

Source : BIU Cujas

C'est une matière beaucoup plus délicate: tout va se passer ici dans le cerveau de l'individu. A côté de l'élément extérieur, purement matériel, qu'est le corpus, la détention comme la possession, comprend 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 pas possession. Digeste 41,2,1.3.

L'animus est nécessaire dans la possession et la détention.

N'est-ce pas dans le caractère de cet élément intentionnel que réside le critérium de la distinction de la possession et de la détention?

A ce point de vue, trois théories principales méritent d'être retenues, parmi les très nombreuses théorie qu'à 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° 6 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 Le possessio ad interdicta, celle qui est protégée par les interdits, est caractérisée par ce qu'on appele l'animus sibi habendi, c'est-à-dire l'intention de posseder pour soi.

Distinction de trois sortes d'animus.

Quant à la simple détention, elle est cacactérisée par l'animus alieno nomine tenendi, la volonté de posseder pour autrui Pothier, n° 5.

La 2° théorie est celle de Savigny. Traité de la possession, I^re 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 la volonté de se comporter sur la chose à la façon d'un propriétaire, l'animus domini. Est détenteur celui qui

Théorie de Savigny: l'animus domini.

Source : BIU Cujas

a la volonté de posséder pour un autre, reconnaissant le droit de propriété de cet autre.

Conséquences conformes aux textes.

Voici les hypothèses où la théorie de Savigny fonctionne bien. Le fermier ne possède pas il est un simple détendeur, 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: I° - Chez les personnes en puissance. En effet, exception faite pour les pécules, ces personnes ne peuvent pas être propriétaires.

2° - A l'endroit des res extra commercium parce qu'elles ne sont pas susceptibles de propriété privée. Savigny traduction , pages 103 et suivantes.

Solution que Savigny n'explique pas.

Jusqu'ici la théorie se concilia très bien avec le texte romain. 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 alieni nomine, et cependant la protection possessoire leur est accordée à Rome.

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. La 3° théorie, celle de Jhering est toute différente. On la trouve exposée dans son ouvrage intitulé: Der Besitzwille, La volonté de posséder; qu'on a traduit: Le rôle de la volonté dans la possession, 1889. On en trouvera la traduction dans les oeuvres choisies de Jhering, tome II, 1893, pages 213 et suivantes.

Il y voit des cas de possession dérivée.

Théorie de Jhering.

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 différe 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'autre 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.

Source : BIU Cujas

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 ce 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 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 possesseur: il a bien l'animus tenendi. Mais on a refusé 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, à la fin du bail.

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, 1, 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

Source : BIU Cujas

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:

I° - Le point de vue du droit romain pur: quelle est la véritable théorie romaine?

2° - Le point de vue du droit moderne.

I° - 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 6° édition du Manuel de Girard, pages 289, note 5) et un article posthume de Lefèvre, Mélanges Cornil, I926, 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 obscure 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 I894, 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 possessions:

La possessio civilis (ad usucapionem.)

I° - 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 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 naturalis (détention).

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 (ad interdicta).

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.

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

Source : BIU Cujas

Evolution pour le cas du propriétaire devenu locataire par erreur de son fonds.

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 posseder pour lui. Digeste, 4I.3. 2I.I. C'est un des textes sur lesquels Jhering s'appuie.

Mais ce n'est qu'un moment de l'évolution. En effet une théorie professéepar 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 I3.7. 37.4I.2.I.I. Ce sont les textes sur lesquels s'appuie principalement Savigny.

Conséquence de cette nouvelle doctrine en ce qui concerne notre cas concret: on ne considèra 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.

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, I925, page 347. Voici les innovations qui paraissent les plus certaines. Le droit byzantin aurait altéré la notion originaire 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)

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 I803, le Code civil français, promulgué en I804 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 I804 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.

Source : BIU Cujas

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; chapitre I, Dispositions générales Chapitre 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 ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce 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 , publique, 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 deCujas, 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 posseder 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).

Condition de la possession.

Les détendeurs n'ont pas les actions possessoires.

De même d'après l'article 23 du Code de Procédure civile, les actions possessoires ne peuvent être intentée que par ceux qui sont en possession à

Source : BIU Cujas

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 pour les rapports des fermiers 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 contiennent 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.

Ils donnent une théorie générale de la possession.

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.

Le Code allemand donne la possession au fermier et au bailleur.

Source : BIU Cujas

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. 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 : le corpus et l'animus. Examinons ces éléments en vue de la question posée.

1 - L'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 :

Défaut d'animus.

1° - En cas d'incapacité. Digeste, 41. 2. 1. 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 affectionem 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'ils 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,

Source : BIU Cujas

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.

1° - 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 absence, 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 à donc ses racines dans le droit même de la famille. Gaius, 2.89. Per eos quos in potestate habemus

Source : BIU Cujas

acquiritur nobis etiam possesio, nous acquérons la possession par l'intermédiaire de ceux qui sont sous notre puissance.

Mais dans notre première phase, on ne peut pas acquérir la possession de l'intermédiaire de personnes étrangères à la famille, personae extraneae, mandataire, gérant d'affaires.

2° Phase - On admit que la possession pourrait être acquise par l'intermédiaire des personae extraneae, mais la réforme ne fut pas faite d'un seul coup.

Par les procuratores. et les tuteurs

Elle fut faite d'abord pour les procuratores, les factotums, chargés de l'administration générale des biens d'une personne, par exemple les anciens exclaves restés les intendants de leur maître, et aussi des administrateurs généraux de la fortune d'autrui, les tuteurs. C'est ce que nous apprend Neratius au début du II° siècle, Digeste, 41.I.13.

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 est encore controversée à l'époque de Gaius, comme il le constate, 2.95. Mais la controverse a été définitivement tranchée en 196, comme nous l'apprend une constitution de Sevère et de Caracalla, Code,7.32.1.

La représentation est-elle admise pour les deux éléments.

Dans tous les cas où la possession est acquisepar l'intermédiaire d'une personae extraneae, 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 ?

Elle l'est pour le corpus.

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.

Exemple où l'animus précède le corpus. C'est le cas courant du mandataire qui acquiert pour moi la possession d'une chose. J'ai,l'animus, puisque je lui donne 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

Source : BIU Cujas

possession. Neriatus, Digeste, 41.1.13. pr. Digeste, 41.2.42.1.

2° Exemple, où l'animus suit le corpus. C'est le cas d'abord 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, Digeste, 41.2.42.1.

Le gérant d'affaires.

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, au 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.

Le constitut possessoire.

L'acquisition alieno animo n'est pas admise en principe.

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.

1° - 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. Ce point est à indiquer dans une étude sur les personnes morales.

Personnes morales.

2° - On décida que les tuteurs pourraient acquérir la possession pour leur pupille, même à l'insu du pupille. C'est donc qu'ils acquièrent la possession avec leur propre animus pour le compte du pupille.

Pupilles.

Mais une difficulté de principe se posait, quand il s'agissait du pupille infans. Celui-ci n'a pas de capacité, il n'a aucune volonté. Sans doute on pouvait employer le procédé dont se sert le tuteur quand le pupille est infans, la tutelae 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.

Difficulté pour le pupille infans.

D'autre part, il est impossible d'appliquer le principe général de la représentation, comme pour les autres pupilles, parce que l'infans ne peut pas avoir d'animus personnel.

Source : BIU Cujas

Les jurisconsultes romains pour sortir d'embarras, n'hésitent 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.

Utilitatis causa.

Cependant Paul n'a pas hésité ici, à proposer , comme ultimum remadium, l'emploi de ce procédé. Digeste,4I.2.32.2.

Utilitatis enim causa hoc, réceptum, 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, nouvelles revues historiques, I9I3, page 836.

Question de concours : L'acquisition de la possession par l'intermédiaire d'autrui, et ses conséquences relativement au transfert de la propriété.

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 où 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; la maître a laissé le fonds de terre

Source : BIU Cujas

Perte corpore.

vacant par sa négligence. Le corpus est perdu.

Au contraire, dans deux cas exceptionnels, sur lesquels il y a une littérature tout a 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 lés 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 : Réforme de Justinien. 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, à démontré que la règle possessio, animo retinetur n'aurait été reconnue qu'à l'époque de Justinien, par 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.

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

Source : BIU Cujas

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, personne 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, 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 possessoires par exemple: l'interdit de loco publico fruendo, donné au fermier d'un locus publicus,

Les inter-

Source : BIU Cujas

Faits spéciaux.

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 possesseurs 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 exclusive de ces magistrats.

Les Romains ont connu plusieurs interdits possessoires, et avec leur esprit de systématisation, ils les ont très judicieusement répartis suivant le but 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, par les mots de la formule. C'est l'interdit dont on sesert 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. L'existence de l'interdit utrubi, auquel l'interdit uti possidetis ne doit pas être postérieur, parait connue de Plaute, au milieu du VI° siècle de Rome, comme il ressort d'un passage de sa comédie Stichus , acte

Epoque d'apparition.

Source : BIU Cujas

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 traduit souvent.)

A 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, I927. Compte rendu de Tisser, dans la Rev. Fond. Savigny, I929, 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:

Source : BIU Cujas

Uti nunc possidetis eum fundum, ita possideatis. Adversus ea vim fieri veto.

De même que vous possédez maintenant ce fond 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 est 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.

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.

Il détermine le rôle de possesseur dans la revendication.

I° - 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 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 pénétre 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.

Formule de 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

Source : BIU Cujas

dans la formule de l'interdit.

Utrubi hic homo quo de agitur majore parte hujus ce 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.

Condition de la possession.

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.

§ 2 - Les interdits recuperandae Possessionis.

Parmi ces interdits, quelques-uns sont contestés. Nous n'en parlerons pas: ils n'ont 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.

I° - L'interdit de vi cottidiana.
2° - L'interdit de vi armata.

I° - L'interdit de vi cottidiana.

Formule de 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, 43.16.1. pr. et les plaidoyers de Cicéron Pro Caecina 30 et

Source : BIU Cujas

Pro Tullio 4.4.

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-intérets.

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 de vi armata.

Cet interdit était donné quand la dépossession avait été accompagnée de circonstances aggravantes avait 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 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 armé 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

Source : BIU Cujas

de l'exceptio 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.

§ III - 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.

Evolution des actions possessoires. Ière phase:

Dans le cours du 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

Source : BIU Cujas

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 3, question I, canon 3: Redintegranda sunt omnia expoliatis vel ejectis episcopis. Toutes les choses doivent être rendues aux évêques spolies et dépouillés. D'où le 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.

Spolidatus. ante omnia restituatur.

La complainte.

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 action possessoire, qui a ses attaches directes avec le droit germanique. C'est la complainte.

Elle dérive de la saisine du droit germanique qui confond la possession et la propriété.

Le point de départ de cette action, c'est ce qu'on appelle la possession d'an et jour, la saisine du droit germanique.

Or dans le droit germanique, cette possession d'an et jour se confond avec la propriété elle-même. La notion de propriété 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 et 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

Distinction du possessoire et du pétitoire.

Source : BIU Cujas

juges de paix et le pétitoire de la compétence des tribunaux civils de première instance).

La complainte protège le possesseur d'an et jour.

Le jour ou 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 de droit, la réintégrande. Nous allons voir employer successivement ces deux moyens de droit:

1° - 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. 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 possession, 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 ap-

Les deux formes de la complainte dans Pothier.

Source : BIU Cujas

paraît) 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 réintegrande.

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.

C'est aussi le système des codes français.

I° - Le code civil contient un article qui évoque une des actions possessoires, la réintégrande: article 2060 - 2°.

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 règles.

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.

Réaction de la jurisprudence française en faveur de la réintégrande du droit canonique.

Avec la 3° 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 le 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 française a fait revivre la réintégrande du droit canonique avec tous ses caractères. Ce n'est plus une véritable action possessoire, comme la complainte. 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.

Source : BIU Cujas

Section V - 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'usucapion, 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.

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, d'autant plus qu'il constitue le plan d'un sujet possible de concours: la possession de bonne foi.

Cette introduction générale terminée, nous étudierons successivement:

Chapitre I - La propriété quiritaire.

Chapitre II - La propriété prétorienne.

Chapitre I.

LA PROPRIETE QUIRITAIRE.

Section I - Modes d'acquisition à titre particulier de la propriété quiritaire.

Section II - Extinction du droit de propriété quiritaire.

Source : BIU Cujas

Section III - Sanction du droit de propriété quiritaire.

Section I - Mode 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.

Modes d'acquisition du droit civil et modes 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; 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.

Dernière 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'aliénétion involontaire.

A quelle division allons nous nous référer dans nos développements? Voici le plan que nous suivrons:

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.

Source : BIU Cujas

§ 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, animo domini, avec l'intention de devenir propriétaire de cette chose, n'appartenant à personne, une res nullius, mais susceptible de propriété privée. 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 à Rome le dominium ex jure Quiritium pour 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. Les particuliers ne pouvaient acquérir sur ces immeubles le dominium ex jure Quiritium que pour une concession faite par l'Etat, 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 ad signatus).

L'Etat devenait propriétaire des terres conquises.

Il aliénait une partie des terres.

Quand l'Etat faisait de telles aliénations on procédait à une délimitation spéciale de ces terres, faite par des techniciens appelés agrimensores, arpenteurs, avec des solennités religieuses. 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.

Les agri limitati.

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 les particuliers à leurs héritiers.

Les agri occupatorii ou possessiones.

C'est la possession de ces agri occupatorii qui fut la cause des divisions intérieures qui

Les praticiens les occupent.

Source : BIU Cujas

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 agraire 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.

Ces lois établissent le dominium ex jure quiritium sur les agri occupatorii. Ce dominium ne s'étend pas aux fonds provinciaux.

La question de l'occupation ne se pose donc pas ici. Voyons les cas véritables d'acquisition de la propriété à Rome par l'occupation. Etaient à Rome considérés comme res nullius, donc susceptibles d'être acquises par l'occupation:

Choses susceptibles d'être acquises par l'occupation.

1° - 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.

L'occupatio bellica.

2° - En dehors de l'occupatio bellica, l'occupation faisait acquérir la propriété des choses qui n'avaient jamais appartenu à quelqu'un:

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.

Le gibier.

Source : BIU Cujas

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.

b - Le poisson de mer.

Le poisson de mer.

C - Les pierres précieuses trouvées sur le rivage de la mer, Institutes de Justinien, 2.I.I8.

Les pierres précieuses.

d- L'île qui surgit au milieu de la mer Institutes de Justinien 2.I.22.

L'île qui surgit dans la mer.

Mais des difficultés pour l'acquisition de la propriété par l'occupation s'étaient soulevées en droit romain pour les deux catégories suivantes:

I° - Les res derelictae c'est-à-dire les choses abandonnées par leur véritable propriétaire.

2° - Le trésor.

Les res derelictae.

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'emparait d'une telle chose, elle en acquérait la propriété par occupation. Mais à l'époque classique, un texte du Digeste, 4I.7.2.I., semble dire qu'il y avait à ce sujet controverse entre les Sabiniens et les Proculiens.

La controverse entre les Sabiniens et les Proculiens.

La majorité des auteurs pensent que ce texte se rapporte à toute espèce de derelictio a domino, 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 prispossession de la chose: les Sabiniens soutenaient que c'était au moment même où il avait abandonné sa chose.

Mr. Fliniaux pense, avec 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 propriéta 2° partie, I928 page I97) 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'acquisi-

Le texte se rapportait à la derelictio des res mancipi.

Source : BIU Cujas

tion des choses abandonnées. Pour cet auteur il faut y voir moins une acquisition originaire rentrant dans l'occupation qu'une acquisition dérivée parallèle à la tradition. 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.

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 (1,22 Nov. Ier Déc. 1790, C.C. art. 539 et 713. Cf arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux, 30 Mars 1909 affaire des dunes de Gascogne. D. 1911. 2.67) soit à la commune (l. 3 frimaire an VII).

En droit français moderne pas d'acquisition des immeubles abandonnés par occupation.

2° -Le cas du trésor. Qu'est-ce qu'un trésor juridiquement parlant. Le jurisconsulte Paul, Digeste, 41.1. 31 dit que le trésor est toute chose mobilière enfermée ou cachée dans un immeuble depuis un temps fort ancien, de telle sorte qu'il est impossible de déterminer à qui elle appartient. C'est une res nullius, n'appartenant à personne. Elle doit donc appartenir à celui qui la trouve. Il s'agit ici de la manifestation du droit d'occupation.

Le trésor appartient à l'inventeur

Cependant quand c'est une autre personne que le propriétaire du fonds qui trouve le trésor, que fallait-il décider? Fallait-il attribuer le trésor entièrement à celui qui l'avait trouvé, qu'on appelle l'inventeur, ou au propriétaire?

S'il est trouvé sur le fonds d'autrui, le propriétaire du fonds en a la moitié en vertu de la loi.

Une constitution d'Hadrien décida que le trésor appartiendrait par moitié au propriétaire du fonds, et par moitié à l'inventeur. Mais au point de vue juridique quel est le fondement de l'acquisition pour le propriétaire? Le mode d'acquisition est ici la loi, lex. Le trésor met en jeu deux modes d'acquisition différents: l'occupation et la loi.

Source : BIU Cujas

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?

1° -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. Elle est faite par exemple pour des ouvriers appelés pour faire des travaux de terrassement. On applique la règle d'Hadrien: le trésor est partagé par 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 des travaux pour le découvrir. Dans ce cas, le trésor est attribué en entier au propriétaire. Article 716, 1° alinéa.

§ 2 - LA SPECIFICATION.

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 manière première, ou à l'ouvrier? C'est la question même de propriété. La question de propriété étant tranchée, une autre question se soulève: 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, 2.71. 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

Source : BIU Cujas

matière n'ayant jamais appartenu à personne, doit être la propriété de son créateur.

Opinion intermédiaire. Distinction à faire.

Entre ces deux opinions, il y a place pour une solution intermédiaire. On va distinguer les deux cas suivants:

I° - 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.

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.

La question d'indemnité.

Voilà la question de propriété tranchée. Immédiatement se pose la question d'indemnité. Comment la résoudre? Il faut distinguer les deux hypothèses suivantes.

Action accordée au propriétaire de la chose ancienne.

I° 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 la condictio; fondée sur l'idée d'enrichissement sans cause, et une action en revendication utile, dont des textes semblent parler.

Exception accordée à l'ouvrier de bonne foi.

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.

§ 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'ap-

Source : BIU Cujas

pelle 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 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. 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

Sens étroit de l'accession.

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.

Dans quel cas, en droit romain, voyons-nous une personne devenir propriétaire d'une chose par accession?

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.

1° 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.

2° - Une île se forme dans un fleuve. Les propriétaires des fonds riverains en deviennent propriétaires. Mais comment déterminer exactement leur

Règle d'attribution aux riverains.

droit de propriété? On imagine une ligne médiane partageant en long le fleuve. On attribue à chaque rive-

Source : BIU Cujas

rain la portion comprise entre la médiane, la rive du fleuve, et deux 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 propriétés riveraines, 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 a examiner deux cas:

I° - La cas de l'adjonction.
2° - Le cas de la confusion et du mélange.

I° l'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 d'adjonction.

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.

Question de propriété. 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.

L'accessoire suit le principal.

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

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 uneexception de dol.

Mais si la séparation n'est pas possible, que décider? Nouvelle distinction: a) Il y aura alors 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 ou il ne l'est pas etsi, 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: 1' action 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.

I° 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.

Règlesde 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 particuliarité 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 propriété-

Source : BIU Cujas

taires différents. Mon vin a été mélangé avec le vôtre dans la même amphore. A qui appartiendra le vin? Les Romains 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'action 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.

Les corps confondus sont indivis.

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.

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.

Le mélange est indivis s'il résulte de la volonté commune.

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 sont 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.

Si non la revendication peut être exercée.

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.

3° Hypothèse: rapprochement d'un meuble et d'un immeuble.

Cette hypothèse comprend deux cas différents:

1° - Le cas d'une construction élévée 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.

I° - 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; la construction est considérée comme un accessoire du sol, et, elle doit 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 ne peut faire démolir la construction.

Le propriétaire des matériaux aurait pu 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 pour que le propriétaire des matériaux puisse les reprendre.

L'actio de ligno juncto.

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 une action contre le contructeur, l'action de tigno juncto, en vue de faire condamner le constructeur à lui payer la valeur du double des matérieux. Si le constructeur est de bonne foi, le propriétaire des matériaux perd le droit d'intenter la revendication.

S'il n'y a pas eu vol, il n'y a pas d'action spéciale contre le constructeur. Le propriétaire des matériaux peut seulement intenter contre lui une action in factum.

Cas de construction sur le sol d'autrui.

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.

Le constructeur est de bonne foi.

I° - Le constructeur sur le sol d'autrui est de bonne foi.

Il faut distinguer deux cas.

S'il possède il a une exception de dol.

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.

S'il ne possède pas il n' a pas d'action.

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 bon-

Source : BIU Cujas

ne 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:

Le constructeur de mauvaise foi n'a pas droit à indemnité.

2° - Le constructeur sur le sol d'autrui est de mauvaise foi.

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.

2° Hypothèse:plantation ou ensemencement 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.

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 dela valeur des semences.

Distinction à faire.

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

Source : BIU Cujas

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.

Ces modes sont:

1° - La mancipation.
2° - L'in jure cessio.
3° - La tradition.

Importance de la tradition.

De ces trois modes, le plus important de beaucoup, le seul même pour le droit moderne, c'est une 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.

Importance de la tradition.

Nous avons déjà rencontré la mancipation un grand nombre de fois. La mancipation est le mode d'acquisition le plus original qu'a connu le droit romain. Pour l'expliquer, il faut faire appel à des considérations d'économie politique. Elle n'existe plus sous Justinien, et par suite on ne la rencontre plus dans le droit moderne. Cependant pour le droit romain 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.

Importance de la mancipation.

Nous étudierons:

I - les formes de la mancipation.
II - Les effets de la mancipation.
III - Le domaine d'application de la mancipation.

I - Formes de la mancipation.

Textes sur les formes de la mancipation.

Ces formes présentent à l'époque classique une grande complexité. Nous avons la chance de les connaître assez exactement, par des indications précieuses que donnent Gaius, I. II 9 et Ulpien Règles I 9 83, à 86. Nous allons avec ces auteurs reconstituer les formes de la mancipation.

Acteurs de la mancipation.

C'est une petite comédie. Voyons en d'abord les acteurs. La mancipation exige la présence de cinq témoins citoyens romains et pubères, et d'un personnage d'abord assez énigmatique, le libripens, le porteur de la balance, enfin l'acquéreur et l'aliénateur.

Suivons cette petite scène. Supposons qu'il s'agisse de la mancipation d'un esclave. La personn

Source : BIU Cujas

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 la formule sacramentelle que voici: Aio hunc hominem ex jure Quiritium meum esse, isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra, j'affirme que cet esclave m'appartient d'après le droit des Quirites, et qu'il a été acheté par moi avec cet airain et cette balance d'airain.

Paroles et gestes de la mancipation.

Dans les textes de Girard, au lieu de est il y a esto, soit. En effet, nous avons deux versions. L'une celle que Mr. Fliniaux adopte: est, est donnée par Boèce: l'autre, qu'il repousse, est donnée par le manuscrit de Vérone des Institutes de Gaius, I.39. Mr. Fliniaux donne la préférence à la première version avec Wlassak, et tout récemment Kunkel, dans un art. remarquable de l'avant dernier fascicule de la grande Encyclopédie allemande de l'antiquité de Pauly-Wissowa, pendant du Dictionnaire des antiquités grecques et romaines de Daremberg et Saglio, mais plus récente, tome XIV, I° partie 1928. Signalons aussi dans la deuxième partie du même tome un article très important sur le matrimonium et un autre sur la manus, dont nous n'avons pas pu faire état en exposant la matière du mariage.

Les deux versions.

Gaius dit simplement cela; mais il ne dit pas que le prix de l'acquisition était mentionné dans cette vente. Or Paul, Fragments du Vatican § 50 rapporte le fragment de la formule (c'est encore un argument en faveur de la version de Mr Fliniaux): emptus mihi est pretio, et Girard, Textes, corrige arbitrairement est par esto.

Le prix.

Puis l'acquéreur frappe la balance du libripens avec le morceau d'airain qu'il tenait à la main, et qu'il remettait ensuite à l'aliénateur, en guise de prix, loco pretii.

Le lingot d'airain.

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 19.6. 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 s'expliquer, si on passe à la question des origines de la mancipation. A l'origine, la mancipation paraît avoir été la première forme de la vente. Il convient d'insister sur cette matière, car on ne peut pas comprendre la vente. Le contrat le plus important, si on

La mancipation est à l'origine une vente au comptant.

Source : BIU Cujas

ne connaît pas la mancipation. La mancipation paraît avoir été une vente au comptant. Cela ressort du texte même de Gaius, I.II9; qui nous apprend que la mancipation est une vente fictive, venditio imaginaria. Or on peut conjecturer que ce qui était fictif à l'époque classique était réel à l'origine.

Partant de cette idée, on va voir comment s'explique la présence énigmatique du libripens. Il faut pour cela connaître l'histoire de la monnaie.

Rôle du libripens, la monnaie en lingots bruts.

La première monnaie dont se servirent les Romains était en cuivre, aes, et elle circulait sous la forme de lingots bruts , aes rude. Il était donc nécessaire de peser ces lingots dans les transaction par exemple dans les ventes, la transaction la plus fréquente. C'était le libripens qui procédait à la pesée du lingot. Si l'acquéreur frappait l'airain, c' était pour éprouver la pureté du métal.

Modifications de la mancipation.

La mancipation, telle qu'elle nous apparaît dans sa première fonction, devait dans la suite recevoir des modifications. Ce furent les transformations au point de vue juridique, et au point de vue de l'histoire monétaire, qui les déterminèrent. Il y a donc un facteur juridique, et un facteur économique.

La pesée fictive.

Un facteur juridique. On dut chercher à se dispenser de la pesée réelle du métal, quand on voulait faire des aliénations à titre de donation (un père voulait par exemple constituer une dot à sa fille) et dans le cas de vente à crédit. Dans ce cas, au lieu de faire la pesée réelle, on faisait une pesée fictive.

La monnaie frappée.

Un facteur économique. Il arrive au moment où la pesée réelle devint inutile et même gênante. C'est quand apparurent les pièces de monnaie frappées (aes grave) . On se débarrassa alors de la pesée réelle, qui était inutile, puisque la frappe authentifiait la valeur et la pureté du métal.

Epoque de cette transformation.

Mais à quelle époque cette transformation économique s'est-elle produite? Pendant longtemps, on a attribué l'introduction des pièces de monnaie à Servius Tullius. Pour Mommsen, au contraire, Servius Tullius se contenta de faire poinçonner les lingots bruts afin d'attester la pureté du métal, et ce serait seulement à l'époque des XII Tables que les pièces de monnaie proprement dites, auraient fait leur apparition. Aujourd'hui, il y a tendance parmi les historiens de la monnaie:

Elle paraît un peu postérieure à 4I6.

I° - à penser que la réforme n'aurait eu lieu qu'un siècle environ après la loi des XII Tables, exactement un peu après la première victoire d'Actium en 4I6, que rappelaient les proues de navires représen-

Source : BIU Cujas

tés au revers des plus anciennes monnaies de cuivre qui nous sont parvenues. Voir l'album de Haeberlin, Corpus nummorum aeris gravis I9IO.

La réduction du poids des monnaies maintient la pesée réelle.

2° - à penser que, même après la réforme, on continua dans les transactions à peser les pièces de monnaie de cuivre, celles-ci, qui étaient à l'origine du poids d'une livre comprenant I2 onces, ayant été progressivement ramenées à un poids inférieur à I2 onces. Sur ces dernières données de la science numismatique, on trouvera des renseignements intéressants dans le grand dictionnaire allemand d'économie politique Conrad, 3° édition (Mr. Fliniaux la préfère à la 4°) I903, tome VI, pages 832 et suivantes, dans un article de Pick, Münzwesen, L'institution de la monnaie; et dans Charles Appleton, Revue générale de droit I920 et sa monographie, La monnaie romaine et la loi des XII Tables, Paris I925.

Bibliographie.

II - Effet 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. Cela paraît extraordinaire.

Elle transfert le dominium ex jure Quiritium.

I° - 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. L'effet translatif de la mancipation est très bien mis en lumière dans l'article précité de l'Encyclopédie de Pauly-Wissowa. La mancipation y est expliquée d'une façon toute nouvelle. 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 elle 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.

Source : BIU Cujas

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, dont le montant était le double du prix. Sentences de Paul, 2.I78; c'est le point de départ de la garantie d'éviction dans la vente.(Voir Cours de 2° année)

L'actio auctoritatis.

La mancipation nummo uno.

Les conséquences de l'obligation à l'auctoritas pouvaient être paralysées par ce qu'on appelait une mancipation nummo uno, pour un sesterce. Lors de la mancipation le prix était fixé à un sesterce. L'actio auctoritatis ne pouvait avoir alors comme montant maximum que deux sesterces. Dans ce cas, 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. Mais elle pouvait aussi se rencontrer à la suite d'un contrat de vente. Dans ce cas, le prix véritable n'était pas indiqué dans l'acte de vente.

L'obligation de contenance.

b) - Obligation de manciper une chose dont la contenance est conforme à l'indication donnée au moment de la vente. Je mancipe un fonds qui a telle superficie. On s'aperçoit ensuite que sa superficie réelle est moindre. Dans ce cas, la loi des XII Tables

L'action de modo agri.

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.

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 mancipi, le mot lex ayant ici le sens technique de clause. C'est une sorte de loi qui sert à régir les rapports

Source : BIU Cujas

entre les contractants. 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 fonction primitive, qui est d'être une vente au comptant. Voilà l'idée qui va nous permettre de déterminer les clauses qui peuvent être rendues obligatoires et les clauses qui ne peuvent pas être rendues obligatoires.

Mais seulement celles qui correspondent à sa fonction primitive.

Peuvent être rendues obligatoires, car elles correspondent à la fonction primitive de la mancipation:

Prix.

I° - La clause relative à l'indication du prix.

uti optimus maximus;

2° - 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 IIe siècle après J.C. publiée par Girard, Textes, 5e édition, page 627. Les actes concrets sont en harmonie parfaite avec la théorie .

Réserve de l'usufruit.

3° - 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.

4° - 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.

Au contraire, ne peuvent pas figurer dans le formulaire de la mancipation, ou si elles y figurent, nepeuvent recevoir aucun effet, parce qu'elles sont en contradiction avec la fonction primitive de la mancipation et ne cadrent pas avec la nature de la mancipation.

Clauses ne cadrant pas avec la mancipation.

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, 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.

Terme ou condition.

Cette exigence était spécialement commandée par la force même des choses, au temps où la pesée était réelle, et elle a été maintenue par esprit de routine à l'époque où la pesée est devenue fictive.

Source : BIU Cujas

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.

Obligations autres que la garantie.

III - Domaine d'application de la mancipation.

Ce domaine d'application apparaît très étroit.

Domaine de la mancipation.

En effet,

I° - La mancipation ne peut intervenir qu'entre citoyens romains.

2° - Elle ne peut intervenir que relativement à des choses susceptibles de propriété quiritaire, donc des choses romaines, et encore il faut qu'il s'agisse de res mancipi.

Mais une question s'est posée: ne peut-on pas soutenir qu'à l'origine, la mancipation s'appliquait à toute espèce de choses, car quel procédé aurait-on eu, au début du droit romain, pour aliéner les autres choses? La tradition est un mode du droit des gens sans formalités. Il ne semble pas qu'elle soit ancienne (confia Mr. Giffard à son cours). Mr. Fliniaux admet que vraisemblablement à l'origine, la mancipation était un mode général d'acquisition de la propriété, applicable à toute espèce de choses, aussi bien à celles qu'on appellera plus tard les res mancipi qu'à celles qu'on appellera les res nec mancipi. Vraisemblablement, cette distinction est plus récente qu'on ne pense. En effet, dans les sources, elle apparaît à une époque assez récente. On ne la trouve pas dans Plaute. La distinction serait la conséquence de l'apparition du mode du droit des gens, la tradition. Alors une différenciation se serait produite entre les choses . Les res mancipi, considérées comme ayant le plus de valeur, auraient continué à être acquises par mancipation; les res nec mancipi auraient pu être acquises par tradition. En effet, il y a un argument. A une époque très ancienne, nous avons vu qu'on peut manciper le fils de famille, comme le revendiquer. Or le fils de famille n'est pas une res mancipi.

Elle a dû être à l'origine un mode général d'acquisition.

La distinction des res mancipi et des res nec mancipi est assez récente.

Même après que la tradition des res mancipi put conduire à la propriété prétorienne, la mancipation continua à être employée encore très longtemps malgré la gêne du formalisme qu'elle comportait. Ses avantages étaient qu'il n'y avait pas besoin de transfert de la possession pour transférer la propriété des

Avantages de la mancipation.

Source : BIU Cujas

immeubles, et qu'elle possédait seule des effets obligatoires.

La disparition semble avoir été plus tardive en Occident.

Mais fatalement la mancipation devait disparaître. Elle n'existe plus à l'époque de Justinien, et elle a déjà disparu auparavant, peut- être à la suite 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. Mais il paraît que la mancipation a commencé par disparaître d'abord dans les pays soumis à l'obédience de l'empereur d'Orient. En effet, cela a été une surprise pour les romanistes de trouver encore mention de la mancipation à côté de la tradition dans des 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 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.

§ 2 - L' in jure cessio.

I - Formes de l'in jure cessio.

L'in jure cessio est un procès fictif.

Nous avons déjà rencontré l'in jure cessio deux fois dans le droit de famille, pour l'adoption, et l'affranchissement. L'in jure cessio nous est apparue comme étant un procès fictif, lis imaginaria. C' est ce même procédé que les Romains vont utiliser pour réaliser un transfert de propriété. Voici la comédie jouée. Le futur acquéreur intente l'action en revendication contre l'aliénateur. Comme l'aliénateur veut transférer la propriété, il ne se défendra pas, cedit in jure. Le magistrat prononce le transfert au profit de l'acquéreur au moyen d'une addictio.

II - Effets de l'in jure cessio.

Son effet est purement translatif.

Elle transfere 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, (l'actio auctoritatis et l' actio de modo agri).

III - Domaine d'application.

L'in jure cessio est applicable seulement aux citoyens romains et aux choses romaines, mais elle

Source : BIU Cujas

Elle s'applique à toutes les choses romaines.

pouvait s'appliquer aussi bien aux res nec mancipi qu'aux res mancipi.

Question d'examen et de concours: l'in jure cessio et ses applicationsdans 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 conditons 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.

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.

Elle transfère suivant les cas la détention la possession ou la propriété.

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, tantot 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.

Cas où la tradition transfère la possession: bail à long terme, constitution de gage, précaire, séquestre.

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-

Etude limitée à la tradition translative de propriété.

Source : BIU Cujas

exiger la remise de la chose. En effet, élément matériel et élément intentionnel, voilà les deux éléments constitutifs de la tradition translative de propriété.

Plan: I - Eléments constitutifs de la tradition translative de propriété.

II - Domaine d'application, et effets de la tradition translative de propriété.

Mais l'historien est obligé de tenir compte de l'évolution générale qu'à 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, 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 éléments de la tradition translative de propriété sont au nombre de deux.

Les deux éléments de la tradition.

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 Romains appelaient la justa causa.

1° - L'élément matériel, 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.

La cessio possessionis.

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

Atténuations à la tradition matérielle ef-

Source : BIU Cujas

fective. 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. I7.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. Cependant on déclare que la propriété sera transférée, si nous sommes d'accord sur le prix et 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,

Source : BIU Cujas

la remise de la chose a lieu.

3° - La tradition de brève main.

Ce cas est beaucoup plus difficile, car ici, tout va se passer dans le cerveau de l'individu.

La tradition de brève main.

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?

Interversion du titre du détenteur.

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, 41.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'aquéreur et de l'aliénateur, au lieu de s'allonger comme dans l'hypothèse voisine, se raccourcissent.

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'alienateur. On va

L'aliènateur va posséder pour l'acquéreur.

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. Maintenant 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

Source : BIU Cujas

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 possession matérielle doit durer quelque temps.

Mais à l'époque classique, il faut nécéssairement que l'aliénateur d'après la convention passée avec l'acquéreur possède matériellement la chose pendant un certain temps. Ce n'est que plus tard qu'on élargira la conception primitive. On se contentera d'une possession 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 XVIII° 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 juste cause.

C'est un acte juridique qui manifeste la volonté de transférer la propriété.

A l'époque classique , le juste titreest 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, 4I,I,3I. 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, Règles, 19.7, déclare que la remise des choses ne transfère leur propriété que lorsqu'elles

Source : BIU Cujas

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, 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 juridiquequi 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.

I° - 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 oné-

Source : BIU Cujas

L'acte juridique doit être valable.

reux. 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. Flinïaux croit avoir été absolu à l'époque classique. Sans doute, nous rencontrons au Digeste, 4I.I.3.26., 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, le 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 traditionnis, Mélanges Bonfante, tome III, I929, pages 2I9 et suivantes.

Le texte de Julien relatif au malentendu est interpolé.

§ 2 - Domaine d'application et effets de la tradition à l'époque classique.

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 :

Champ d'application de la tradition.

I° - 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.

Quant à ses effets, à le 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.

Elle ne produit qu'un effet translatif. Elle peut comporter terme ou

Telle est la position prise par le droit

Source : BIU Cujas

condition.

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 successivement en revue :

§ I - Les éléments constitutifs de la tradition.

§ 2 - Le domaine d'application et les effets.

§ I - 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.

I - L'élément matériel, la remise de la chose, la cessio possessionis.

Influence du droit grec.

Le système classique s'est heurté au Bas-Empire aux pratiques tout à fait différentes des pays de civilisation grecque. Le droit de Rome s'imprègne d'orientalisme, de même que sa religion et sa philosophie. Spécialement, dans les villes hellénistiques,

Les deux écrits en cas de vente.

la vente s'opérait par la confection de deux actes écrits. Le premier appelé ἀπογραφὴ πράσεως renfermait l'indication des obligations réciproques découlant du contrat de vente. C'est donc un acte écrit relatif au contrat. D'autre part, un second écrit, appelé συγγραφὴ ἀποστασίου, contenait la déclaration de volonté de l'aliénateur d'abandonner la propriété de la chose au profit de l'acquéreur. En effet, ἀποστάσιον 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.

Ces usages grecs ont exercé une influence sur le droit romain post classique, dans les deux directions que voici :

Extention du constitut possessoire.

I° - relativement à l'extention de l'institution du constitut possessoire, le 4° cas de tradition feinte. Constitution des empereurs Théodose et Honorius, Code Théodosien, I2. 9. de 4I7, rendue pour les pays de civilisation grecque pour l'Empire d'Orient. Cette

La constitution de 4I7

constitution admit la retentio usufructus une des façons de réaliser le constitut possessoire, où l'aliéna-

Source : BIU Cujas

admet la retentio usufructus.

teur garde à titre d'usufruit la chose qu'il a vendue, au lieu de faire la traditio corporalis) en déclarant que idem sit usumfructum retinere, quam tradere, c'est la même chose de retenir l'usufruit que de faire la tradition.

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 papyri dits de Ravenne, du VI° siècle, publiés en I805 sous le titre que voici Papiri diplomatici, par l'abbé Gaetan Marini conservateur de la bibliothèque du Vatican. Parmi ces papyri 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.

Les papyri de Ravenne 11° siècle.

On pratique la retentio usufructus, mais grande différence avec l'époque classique : à l'époque classique, l'aliénateur consent à être usufruitier, mais il est véritablement usufruitier; ici, 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, I0 jours I5 jours, 30 jours, jamais au delà.

La retentio usufructus de courte durée.

Voici deux exemples des classes de ce genre :

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 papyri 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 I925. Un compte rendu a été donné de cet ouvrage par M. Philonenko dans la Revue d'histoire du droit; I927, page 53I. 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 dans notre papyrus qui est de 553 lignes 40 à 42. Quarum rerum triginta dierum usufructus est nobis pro traditionis solemnitate

On rencontre la clause avant la Pragmatique Sanction de 554.

Formule en cas de do-

Source : BIU Cujas

nation.

retentio, des quelles 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. On comprend qu'on n'ose pas donner un délai trop bref, mais on va s'enhardir et diminuer le délai, puis on ira jusqu'à le supprimer.

2ème exemple; relatif à une vente.

En cas de vente.

Papyrus N° I20 de 572, lignes 55 et 56. De quibus unciis superius designatis sibi venditor usumfructum retinuit dierum triginta. Des quelles 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.

2° direction : extension donnée à la

Extension de la tradition symbolique.

tradition symbolique. On déclara que pourraient être considérés comme un symbole, un substitut de la chose dont on veut transférer la propriété, les titres de propriété que l'aliénateur doit avoir, instrumenta. On décida que la remise de ces titres transfèrerait la propriété; les titres symbolisant la même 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

La traditio instrumenti.

Sévère et Antonin de 2I0. 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, I9I2, pages 277 et suivantes.

Là encore, nous allons retrouver la pra-

On finit par se contenter de l'acte de transfert.

tique de la traditio chartulae dans les papyri de Ravenne. Ces papyri 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 jargon des glossateurs, l'instrumentum antiquum, le titre ancien, les titres de propriété. On tend à substituer à la remise de l'instrumentum antiquum la remise de l'acte constatant le nouveau transfert de propriété; l'instrumentum novum. Et les papyri de Ravenne sont intéressants, parce qu'ils nous font assister à une phase intermédiaire.

Source : BIU Cujas

Les papyrus de Ravenne exigent encore en même temps l'instrumentum antiquum.

Dans le Papyrus n° I20 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 firman di dominii causa.

Ainsi la pratique notariale du VI° siècle en Italie fait refleurir la législation orientale de Justinien.

Justinien n'a pas consacré le principe du transfert par simple convention.

Nous avons ainsi fixé exactement la position prise par le droit romain à la fin de son existence. Voilà jusqu'où les Romains ont été 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 le Code de Justinien. Nos anciens auteurs la connaissaient bien, et pour eux elle synthétisait l'idée romaine. C'est dans la fameuse constitution 20 du livre 11, 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.

Sous Justinien la justa causa consiste dans la volonté d'acquérir et d'aliéner.

Il résulte de l'interpolation aujourd'hui démontrée par M. Raymond Monier du texte de Julien au Digeste, 4I, I.3.26, 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 et l'autre pensait faire une donation. En tenant compte de cette disposition, qui émane de Justinien, sous le cou-

Source : BIU Cujas

vert 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.

La tradition est devenue un acte abstrait.

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 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 compensation du droit classique.

§ 2 - Domaine 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.

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 papyri de Ravenne en font foi, dans la pratique byzantine.

La voie lui était ouverte par les glossateurs qui, des pratiques byzantines et des lois de Justinien dégageront les principes juridiques plus précis.

Source : BIU Cujas

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 : Quid 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.

C'est l'instrumentum novum.

Dans l'ancien droit français, nous rencontrons cette pratique, sous la forme de la remise de 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 protocholle, in qua praesens publicum instrumentum erat scriptum, de manibus dicti ventoris 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 papyri de Ravenne s'est encore maintenue jusqu'au XV° siècle. Archives de la Haute-Garonne, Fonds du chapitre 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.

Source : BIU Cujas

La convention fictive de précaire.

Ce n'est pas sous forme de retentio ususfructus 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. On s'inspire alors de l'investiture féodale, et on trouve la clause de dessaisine-saisine, la 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 clause de dessaisine-saisine.

L'intervention philosophique dans cette matière se produisit au XVII° siècle, avec l'école 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, 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, pensait 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.

L'école du droit de la nature et des gens pose le principe du transfert de la propriété par convention.

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.

Loisel et Laurière.

Nous arrivons ainsi au Code civil. Ses dispositions se comprennent facilement avec l'histoire. Article 7II : la propriété des biens s'acquiert et se transfert par l'effet des obligations.

Le Code civil : Article 7II.

Article II38 : 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.

Article II38.

Source : BIU Cujas

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.

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.

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.

La tradition est exigée pour les meubles.

§ 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.

Mais, comme en droit romain, le Code civil allemand reconnaît les deux tempéraments que nous avons déjà rencontrés pour la tradition feinte.

Tempéraments admis.

§ 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.

Source : BIU Cujas

§ 2 - L'élément intentionel.

I - Le droit français.

En droit français, la propriété ne se trouve pas transférée 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 d'acquérir, pour lui faire produire un effet translatif de propriété indépendent de la validité même du contrat. La conception de la justa causa que consacre le droit français est donc celle du droit de l'époque classique.

En droit français, le transfert est subordonné à la validité de l'acte juridique.

II - Le droit allemand.

Ici le consentement nécessaire pour la tradition porte uniquement sur la volonté d'aliéner et d'acquerir 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 commantateurs du droit 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, 2° édition, 1901, n° 5; 3° 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,

Source : BIU Cujas

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'inscription 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'adjudicatio, 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.

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, 41.3.3: Usucapio est accessio 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

L'usucapion existait déjà à l'époque de la loi des XII Tables comme nous l'apprend Gaius 2.42.

Source : BIU Cujas

des XII Tables.

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, quand la chose qu'on possède est tenue d'un non 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, mais 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 propriétaire 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.

Tels 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 le 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'aquéreur 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 loin.

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 - Champs d'application de l'usucapion.

Source : BIU Cujas

I - Condition 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 placé que pour des élements purement objectifs. Dans cette évolution des conditions de l'usucapion, nous dégagerons les deux phases suivantes :

Evolution des conditions de l'usucapion.

I° - L'ancien droit.
2° - Le droit classique.

I° phase : L'ancien droit.

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 continuation de la possession pendant le délai légal.

A l'origine la prise de possession et le délai suffisent.

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.

Le délai légal.

Il faut posséder pendant un certain temps 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 apparaît 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 événements 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.

I° - 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

Source : BIU Cujas

La prohibition d'usucaper les res furtivae.

prohibition a été répétée plus tard par la loi Atinia, de la fin du VI° siècle, ou du début du VII° siècle. Celle prohibition eut la plus grande importance. Elle va restreindre considérablement la possibilité de l'usucapion.

Le vice frappe la chose même.

I° - 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 frauduleux 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.

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.

I° - 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

Source : BIU Cujas

l'héritier du dépositaire vend la chose déposée, croyant qu'elle appartient à son auteur.

2°phase: le droit classique.

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 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.

Le juste titre et la bonne foi.

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 juridique antérieur à la prise de possession, et qui 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, la 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.

Source : BIU Cujas

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?

Vestiges 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.

L'usucapio pro herede.

Le second cas est celui de l'usucapio, 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.

Dans quels cas rencontrons-nous l'usureceptio? Elle se présente dans les deux hypothèses suivantes, qu'il faut avoir bien soin de distinguer.

1° Hypothèse: l'usureceptio fiduciae causa. Elle se présente dans les deux cas suivants:

L'usureceptio fiduciae causa.

1° - 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 vue 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.

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 du praediator, l'acheteur du gage.

L'usureceptio ex praediatura.

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

Source : BIU Cujas

reposent, d'après Mr. Flinisux, sur de simples conjectures, et il laisse le choix entre ces deux théories.

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 pour ses conditions. Voici le processus.

La possessio justa.

1°- 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.

2° - Ensuite se serait dégagée la notion de la bonne foi, dont le juste titre fut considéré comme 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 juste 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.

Théorie de Bonfante.

La deuxième théorie est celle de Bonfante Traité de droit romain,II, la propriété, 1928. Cette thèse a été adoptée par Mr. Collinet, dans un article schématique, Mélanges Paul Fournier, 1929. L'évolution se serait produite, non pas d'une façon générale, en englobant tous les cas possibles d'usucapion, mais d'une façon sporadique, fragmentaire, suivant les diverses fonctions de l'usucapion.

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'usacapion des choses acquises a non domino.

L'évolution aurait ensuite consisté à généraliser ces conditions. La bonne foi aurait été exigés par Julien cité par Ulpien, Digeste ,6,2.7.17, quand un acquéreur d'une res mancipi l'avait acquise au

Source : BIU Cujas

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.

Reprenons l'étude détaillée des deux conditions de bonne foi en fonction du droit moderne, en nous plaçant désormais strictement au point de vue juridique.

I- Le juste titre (justa causa, justus titulus).

L'origine du mot justus titulus se rencontre au code de Justinien, 3,32.24. L'exigence d'un juste titre pour l'usucapion est indiquée par Gaius.2.50. Il signale seulement pour le cas où l'usucapion a lieu après une tradition en vertu d'une vente, ou bien ex alia causa. 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. Toutes les fois que la possession vient d'une tradition, il faut que cette tradition soit susceptible de transférer la propriété, donc qu'elle ait une justa causa, la vente par exemple, pour que l'usucapion soit possible.

Le juste titre d'usucapion est en principe la justa causa traditionis.

Mais la théorie de la justa causa usucapionis prend un tout autre développement dans les compilations de Justinien. Au Digeste, on trouve un certain nombre de justes titres d'usucapion, mais en plus des justes titres d'usucapion qui sont les mêmes que les justes titres de tradition, on en rencontre d'autres.

Mais le droit romain en a connu d'autres.

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 4I.4.: pro donato; à titre de donation, rubrique du Digeste 4I.6., pro dote à titre de constitution de dot, rubrique du Digeste 4I.9. pro legato à titre de legs, rubrique du Digeste 4I.7; pro soluto à titre de paiement, rubrique du Digeste, 4I.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 4I.2.3.2I. Voir sur ce titre les développements de Bonfante, Ecrits juridiques, tome II page 6I9.

Les justes titres d'usucapion admis pour la tradition.

A ces six justes causes d'usucapion qui sont les justes causes de tradition déjà rencontrées s'ajoutent trois autres, à savoir;

Justes titres nouveaux.

I° - Pro herede, à titre d'héritier, rubrique du Digeste 4I.5.

Source : BIU Cujas

2° - pro derelicto, à titre d'abandon, rubrique du Digeste 4I.7.

3° - Pro suo, pour soi, rubrique du Digeste 4I.IO.

Dans ces trois dernières justes causes d'usucapion, nous sommes en dehors de la tradition. C'est qu'ici nous sommes 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 ici d'une prise de possession.

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 de remise de possession.

I° - 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 herede.

2° - Le titre pro derelicto, à titre d'abandon.

Le titre pro derelicto.

Il faut examiner deux fonctions différentes de ce titre. C'est la conséquence de la position prise par Mr. Fliniaux sur la théorie des res derelictae (voir plus haut).

I° 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, dominus, alors qu'elle a été abandonnée par une personne qui n'en était pas propriétaire, par un non dominus.

res derelicta a non domino

2° fonction. Elle se rattache à la position prise par Mr. Fliniaux sur la théorie des res 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 ajoutons plus loin une troisième.

Dot constituée en une res aliena.

I° exemple. D'après Julien, suivi par Ulpien, le fiancé qui reçoit en dot une res aliena appartenant à autrui de bonne foi, l'usucape avant le mariage, nous rentrons dans la rubrique pro dote.

Source : BIU Cujas

Or la dot n'existe qu'après le mariage. Avant 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, la 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 connu le droit romain.

Le juste titre putatif suffit-il pour l'usucapion.

Maintenant se pose une question célèbre. Voici comment Mr. Flinisux 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 resucaper?

Non, sous Justinien et en droit moderne.

Les textes de l'époque classique attestent des divergences. C'est une question délicate, extrêmement juridique. Voici la solution qui l'a emporté. C'est celle indiquée par les Institutes 2.6.II, etcelle 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. L'opinion de Neratius est admise par Pomponius, Pro suo 3 et c'est pour lui aussi un cas d'usucapion pro suo.

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 4I.4. Pro emptore. II. D'après cette opinion, la croyance au juste titre pouvait 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.

Source : BIU Cujas

II - La bonne foi

La bonne foi bonafides, 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.

Notion 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 faiż.

L'erreur de fait est seule constitutive de la bonne foi.

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 en possession.

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 possession, 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.

En matière de la 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 la formule particulière de l'action Publucienne, qui sanctionne la propiété prétorienne. Elle contenait les mots: qui bona fide emit, qui a acheté de bonne foi. On accordait 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 dela 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.

Telles sont les deux nouvelles conditions

Source : BIU Cujas

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 pénétrent l'un l'autre

Les conditions de l'ancien droit sont maintenues.

Enfin en matière d'usucapion, de nouvelles conditions sont apparues à l'époque classique pour 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 .

Choses imprescriptibles.

II - Effets de l'usucapion.

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'usucapion transfère la propriété quiritaire.

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 précédents. 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.

avec toutes les charges.

III - - Domaine d'application de l'usucapion.

L'usucapion est un mode d'acquérir du droit civil.

Par conséquent:

I° - elle ne pouvait pas fonctionner au profit des pérégrins. Gaius 2.65: Nam mancipationis et in jure cessionis et usucapionis jus propium est civium romanorum, car le droit de la mancipation et de l'in jure cessio et de l'usucapion est propre aux citoyens romains.

L'usucapion ne fonctionne pas au profit des pérégrins.

2° -L'usucapion ne pouvait porter que sur les choses romaines. Elle ne s'appliquait donc pas auxfonds provinciaux. Gaius 2.46: Item provincialia praedia usucapionem non recipiunt, les fonds provinciaux n'admettent pas l'usucapion.

ni sur les fonds provinciaux.

C'est pour combler ces deux lacunes importantes de l'usucapion du droit civil qu'a été imaginéel'institution de la longi temporis praescriptio,

Source : BIU Cujas

origine directe d'une des deux variétés de la prescription acquisitive du droit français, la prescription de IO à 20 ans.

II - 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 permettant aux possesseurs de fonds provinciaux et aussi aux pérégrins, qui ne pouvaient pas se prévaloir de l'usucapion dans le cas où ils auraient possédé pendant un certain délai, tout en réunissant certaines conditions, de repousser l'action en revendication que le propriétaire négligeant viendrait à exercer contre eux.

Nous suivrons le plan suivant:

Section I - Origine et domaine d'application de la longi temporis praescriptio.

Section II - Ses conditions.

Section III - Ses effets.

Section I - Origine et domaine d'application.

Le rescrit de Sévère et Caracalla de I99.

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 Caracala, du 29 Décembre I99, qui nous est parvenu en grec par deux voies différentes.

Les papyrus de Berlin et de Strasbourg.

I° - Dans le fameux papyrus de Berlin n° 267, reproduit dans les textes de Girard, page 225.

2° - Dans le nom 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 μακρᾶς νομῆς παραγραφή 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 παραγραφή veut dire moyen de défense en latin praescriptio.

Notre rescrit a été rendu en réponse à

Source : BIU Cujas

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.

La longi temporis praescriptio est née en faveur des possesseurs de fonds provinciaux.

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 du 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.

C'est une institution de droit grec, généralisée par les rescrits impériaux.

2° Phase, la longi temporis praescriptio 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.

Caracalla l'étend aux meubles possédés par les pérégrins.

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

Le papyrus de Strasbourg n'admet encore que l'usucapion du droit civil entre citoyens romains.

Source : BIU Cujas

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 pérégrins pour les meubles, aussi bien que 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 praescriptio fut ensuite étendue aux fonds italiques. Digeste 44.3.9. Au profit de qui? Des pérégrins, sans aucun doute. Mais on s'ait demandé si l'extention 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, malgré 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 conditions, puis ses effets.

Section II - Conditions de la longi temporis praescriptio.

Ces conditions doivent être étudiées aux deux points de vue suivant:

I° - 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 2I2 nous savons qu'à l'époque de Justinien on exige pour la longi temporis praescriptio

Source : BIU Cujas

les deux conditions que nous avons vu requises dès l'époque classique pour l'usucapion: le juste titre, et la bonne foi.

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, que, en matière de longi temporis praescriptio on n'aurait exigé que le juste titre, 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 I4 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 que celui qui croit être propriétaire reste dans l'inaction, devant cet état de choses, pendant plus de IO ans, la situation de possesseur sera consolidée."

Il en est de même à l'époque classique. Le papyrus de Strasbourg.

D'après cette indication du papyrus, il faut résoudre le problème: à côté du juste titre, la bonne foi n'était-elle pas exigée? 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, 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.

Le juste motif dont il parle est la bonne foi.

Source : BIU Cujas

§ 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 IO 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 IO ou 20 ans. Quel est le champ d'application de ces données? Si on consulte les papyrus Egyptiens, on voit que le délai est de 20 ans contre ceux qui habitent une autre ville (πολις) que le demandeur, et de IO ans, contre ceux qui habitent la même ville. Chose tout à fait curieuse, le papyrus à 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 πολις 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 Cour d'appel.

suivant que les parties habitent ou non la même province.

Pour les circonstancesqui 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.

I° - la théorie de l'interruption civile de la prescrition.

2° - La théorie de la suspension de la prescription.

3° - La théorie de la jonction des possessions.

Les Romains ont dégagé ces nouveaux principes.

I° - La 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

Source : BIU Cujas

accompli au cours du procès, intermoras 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.

I° - En ce qui concerne la procédure formulaire, tout le monde s'accorde à reconnaitre que cette interpellatio résultait de la litis contestatio.

En quoi consiste l'interpellatio.

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 à l'époque de Justinien sous celle de la procédure par libelle.

L'interruption civile par la citation en justice.

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 de l'interruption civile de la prescription.

L'article 2244 du Code civil .

2° - La 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-Age ont tiré la formule contrat 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.

Source : BIU Cujas

3° - théorie de la jonction des possessions.

Cette théorie délicate est la théorie par laquelle on autorise une personne à joindre, d'où son nom à sa possession personnelle lapossession de son auteur. Lajonction 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.

Lajonction des possessions; Jusqu'à Justinien elle n'a lieu que pour 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.

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 de cujus, c'est-à-dire de son auteur, quand bien même il n'aurait pas pris possession de la chose dès le moment du décès. C'est le résultat de la théorie de l'hérédité jacente. Hereditas jacens sustinet personam defuncti, l'hérédité jacente soutient la personne du défunt. C'est comme si l'hérédité continuait à être possédée par le de cujus, jusqu'au moment où l'héritier prendra possession. Dans ce cas, même, juridiquement parlant, il n'y a pas réunion de deux possessions,mais 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.

L'acquéreur à titre universel continue la possession de son auteur.

Conséquences.

Toutes ces solutions ont été dégagées par les jurisconsultes romains et se retrouvent dans le droit moderne. Elle n'ont été consacrées à Rome que pour la longi temporis praescriptio, quoique Girard ait soutenu le contraire. Les auteurs récents ont démontré que les textes ont été interpolés.

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.

Acquéreur à titre particulier.

Au début, voici, quelle était la seule

Source : BIU Cujas

possibilité donnée à l'acquéreur à titre particulier: c'était de commencer une nouvelle possession, laquelle devait réunir les conditions de juste titre de bonne foi.

Il joint la possession de son auteur si celui-ci était de bonne foi à l'entrée en possession.

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 I8.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 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 I0 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.

Section 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.

I° - Elle n'est pas une prescription acquisitive, même de la propriété provinciale. La preuve est que; si celui qui a possédé pendant I0 ou 20 ans vient à perdre lapossession, il n'aura pas d'action réelle pour reprendre sa chose.

ni une prescription extinctive.

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 I0 ou 20 ans. Par exemple un possesseur qui peut se prévaloir de la preaescriptio de I0 ans vient après les I0 ans de possession à perdre la possession de sa chose. Le propriétaire antérieur, quoique resté inactif pendant I0 ans, pourra agir contre le nouveau

Source : BIU Cujas

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 cessa d'être un simple moyen de défense et finit par devenir, comme l'usucapion, une prescription acquisitive, et, 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 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 lapropriété de la chose.

2° - Laprescription moyen de défense opérant mais à titre différent, la libération des charges réelles.

à moins qu'elles ne soient elles mêmes prescrites par unepraescriptio 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 hypothécaire 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.

Source : BIU Cujas

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 o n décida que ce propriétaire, alors même que le possesseur possèderait 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 fût 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.

Réforme 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 I0 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 I0 à 20 ans. Mais sous ces deux noms différents , nous rencontrons en réalité une institution soumise à des règles communes: nécessité du juste titre et de la bonne foi; prescription acquisitive de la propriété, prescrip-

tion extinctive pour les droits réels grevant la chose hypothéquée. 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.

Laprescription 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 usucapion dans le droit de Justinien. Le système est complexe. Mais par le but que poursuivent ces différentes prescriptions et usucapion , il est uniforme. Dans le droit de Justinien, la seule fonction de ces prescriptions et usucapion 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 à 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, qui est visée dans le principe général de l'article 2262 du code civil français.

La prescription acquisitive de 30 ans.

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.

L'article 2262 du droit civil.

2° - A côté de cette prescription trentenaire sans juste titre ni bonne foi, le code civil connaît une prescription acquisitive de I0 à 20 ans, avec juste titre et bonne foi. Ses origines sont la longi temporis praescriptio du droit impérial. Article

La prescription de I0 à 20 ans (Art. 2265 du

Source : BIU Cujas

Code civil).

2265 du code civil: Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit la propriété par IO 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.

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 instantanée pour les meubles (art. 2279).

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.

La prescription de 30 ans des meubles.

2° - 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 droit 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'action communi dividundo et l'action familiae erciscundae, suivant qu'il s'agissait du partage d'une chose quelconque ou d'une hérédité.

2° - L'action en bornage, 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.

Gaius 4.42 donne la formule de l'adjudicatio.

Sa formule.

Quantum adjudicari oportet judex tantum adjudicato.	Juge, 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.

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 interprètes disent qu'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.

Effet attributif du partage à Rome.

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'action 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.

Pouvoirs du juge de l'action en bornage.

Effets de l'adjudicatio.

L'adjudicatio dans un judicium legiti-

L'adjudicatio ne transfère pas nécessairement la propriété quiritaire, dominium ex jure Quiritium, des choses corporelles mancipi ou nec mancipi

Source : BIU Cujas

mum, transfère la propriété quiritaire.

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 lapropriété quiritaire n'était pas transférée, c'est la propriété bonitaire qui était transférée. C'est un cas ou un individu a une chose im 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 transférera, par l'adjudicatio, la propriété du droit civil.

Dans un judicium imperio continens, la propriété prétorienne.

3° - Mode dérivé d'aliénation non volontaire.

La lex.

C'est Ulpien, Règles I9.2. 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 I7.9. dit que c'est à la lex qu'il faut rattacher l'acquisition du caducum, des choses enlevées à l'héritier pour cause d'incapacité, et aussi l'acquisition de l'ereptorium, 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.

Le lege per vindicationem.

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.

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

Caractères des fruits.

Source : BIU Cujas

présentent certains caractères particuliers.

Périodicité.

I° - Le caractère de périodicité; exemple le produit des arbres fruitiers qui reviennent chaque année sur l'arbre, le produit de la taille des bois.

Conservation de la substance.

2° - Les fruits ne doivent pas altérer la substance même de la chose productive. Ainsi les pierres des carrières ne sont pas des fruits.

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 la part dela femme esclave n'était pas ce 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 dans la pratique l'acquisition des fruits. Il y a deux façons différentes, deux modes d'acquisition.

I° - L'acquisition par la perception.

2° - L'acquisition par séparation.

Laperception.

Il y a une acquisition par perception, lorsque la propriété est acquise à la suite d'un acte positif d'une personne. 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. Pendant la nuit, le vent fait tomber des pommes. Dès qu'elles sont séparées de l'arbre, les pommes sont acquises par séparation.

Théorie juridique de l'acquisition des fruits.

Acquisition des fruits 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.

I° - 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.

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 un des effets déjà rencontrés de la possession de bonne foi. Nous avons vu le premier, l'usucapion. Voici le second. Nous trouverons le troisième un peu plus loin. Propriété prétorienne.

Acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi.

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.

Le possesseur de bonne foi fait les fruits siens.

La bonne foi suffit, mais elle doit être continue.

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.

Pomponius distingue les fruits naturels et les

Source : BIU Cujas

fruits industriels.

C'est la raison qui se trouve à la base d'une distinction proposée à l'époque classique par Pomponius entre les fruits naturels et les fruits industriels c'est-à-dire nés du travail. Seuls les fruits 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 41.1.48. 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 négligeant 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.

Justification.

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.

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 2.1.35, 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 distinc-

En raison, cette distinction de Justinien paraît tout à fait singulière, et est très critiquable. En effet, la restitution des fructus

Source : BIU Cujas

tion.

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 jurisconsultes classiques, qui ont été sciemment modifiés par Justinien. Cette interpolation apparaît manifeste au Digeste 4I.I.40.

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, par laquelle une personne revendique une hérédité. Cette distinction a son germe dans une disposition du Sénatus-consulte Juventien de I29 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. Il est difficile de préciser l'époque où cette distinction est apparue dans l'action en revendication. Elle est certainement antérieure à Justinien, qui n'a fait que la préciser et la généraliser. Elle a dû apparaître après 369, date d'une constitution de Valens et Valentinien, Code Théodosien. 4.I8.I., qui expose encore dans un texte pur le système du droit classique.

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, puisque on admet que le possesseur pourra se prévaloir d'un juste titre putatif différence entre la prescription acquisitive et l'acqui-

Source : BIU Cujas

sition des fruits par le possesseur de bonne foi. 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 s'atténue, avec l'interprétation que la doctrine donne 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, les articles 549 & 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.

Le possesseur de bonne foi acquiert les fruits par la perception.

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 existantes 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.

Explication historique de cette différence avec le droit romain

Extinction du droit de propriété quiritaire.

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 :

Extinction du droit de propriété avec son objet.

I° - 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, une chose extra-commercium.

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

Sans son objet.

Source : BIU Cujas

où un animal sauvage s'échappe, et le cas des choses reprises par l'ennemi.

3° - La propriété s'éteint par l'arrivée du terme ou de la condition. C'est une question très difficile, que nous renvoyons à la seconde année, à propos de la vente sous condition résolutoire, origine de l'art. II84 du Code civil.

Arrivée du terme ou de la condition.

SANCTION DU DROIT DE PROPRIETE

QUIRITAIRE.

C'est une matière très difficile, et une matière d'examen.

En dehors de certaines actions pénales, comme l'action 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 pénales du droit de propriété.

I° - L'action en revendication, de beaucoup plus importante.

2° - Les actions négatoire et prohibitoire.

Sanctions civiles.

L'action en revendication.

I° - Procédure de cette action.
2° - Ses conditions d'exercice.
3° - Ses effets.

Section 1 - 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 procèdures différentes.

Les trois procédures de l'action en revendication.

I° - 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.

La procédure per sacramentum in rem.

I° 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 sous la procédure du sacramentum in rem.

Elle est double.

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.

Comment est assurée l'exécution.

2° - La procédure per sponsionem, 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 a 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.

La procédure per sponsionem.

C'est un biais imaginé par les praticiens.

Voici en quoi consiste cette innovation de la pratique. On va 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 l'a appelé sponsio praejudicialis, promesse préjudicielle.

La sponsio praejudicialis.

Voici la formule même de la sponcio, 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'esclave dont il s'agit m'appartient d'après le droit des Quirites, promets-tu de me donner 25 sesterces.

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 vindiciarium de la procédure du sacramentum in rem. C'est pourquoi on l'appelle satisdatio pro praede litis et vindiciarum, Gaius 4.91 et 94.

la satisdatio pro praede litis et vindiciarum.

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 somme d'argent. Elle a même dû exister sous le sacramentum in personam, qui

Date d'apparition de cette procédure.

Source : BIU Cujas

est employée pour sanctionner un droit de créance.

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 subterfuge.

La procédure per formulam petitoriam vel arbitrariam. C'est une procédure simple.

L'exécution se trouve également garantie par une promesse avec des cautions, qui portent 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.

La cautio judicatum solvi.

Voici la formule de cette action, donnée par Gaius 4.4I et 5I

Formule de cette action.

Intentio. Supposons qu'il s'agit de la revendication d'un esclave.

Intentio.

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.

Section II - Conditions d'exercice de la revendication.

Plaçons-nous pour étudier les conditions d'exercice et les effets de l'action, dans le cas normal où elle est intentée par la procédure per formulam 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.

Source : BIU Cujas

I° - Au point de vue du demandeur.. C'est ce que les Allemands appellent l'Aktiv légitimation.

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'aqu'à agir au possessoir. Il n'a pas besoin de s'adresser au juge pétitoire.

Le demandeur ne doit pas posséder.

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. Mais 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.

L'unus casus de Justinien.

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 légitimation. C'est une question très importante.

Conditions en la perssonne du défendeur.

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 n'a qu'à attendre. Le demandeur, lui, a à prouver son droit.

Le défendeur peut etre un simple détenteur.

Le bailleur peut agir ensuite, mais comme démandeur.

Aussi, au Bas Empire, nous voyons les Empereurs s'occuper de cette question et essayer de protéger le bailleur. C'est en cela qu'a consisté une réforme de Constantin. Il obligea le détenteur poursuivi, par

Depuis Constantin, le détenteur doit déclarer pour qui il possède.

Source : BIU Cujas

Notification de la demande au possesseur.

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 mishors 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.

L'art. I727 du Code civil.

Théorie des ficti possessores.

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 a 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, la théorie des ficti possessores) des textes du Di este 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 lachose qu'ils n'ont pas, mais ils seront condamnés à restituer la valeur de la chose.

La théorie des ficti possessores joue dans deux cas.

Cas où elle joue.

I° - Contre celui qui a cessé de posséder par dol, qui dolo desinit 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

Source : BIU Cujas

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.

Ces deux hypothèses appartiennent au droit de Justinien.

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.

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. I7.I3I : Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur quia pro possessione dolus est, celui qui a cessé par dol de posséder est condamné comme s'il possédait, parce que le dol équivaut à la possession. Les interprètes du droit romain citent la règle par la fin de ce passage : Dolus pro possessione est. Le dol équivaut à la possession. 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 I9I0, D. I9I0.I.20I. 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 raison de la fraude elle-même, doit être réputé possesseur encore. Voilà l'intérêt qu'il y a à étudier à fond la règle Dolus pro possessione est.

Source : BIU Cujas

Quelle est la portée exacte de cette règle ?

Portée 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-a-dire pour frustrer le demandeur La portée de cette règle est donc des plus générales.

Quelle est la sanction de cette règle ? C'est

La sanction.

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.

Telle est la portée juridique de la règle

La date d'apparition.

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 pro possessione est, dans son application à

Théorie traditionnelle.

celui qui a cessé par dol de posséder, reconnue d'abord en matière d'interdits, puis d'action 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 Passive-legitimation dans l'action en revendication, c'est-à-dire les conditions de cette action en la personne du défendeur (1907) et surtout les grands tra-

Les textes classiques ont été interpolés.

vaux de Lenel, principalement son article dans la Revue de Grünhut 1910, page 536. D'après ces travaux, ce serait seulement Justinien qui serait transporté à l'action en revendication, la règle de Dolus pro possessione est dans son application à celui qui a cessé par dol de posséder, en changeant la destination 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 revendica-

Source : BIU Cujas

tion, 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.

Voilà 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 ?

Le demandeur était-il désarmé devant Justinien ?

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, I56, 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.

Nul n'est tenu de défendre à une action réelle.

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 utilise divers procédés.

Procédés pratiqués pour protéger le demandeur.

Ces moyens utilisés par la pratique sont en effet variés. On peut les grouper en deux catégories : un moyen direct et des moyens indirects.

I°- 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 perpétuel de Lenel, titre X n° 4ó; Textes de Girard, page I45. Cons. Pissard, N.R.H. I9.0, p. 377 A. SS.

L'Edit de alienatione judicii mutandi causa facta.

Source : BIU Cujas

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.

Son insuffisance.

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 êtretenu del'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.

Actions pénales.

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.

Moyens généraux.

En matière mobilière, ce sera l'exercice de l'action ad exhibendum, par laquelle on demandera l'exhibition de la chose. Si le défendeur n'a pas la chose il sera tenu de 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'action ad exhibendum.

L'action 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.

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, ne possède pas, qui par suite se trouve dans l'impossibilité de transfé-

Source : BIU Cujas

rer la propriété 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.

2° Hypothèse de ficti possessores : C'est 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

Revirement chez les romanistes.

le jurisconsulte Celse, 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.I. 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 usus fructus. Le défendeur dira au demandeur vous êtes bien propriétaire, mais j'ai un droit d'usufruit, droit réel sur la chose.

L'exception usus fructus.

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'exception pignoris.

L'exception rei venditae et traditae.

Section III.
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 restituat. Donc avant de passer à la

Caractère subsidiaire de la condamnation subsidiaire.

Source : BIU Cujas

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.

I°- Le problème des fruits. La chose peut être frugifère. Quels fruits devront venir s'ajouter à la chose ?

2°- Le défendeur a pu commettre des détériorations sur la chose. Quelle va être l'étendue de sa responsabilité quant à ces détériorations ?

3°- 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.

I° problème : le problème des fruits.

Distinction à faire entre les 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 événement 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 défendeur est de bonne ou de mauvaise foi.

Source : BIU Cujas

Fruits postérieurs à la litis contestatio. Défendeur de mauvaise foi.

I-Fruits postérieurs à la litis contestatio.

I°- Le défendeur est de mauvaise foi.

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 bonne foi.

2°- Le défendeur est de bonne foi.

Il y a des textes du Digeste qui porteraient à croire qu'on appliquait pour le défendeur de bonne foi, les mêmes règles que pour le défendeur de mauvaise foi, car ces textes disent textuellement; 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'usucapion 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 régulis 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, I923, pages I98 et suivantes." Tous les romanistes admettent aujourd'hui l'interpolation.

Responsabilité du possesseur

Quelle sera alors la responsabilité du possesseur de bonne foi pour les fruits postérieurs à la litis contestatio ? Depuis la litis contestatio, ce dé-

Source : BIU Cujas

de bonne foi.

fendeur 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.

I° 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 Jhering. 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 Betti (en italien). La condictio intentée relativement aux fruits contre le possesseur de mauvaise foi Atti acc. 55, p.95 et S.S.

Source : BIU Cujas

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.

Responsabilité du défendeur de mauvaise foi quant aux détériorations postérieures à la litis contestatio.

I° - 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.

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 simplement de sa faute, mais non des pertes par cas fortuit.

Responsabilité du défendeur de bonne foi.

II - Détériorations antérieures à la litis contestatio.

Détériorations antérieures à la litis contestatio.

I° le possesseur est de bonne foi. Il ne doit rien, en vertu du principe général que voici : res extinctae vindi, cari 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 en cette matière 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 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 idemnisé 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.

Extension à la revendica-

Une grande modification résulte du fait qu'on a appliqué à l'action en revendication des règles qui avaient pris naissance à l'époque classique en ma-

Source : BIU Cujas

tion des règles sur la pétition d'hérédité.

tière de pétition, d'hérédité, avec le Sénatusconsulte Juventien. Sujet de concours : Le Sénatusconsulte Juventien et son influence sur l'action en revendication.

Possesseur de bonne foi.

I°- Si le possesseur est de bonne foi, il devra restituer les fructus exstantes par opposition aux fructus 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 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 de Justinien, de sa responsabilité. Quelle va être la source

Responsabilité du défendeur

Source : BIU Cujas

de mauvaise foi.

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. c) 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 faute, car le défendeur est responsable aussi de sa faute. C'est là encore l'influence du Sc. Juventien. Digeste 5. 3.25.2.

3° 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 au 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.

A l'époque de Justinien, l'action en revendication 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.

Caractère mixte de l'action en revendication.

§ 2 - Exécution de l'arbitratus.

Ici encore, il faut distinguer le droit classique et le droit de Justinien.

I - L'époque classique.

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'arbitra-

A l'époque classique, l'arbitratus ne peut

Source : BIU Cujas

être exécuté par la force publique.

tus du juge peut être exécuté manu militari. 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 jus-jurandum 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, 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, le principe reçoit donc de nombreuses exceptions.

L'exécution de l'arbitratus sous Justinien.

ACTIONS: NEGATOIRE ET PROHIBITOIRE.

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.

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 négatoria ainsi appelée parce qu'il nie, negat, l'existence de la servitude.

L'action négatoire.

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.

L'action prohibitoire.

Tout est controversé, relativement aux conditions d'exercice de ces deux sortes d'action.

Source : BIU Cujas

Chapitre II.

LA PROPRIETE PRETORIENNE.

Les deux acceptions de la propriété prétorienne.

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.

Lato sensu.

I° 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 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'ils 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 dits : 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,2.4I.

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'appelle 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.

Source : BIU Cujas

6° En cas de deditio noxalis, d'abandon noxal d'un esclave donné à la victime, à 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 ou de concours sur la possession de bonne foi.

Moyens de protection.

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 protègera sur le terrain de la procédure, de deux manières : par voie d'action, ou par voie d'exception.

I° Sous forme d'une action.

L'action Publicienne.

Le prêteur, dans le cas où ces personnes 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, 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, 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.

C'est une revendication fictice.

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 oporteret.	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.

Source : BIU Cujas

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.

L'exception Publicienne.

2° Sous la forme d'une exception par laquelle le propriétaire prétorien paralysera 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 exception Publicienne.

Les conditions de l'usucapion sauf le délai, doivent être réunies.

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 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 violée. 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.

Caractère relatif de la protection prétorienne.

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.

Voici le tableau de tous les cas de conflit possible montrant le jeu d'actions, d'exceptions, de répliques et de dupliques.

DU COTE DU DEMANDEUR	DU COTE 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:

Source : BIU Cujas

1° - par un individu quelconque. Alors triomphe l'action publicienne, à laquelle ne peut être opposée aucune exception.

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, invoquée par le propriétaire quiritaire, qui oppose à la propriété prétorienne son droit de propriété quiritaire.

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, grâce à l'exception dite de priorité.

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 19.1.31.2.

II - Le demandeur est un simple acquéreur a non domino, et la possession lui a été enlevée:

1° - Un individu quelconque. L'action en revendication de celui-ci se trouve paralysée par l'exception Publicienne.

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.

3° - Un autre propriétaire prétorien stricto sensu. Le plus ancien en date triomphera, grâce à l'exception de priorité.

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:

Source : BIU Cujas

1° - 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 ne pourra pas être opposée une réplique. C'est le propriétaire quiritaire qui l'emporte.

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.

S'ils tiennent la chose d'un auteur commun, le plus ancien en date l'emporte, avec l'exception de priorité. S'ils tiennent la chose d'auteurs différents, voici comment on a fini par décider: c'est 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 apprenons 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.

Voilà tous les conflits possibles avec leur solution.

1° - un individu quelconque. L'exception Publicienne triomphe.

2°-Le véritable propriétaire quiritaire. L'action en revendication du propriétaire quiritaire sera paralysée par 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).

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 de droit civil. On ne peut comprendre tout cela qu'avec le droit romain.

TITRE II.

LES DROITS REELS AUTRES QUE LA PROPRIETE.

Les jura in re aliena.

Les jurisconsultes romains appellent ces droits réels jura in re aliena, droits réels sur la chose d'autrui. De ces jura in re aliena qu'a connus le droit romain, nous n'étudierons, faute de temps, que le principal, les servitudes. Nous laisserons de côté la superficie; la locatio conductio agri vectigalis, qui a été remplacée plus tard par l'emphytéose. Voir pour l'emphytéose, le cours d'histoire du droit français. Les légistes ont fondé sur les textes romains relatifs à l'emphytéose, la distinction du domaine utile et du domaine éminent. Pour ces divers droits réels, voir les manuels.

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.

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.

Le 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.

Utilité des servitudes prédiales.

Les servitudes prédiales sont les plus anciennes. Elles ont leur origine dans les entraves 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

Source : BIU Cujas

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 au 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 servitudes peuvent se ramener aux trois caractères suivants:

Les servitudes sont des droits réels.

1° - étant 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. 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.

Source : BIU Cujas

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 sont, d'une part, 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'intéret 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 public 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.

Chapître I - Différentes espèces de servitudes.

Chapître II - Modes de constitution des servitudes.

Chapître III - Extinction des servitudes.

Chapître IV - Sanction des servitudes.

Chapître I°

DIFFERENTES ESPECES DE SERVITUDES

Nous avons déjà rencontré la distinction fondamentale des servitudes prédiales et des servitudes personnelles.

Source : BIU Cujas

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.

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 sans condition.

Cas du terme ou de la condition.

Cependant le préteur intervient. 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 permettant 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 copropriétaires, une servitude ne pourra être constituée au profit ou à la charge du fonds sans l'autorisation de tous les copropriétaires 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 copropriétaires; sinon la servitude existera toujours.

§ 2 - Classification des servitudes prédiales.

Distinction des servitudes prédiales rurales

Il y a deux sortes de servitudes prédiales:

1° - les servitudes prédiales rurales, servitutes praediorum rusticorum.

2° - Les servitudes prédiales urbaines, servitutes praediorum urbanorum.

« Les Cours de Droit »
J. Place de la Sorbonne, 3
Répétitions Ecrites et Orales
P.

Source : BIU Cujas

les et urbaines.

Cette distinction présentait des intérêts pratiques dont voici les deux principaux;

Intérets.

I° 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.

Le crterium est tiré de la nature des fonds dominant.

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.

Ce système différe du système du Code civil.

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 seconde 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, I9.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 rus-

Source : BIU Cujas

tiques 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 principale servitudes prédiales rurales qu'à connues le droit romain.

La servitude de passage, iter, actus, via.

I° - 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, c'est le droit de passer avec des troupeaux (agere, c'est pousser un troupeau) et avec des véhicules.

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 droits, et 16 pieds dans les courbes. Dans le cas d'iter et d'actus, la détermination de la largeur était laissée à l'interprète.

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 acqueduc, de faire des rigoles.

L'aquae haustus.

3° L'aquae haustus, servitude de puisage.

Autres servitudes prédiales rurales.

4° - pécoris ad aquam, adductus, 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 haudiendae, le droit 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 critérium romain être urbaines.

Principales servitudes prédiales urbaines.

Passons en revue les principales servitudes prédiales urbaines.

I° - 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 voyage léger.

Source : BIU Cujas

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 la langue 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 des servitudes personnelles.

I° - 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 opérae 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 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.

Le droit d'usufruit peut porter sur les

Source : BIU Cujas

Choses sur lesquelles il peut porter.

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, a le droit de se servir de la chose, avec tous ses accessoires physiques et juridiques. Il a donc le jus utendi. Il a aussi le droit de jouir d'avoir les fruits, jus fruendi.

Le jus fruendi.

Ce droit s'applique à tous les fruits, non seulement aux fruits naturels ou industriels, mais encore aux fruits civils, 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 pas droit aux produits.

L'usufruitier n'a droit qu'aux fruits. 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 par la perception.

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 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 pour se faire restituer ces fruits. L'usufruitier n'aura que l'action pénale de vol. 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 quelles mesures les fruits civils sont-ils dus à l'usufruitier? Il faut en droit romain, distinguer suivant que

Source : BIU Cujas

la chose louée est une chose frugifère ou une chose non frugifère.

Chose frugifère proportionnellement à la récolte faite.

Dans la première hypothèse, dans l'hypothèse du fermage de biens ruraux, comme les fruits civils dus 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,

Dans la seconde hypothèse; l'hypothèse de loyers, de biens urbains, de maisons, les fruits civils correspondent à la jouissance qui a été procurée au locataire. Ils seront dus 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'usufruitier 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 entrafnera toujours cette distinction de l'usufruit. Ce n'est donc pas la personne du cessionnaire qui est prise en considération.

§ 2 - Obligation 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

Source : BIU Cujas

pas obliger son titulaire, ces deux personnes se trouvent être vis-àvis 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.

I° - ne pourra pas détériorer la chose par son fait. La sanction sera une action délictuelle, contre le damnun injuria datum, l'action legis Aquiliae, origine de l'article I382 du Code civil.

Sanctions.

2° - ne peut pas transformer la chose, en modifier la substance. La sanction est ici l'extinction de l'usufruit.

Il n'a pas d'obligation personnelle de restituer.

L'usufruitier n'est donc pas tenu personnellement de restituer la chose à la fin de l'usufruit

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.

I° - dans l'action legis Aquiliae, le défendeur n'est tenu que de sa faute, et non de sa négligence. En matière de délits, le droit romain exige 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 principes, le préteur est intervenu pour faire naître 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. C'est un exemple de stipulation prétorienne. En réalité, deux promesses seront imposées à l'usufruitier par le préteur:

Les promesses imposées par le préteur à l'usufruitier.

La cautio usufructuaria.

I° - La promesse de jouir de la chose enbon père de famille. C'est l'obligation de garder la chose, de réparer la maison, de combler par le croît les vi-

Source : BIU Cujas

Promesse de jouir en bon père de famille, et de restituer la chose.

des 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.

Cette double promesse se faisait au moyen d'une stipulation ordinairement garantie par des cautions. C'est ce qu'on appelle la cautio usufructuaria. Digeste 7.9.I. pr.

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. le refus de la délivrance de l'usufruit.

I° - 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 fait 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.13 pr.

2° - Le nu propriétaire peut agir par l'action en revendication. Si l'usufruitier lui oppose l'exception rei traditae nomine ususfructus, 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.

§ 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

Source : BIU Cujas

un véritable usufruit sur ces choses. On ne pouvait que constituer ce que les interprètes du droit romain ont appelé quasi-usufruit.

tuation quasi- ufruit.

Le quasi-usufruit confère un véritable droit de propriété sur les choses consomptibles. Le quasi usufruit peut en disposer entoute liberté. Mais à l'expiration de l'usufruit, il est obligé de fournir des choses de même nature. Oubien 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.

usufruit s res in- rporales.

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 S C.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.

gs de usufruit ume créan- .

1° - Si c'est au débiteur lui-même que l'usufruit est le gué; 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 remboursement du capital qui arriverait à échéance de son vivant.

ifférence tre l'usus l'usufruit.

2° - Deuxième servitude personnelle : L'usage.

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 jouer en bon père de famille et de restituer la chose à l'expiration de son droit.

tension s droits de

Si on avait appliqué la règle que l'usus ne comprend pas le jus fruendi, mais seulement

Source : BIU Cujas

l'usager à une partie des fruits

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 I6 - 8 - I2. 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'habitudeconstante des jurisconsultes qui est d'interpréter largement les libéralités testamentaires. 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 - I2 - 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 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.

Troisième servitude personnelle: l'habitation.

Quant à 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.

Quant 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,

Droit de l'usager des operae.

A l'époque classique, les jurisconsultes

Source : BIU Cujas

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 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 DES CONSTITUTIONS DES SERVITUDES.

Les deux modes de constitutions des servitudes.

La translatio et la deductio servitutis.

C'est une matière très fréquente d'examen et une question de concours. 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 directement 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. Etudions en détail les modes de constitution des servitudes. Nous suivrons un plan historique.

Section I.- Système du droit civil.
Section II - Réformes du droit honoraire.
Section III- Système du droit de Justinien.

SectionI - Système du droit civil.

Les modes de constitution des servitudes sont certains modes d'ac-

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

Source : BIU Cujas

quérir la propriété.

un rapport étroit entre la théorie de l'acquisition d 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 limitás 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.

I° - 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 per vindicatione 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 des intérêts de la distinction.

Per translationem.

Supposons que la servitude est constituée per translationem. Voici la formule : Titio usumfructum fundi Corneliani lego, je lègue à Titius l'usufruit du fond Cornélien. 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 lègue à Titius le fond Cornelien, 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, d'après le droit civil, 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'exer

Source : BIU Cujas

cice, 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 verre), l'aliéné à un tiers en retenant pour lui une servitude sur cette chose.

§ 2 - Modes de constitution

propres à certaines servitudes.

La mancipation sert à constituer les servitudes prédiales rurales per translationem.

Jusqu'à Justinien la mancipation a servi à constituer per translationem une servitude prédiale rurale. Gaius 2.29 : Jura praediorum rusticorum etiam mancipari possunt, les servitudes prédiales rurales peuvent aussi être mancipées. Si on peut les mancipar, 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.

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 confpndait avec la propriété de la fraction du sol sur laquelle elle s'-

A l'origine la servitude se confondait avec la propriété.

Source : BIU Cujas

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 lapropriété de cette bande de terrain.

La jusriprudence 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 est-elle à la fois continue et apparente ? Non. Qu'est-ce qui 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.

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, alors qu'on eut 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 2.17, 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, quam vis sint ex nomero rerum incorporalium.

La tradition et l'usucapion ne sont pas des modes d'acquisition des servitudes.

Tels sont les seuls modes d'acquisition des servitudes du droit civil. Attirons l'attention sur ce point : parmi les modes de transfert de la propriété que nous avons étudiés, il en est deux qui n'ont pas été utilisés par le droit civil pour constituer une servitude : la tradition et l'usucapion. Pourquoi ? C'est que la tradition et l'usucapion , comme modes de transfert de la propriété, ont à leur base un transfert de possession. Or, en droit romain, ne peuvent être possédées que les res corporales. C'est ce que nous apprend Paul, Digeste 41.2.3. pr. Possideri autem possunt quae sunt corporalia. Or les servitudes sont des res incorporales. Elles sont donc insusceptibles de possession, et, par con-

Source : BIU Cujas

séquent, elles ne peuvent être acquises, ni par tradition ni par usucapion.

La loi Scribonia abolit l'usucapion des servitudes.

Cependant, nous savons par un texte de Paul, Digeste 41.3. De usurpationibus, 4.28 qu'une loi Scribonia de date ignorée, qui paraît donc être au plus tard du commencement de l'Empire, abolit l'usucapion des servitudes. C'est donc que jusqu'à cette loi, on a pu créer une servitude par voie d'usucapion. Cela vient affirmer notre beau raisonnement syllogistique. Monsieur Fliniaux incline a penser avec Girard que les seules servitudes qui purent jamais s'acquérir par usucapion avant la loi Scribonia furent les plus anciennes servitudes prédiales, les servitudes prédiales rurales, et pour cette raison, qu'on ne les avait pas, à l'origine, distinguées du droit de propriété, mais considérées comme des choses corporelles. La loi Scribonia serait venue, bien longtemps après que les servitudes furent devenues des res incorporales, supprimer ce contre-sens juridique.

Il s'agissait vraisemblablement des servitudes prédiales rurales.

Logiquement il aurait dû en être de même de la mancipation des servitudes prédiales rurales. Au contraire, nous avons vu que le caractère de res mancipi continua d'être attribué aux servitudes prédiales rurales jusqu'à la disparition même de la distinction des res mancipi et des res nec mancipi, c'est-à-dire jusqu'à Justinien, ce qui ne peut s'expliquer, d'après M. Fliniaux, que par la première idée: la valeur prépondérante des servitudes prédiales rurales dans le patrimoine, par rapport aux autres servitudes.

La faculté de les mancipier subsiste jusqu'à Justinien.

Section II - Réformes du droit honoraire.

Collaboration du préteur et des prudents.

Nous disons droit honoraire. C'est donc que le préteur va montrer en cette matière son activité, mais il y a ici une collaboration du préteur et des jurisconsultes. Ceux-ci créent des systèmes et les font sanctionner par le préteur. Sur cette collaboration du, préteur et des prudents, si intéressante pour la genèse du droit romain, lire l'article de M. Lévy-Brühl, prudent et préteur, Revue historique de droit, 1926 (Comparer aujourd'hui la collaboration du Palais et de la doctrine) la même année 1926, sans que M. Lévy-Brühl ait eu connaissance de cet ouvrage, un grand romaniste autrichien, Wlassak, a traité le même sujet. La formule procédurale classique, et M. Lévy-Brühl a fait le compte rendu de cet ouvrage, Revue historique de droit, 1926, page 700. Un autre compte

Source : BIU Cujas

rendu a été donné par Karl Wenger, Revue de la fondation Savigny, 1926, page 578.

Voici les réformes du droit honoraire, très importantes :

§ I - Constitution des servitudes par quasi tradition et par longa possessio. Conséquence de la reconnaissance de la quasi possession des servitudes.

§ 2 - Constitution des servitudes par les pactes et stipulations.

§I - Constitution des servitudes par quasi tradition et par longa possessio

Conséquence de la quasi possession des servitudes.

La possession d'un droit dans le Code civil.

La théorie de la quasi possession des servitudes n'est jamais bien expliquée dans les livres. C'est un magnifique sujet de concours. Elle sert de trait d'union entre deux conceptions opposées de la possession. Dans notre droit moderne, la possession est l'exercice d'un droit, manifesté par des signes extérieurs. Code civil français, article 2.228 : "La possession est la jouissance d'une chose". C'est la possession que nous avons étudiée seulement jusqu'ici comme prolégomène de l'étude de la propriété. Mais l'article 2.228 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 article I240) et même de la possession d'un état (Ex. possession d'état d'enfant légitime.)

La possessio corporis ne s'applique qu'aux choses corporelles.

Un tel concept est entièrement étranger aux peuples primitifs, qui ne peuvent saisir que les réalités complètes. Aussi la possession apparaît-elle simplement à leurs yeux comme un pouvoir physique s'exerçant sur une chose tangible, matérielle, possessio corporis, celle que nous avons étudiée exclusivement jusqu'ici. Il en fut ainsi longtemps à Rome. Paul affirme encore le principe que, seules, les choses corporelles sont susceptibles d'être possédées. Digeste, 4I.2.3. pr. Or les servitudes, à partir d'une certaine époque, furent considérées comme des res incorporales, et, par suite, insusceptibles de possession : Conséquences :

Conséquences relatives

I° - Les servitudes ne purent plus s'acquérir par l'usucapion : D'où la lex Scribonia.

Source : BIU Cujas

x servi-
ides.

2° - On ne put appliquer à la constitution des servitudes le nouveau mode de transfert de la propriété, la tradition, Gaius, 2.28 et 29.28 : Res incorporales traditionem non recipere manifestum est, il est manifeste que les choses incorporelles (donc les servitudes) n'admettent pas la tradition. au § 29, Gaius dit ensuite quels sont les modes de constitution des servitudes : l'in jure cessio et, pour les servitudes prédiales rurales, la mancipation.

a quasi pos-
ession des
ervitudes.

C'est relativement au droit des servitudes, choses incorporelles, non susceptibles de possession, comme toutes autres choses incorporelles, que se développa la théorie de la quasi possession, par laquelle les Romains s'élevèrent progressivement à une conception de la possession voisine de notre conception moderne, en arrivèrent à considérer idéalement la possession comme étant l'exercice, usus, d'un droit, possessio juris, par opposition à lapossession corporis originelle.

D'où la grande importance, méconnue dans tous les ouvrages, du point de vue du droit moderne, de la théorie romaine de la quasi possession des servitudes . C'est cette théorie que nous allons exposer en détail.

Théorie de la quasi possession des servitudes.

§ I - Formation historique de cette théorie.

avolenus
t la quasi
ossession
es servitu-
es?

Le jurisconsulte Javolenus, qui vivait à la fin du premier siècle et au commencement du II siècle après Jésus-Christ, peut être considéré comme le promoteur de cette théorie nouvelle. Dans un passage de son livre V. 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 traditio 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

Source : BIU Cujas

de la tradition de la possession.

Puis, après avoir émis cette opinion, Javolénus, en tire la conséquence suivante : Ideoque interdicta veluti possessoria constituta sunt, et c'est pourquoi les interdits en quelque sorte possessoires ont été établis. C'est de cette fin de phrase qu'on peut faire sortir toute l'histoire de la formation de la théorie de la quasi possession. Mais avant d'essayer d'interpréter ce texte, il importe d'abord de déterminer exactement quels sont les interdits auxquels Javolenus fait ainsi allusion, en les appelant véluti possessoria. La réponse est aisée. Il faut y voir toute cette 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, I3 , 39. Le principal était en matière de servitude de passage vraisemblablement laplus 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 dernièreannée, et qui est empêchée de continuer à l'exercer, Digeste 43. I9. 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 I3.

Les interdits veluti possessoria.

Des interdits semblables existaient aussi en matière d'aqueduc, par exemple l'interdit de aqu appartenant à celui qui a usé de l'aqueduc au moins ume fois nec vi nec clam nec precario, mais à conditio 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.

Tels sont d'une façon concrète les interdits auxquels pensait Javolenus. Il paraît vouloir dire que tous ces interdits reposent sur l'idée nouvelle de quasi possession. Il les présente, en effet, comme étant le fruit d'une théorie unique et déjà formée. Or, partir de la quasi possession, pour aboutir aux interdits sanctionnant dès une époque reculée les servitudes à Rome, comme le fait Javolenus, c'est méconnaître absolument l'évolution historique de la formation de ces in

Ces interdits ne sont pas le corollaire de la quasi possession.

Source : BIU Cujas

terdits spéciaux aux servitudes prédiales rurales. C'est, en effet, confondre l'aboutissement avec le point de départ. C'est que ces interdits, crées seulement au fur et à mesure des nécessités de la pratique, nous apparaîssent comme des moyens empiriques, imaginés par le préteur, qui ont bien plûtot contribué à édifier après coup la théorie de la quasi possession des servitudes, dont Javolenus veut les prétendre dérivées. Tous ces interdits, soumis, comme nous l'avons vu, à des conditions propres tous à fait particulières, ne peuvent, en effet être assimilés aux autres interdits relatifs à lapossession 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 tous, du moins vraisemblablement certains d'entre eux, notemment 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.

s ne peuent être assimilés aux terdits ssessoires.

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.

Voici les faits devant lesquels s'est trouvé Javolenus : l'existence de tous ces interdits créés empiriquement par le prêteur. C'est alors que Javolenus, voyant, d'une part, les interdits possessoires protéger lapossessio corporis et, d'autre part des interdits destinés à protéger nos servitudes prédiales, et qui leur ressemblent beaucoup (C'est pourquoi il les appelle veluti possessoria) en vint à penser que les servitudes étaient susceptibles de quelque chose d'analogue à la possession. Ce n'est pas la véritable possessio corporis : ce sera quelque chose d'approchant, la quasi possessio. Et comme, d'autre

a notion e quasi possession est ortie de es interdits.

Source : BIU Cujas

part, à la possessio corporis, correspond un mode de transfert de la propriété, la traditiion, à la quasi possession des servitudes correspondra un mode de constitution des servitudes, qu'on appellera la quasi tradition.

Telle est, suivant M. Fliniaux, la véritable explication historique du fameux texte de Javolenus. Les termes du rapport de cause à effet de la phrase finale doivent être renversés. Il faut voir dans les interdits sanctionnant les servitudes, non pas l'aboutissement, comme à l'air de le dire Javolenus, de la théorie de la quasi possession, mais le point de départ de cette théorie.

Et surtout des interdits sanctionnant les servitudes personnelles.

Et même, on peut se demander si ce sont les interdits qui sanctionnent les servitudes prédiales qui ont eu le plus d'influence sur l'esprit de Javolenus. Si Javolenus ne parle que des servitudes prédiales c'est qu'il traite la question concrète de savoir si l'on peut constituer une servitude de passage par tradition. Mais il semble bien que l'idée de quasi possession a dû lui être suggérée par d'autres interdits, ceux-là sanctionnant des servitudes personnelles, dont le type est l'usufruit. En effet, toute la catégorie des servitudes personnelles fut protégée 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. 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. Desiderabatur, ils étaient demandés par la pratique. Comme eux, ils avaient été créés spécialement pour le cas visé, specialiter eo casu proponitur, Fragments du Vatican, 9I.

Ce sont des interdits utiles.

Il nous paraît des plus vraisemblable que l'idée de quasi-possession ait jailli dans l'esprit de Javolenus, à propos de ces interdits utiles sanctionnant des servitudes personnelles. En effet,

Source : BIU Cujas

prenons la servitude d'usufruit. Cette servitude, comme les autres servitudes personnelles, présente, par rapport aux servitudes prédiales rurales, ceci de particulier que son exercice se confond avec la possession physique, corporelle, de la chose, vous avez un droit d'usufruit sur un fonds; quand vous êtes investi de cet immeuble, vous exercez l'usufruit en possédant matériellement le fonds sur lequel il porte. On comprend donc que l'idée de quasi possessio, soit née dans l'esprit de Javolenus plutôt à propos des interdits sanctionnant les servitudes personnelles qu'à propos des interdits sanctionnant les servitudes prédiales.

Résistances contre la théorie de Javolenus.

Quoi qu'il en soit, Javolenus, apparaît comme étant le promoteur de la théorie de la quasi possessio 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. Nous allons le voir, en disant quelques mots des destinées dans le droit romain de la théorie de la quasi possession des servitudes. Javolenus avait conscience que son opinion était une opinion hardie, personnelle. Il dit: Ego puto. C'est pourquoi, nous voyons des jurisconsultes postérieurs à Javolenus admettre encore l'opinion de Labéon combattue par Javolenus, d'après laquelle il était impossible de constituer une servitude par tradition. C'est aussi l'opinion de Gaius (II, 28) res incorporales traditionem recipere non possunt.

Elle est admise à l'époque d'Ulpien.

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, 1,2; Digeste 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 est en effet démontré aujourd'hui qu'il s'agit là d'un glossène, introduit plus tard pour mettre le livre en harmonie avec la nouvelle idée. Voir Charles Appleton. Les interpolations de Gaius, Revue historique de Droit 1929, page 207.

Source : BIU Cujas

Ayant ainsi assisté à l'éclosion, au développement et à la consécration de la théorie de la quasi possession des servitudes, montrons les conséquences et les applications pratiques qu'a reçues cette théorie, du point de vue de la constitution des servitudes.

§ 2 - Applications de la théorie de la quasi possession des servitudes au point de vue de leur constitution.

Les modes d'acquérir les servitudes fondés sur la quasi possession.

La conséquence fut l'apparition de deux nouveaux modes de constitution des servitudes, fondés sur l'idée même de quasi possession. C'est la conséquence logique de la reconnaissance de la théorie de la 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 qu'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. Mais, dans un des textes d'Ulpien, Digeste 6,2,11,1, le procédé de la quasi tradition est présenté comme s'appliquant à toute espèce de servitudes. Il parle d'abord de la servitude personnelle. C'est un argument en faveur de l'idée que la pensée de Javolenus est venue à propos des interdits relatifs aux servitudes personnelles. Puis, il parle des servitudes prédiales urbaines, et enfin des servitudes prédiales rurales. Avec tous ces textes, nous allons pouvoir dégager la théorie de la quasi tradition des servitudes .

Source : BIU Cujas

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.

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 par quasi tradition qu'une Servitude 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 Lenel, sont interpolés; ils se rapportent au système du droit de Justinien.

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. C'est pour cela que nous en avons parlé à propos des réformes du droit honoraire. 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. Les servitudes constituées par quasi tradition étaient en effet, disent les textes précités d'Ulpien, sanctionnées, tuitione praetoris, par la protection du préteur. Donc la quasi tradition était 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.

La longa possessio.

Deuxième mode de constitution des servitudes découlant de la théorie de la quasi possession: la longa possession. L'acquisition des servitudes par la possession prolongée avait été écartée par la loi Scri-

Source : BIU Cujas

bonia, le jour où les servitudes avaient été considérées en droit comme des res incorporales. 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. 8,5,10,pr.).

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.

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 longa 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, expression employés ordinairement dans les ouvrages modernes de droit romain. Ou bien diurnus usus, longa consuetudo.

Section II - Constitution des servitudes par les pactes et stipulations.

Voici comment les choses se passent. Les parties commencent par faire un pacte, c'est-à-dire une

Source : BIU Cujas

Le pacte et la stipulation de poena.

simple convention, en vue de déterminer la nature de la servitude et ses conditions d'exercice. Comme l'obligation résultant d'un pacte n'a pas d'effet par lui-même, comme nous le verrons en seconde année, les parties font ensuite une stipulation, qui vient en quelque sorte donner au pacte une force obligatoire et cette stipulation a pour objet une somme d'argent fixe, une poena, une clause pénale, que celui qui a constitué la servitude s'engage à payer au titulaire de la servitude, s'il ne le laisse pas exercer la servitude.

Les pactes et stipulations créent-ils un droit réel de servitude.

La question qui se pose est de savoir si les pactes et stipulation 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, l'action qui sanctionne la stipulation l'actio ex stipulatu, en vue d'obtenir le paiement de la poena C'est toujours la fameuse distinction du droit réel et du droit personnel. Ici encore, nous sommes sur les frontières du droit réel et du droit personnel.

Les textes admettent le droit réel.

Comment devons-nous résoudre la question ainsi posée? La question est très discutée parmi les romanistes. Disons tout de suite que les textes que nous possédons sur les pactes et stipulations; Gaius, 2, 39 et Institutes de Justinien, 2, 3,4, semblent se prononcer en faveur de l'existence d'un droit réel. Cependant jusqu'à une époque peu éloignée de nous, tous les commentateurs du droit romain, soutenaient le contraire. Jamais affirmaient-ils avec force, même à l'époque de Justinien, les servitudes n'ont pu être constituées directement par des pactes et stipulations faisant naître directement undroit réel.

En principe les pactes et les stipulations ne créent pas de droit réel.

Voici l'argument principal invoqué par les commentateurs. Notre question à propos des servitudes se rattache en définitive à la question du transfert du droit réel par le simple consentement . Aucune législation n'a mieux distingué les actes productifs d'obligations et les actes constitutifs de droits réels que la législation romaine. Or le pacte n'est pas par lui même un acte de transfert de la propriété. Et les commentateurs reproduisent la fameuse loi 20 de Pactis au code de Justinien, que citaient les anciens auteurs: traditionibus vel usucapionibus, non nudis pactis, dominia

Source : BIU Cujas

rerum transferuntur. D'autre part, la stipulation de peine, qui renforce le pacte n'est pas non plus capable de créer par lui-même le droit réel.

Le droit prétorien ne fait pas une démarcation absolue entre le droit réel et le droit de créance.

Sur le terrain des principes, la thèse paraît solide. Cependant l'opinion contraire a été défendue par Girard et tend aujourd'hui à prévaloir parmi les romanistes modernes bien qu'elles paraissent en contradiction avec le principe sacrosaint que nous venons de rappeler. Voici comment on peut refuter l'argument de principe; il faut déclare Girard, reconnaître que la démarcation entre le droit de créance et le droit réel a été bien moins observée dans le droit prétorien que dans le droit civil. Ainsi, par un argument d'analogie il rapproche la constitution des servitudes, d'autres institutions du droit prétorien, où un droit réel pouvait se constituer par simple convention. L'hypothèque que nous étudierons cette année, est un autre droit réel sur la chose d'autrui, une sûreté réelle accessoire du droit de créance. Or l'hypothèque, qui est d'origine provinciale passa de là dans le droit de Rome, sous l'influence de l'édit du préteur et de là dans le droit de Justinien ne demande pour être constituée qu'une simple convention. Il en a été de même dit Gérard, pour d'autres droits réels sur la chose d'autrui: La locatio Conductio agri vectigalis et aussi le droit de superficie.

L'hypothèque peut être établie par convention.

Autres droits réels créés par convention.

Ceci étant établi, Girard pose la question, pourquoi n'en aurait-il pas été ainsi pour les servitudes constituées par pactes et stipulations. Il y a d'excellentes raisons pour soutenir l'affirmative. On assiste pour les servitudes à une évolution semblable à celle qui s'est produite pour l'hypothèque. Il est certain (Gaius 2,31) que le procédé des pactes et stipulations a pris naissance aussi dans le droit provincial a servi d'abord à constituer des servitudes sur les fonds provinciaux. C'est donc une institution du droit honoraire, car dans le droit provincial, cette institution était réglementée par l'édit des gouverneurs de province c'est-à-dire par l'édit provincial. Elle est ensuite passée à Rome dans l'édit du préteur. Son évolution a donc été semblable à celle de l'hypothèque Et puisque l'hypothèque est un droit réel constitué par une convention, on peut admettre qu'il en aété de même pour les servitudes.

On peut renforcer l'argumentation par une autre considération.

Si on n'admet pas que les servitudes aient pu être

Source : BIU Cujas

Les servitudes négatives ne peuvent être constituées autrement sous Justinien.

constituées par pactes et stipulations directement engendrant ainsi un droit réel, il y a toute une catégorie de servitudes qu'on ne pourra pas constituer de n'importe qu'elle façon entre vifs à l'époque de Justinien, ce sont les servitudes négatives, par exemple, la servitude de ne pas bâtir. En effet, à l'époque de Justinien, la mancipatio et l'in jure cessio n'existent plus, il ne reste plus que la quasi-tradition. Or nous l'avons vu, on ne peut pas par quasi-tradition constituer une servitude négative.

Pour toutes ces raisons, M. Flinlaux souscrit à la thèse de Girard. Il n'admet pas la théorie présentée dans le Précis de Mrs Collinet et Giffard pour qui les pactes et stipulations tout en faisant naître un droit réel ne seraient pas un mode de droit honoraire mais seulement un mode du droit provincial.

Section III.

Système du droit de Justinien.

A l'époque de Justinien, on ne trouve plus comme modes de constitution des servitudes ni la mancipation ni l'injure cessio - (Ces modes n'existent plus non plus nous l'avons vu pour le transfert de la propriété).

Modes spéciaux sous Justinien.

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 judicia imperio continentia, en dehors de ces modes spéciaux, voici quels étaient à l'époque de Justinien les modes de constitution des servitudes.

Les pactes et les stipulations.

1° - Le mode général qui a remplacé le mode général du droit civil, l'in jure cessio, ce sont les pactes et stipulations avec l'effet réel que nous leur donnons. Institutes de Justinien, 2.3.4.2.4.I.

La quasi-tradition.

2° - Les modes dérivant de la quasi-possession des servitudes, à savoir la quasi tradition (mais seulement pour la constitution de servitudes per translationem) et aussi la possession prolongée.

Lapossession prolongée.

A) quasi-tradition - Pour certains auteurs récents la quasi-traditio ne daterait que de l'époque de Justinien. Cependant, nous avons présenté toute la théorie comme l'oeuvre de la jurisprudence à l'époque classique. C'est en Italie et en Allemagne

Source : BIU Cujas

D'après une théorie récente la quasi-tradition ne daterait que de Justinien.

que cette opinion nouvelle s'est développée en Italie elle a été lancée par Perozzi, puis reprise par Albertario. Elle est admise par Bonfante dans son Manuel à l'usage des étudiants Italiens, 8° édition. De même, en Allemagne après les articles isolés de Ravel, Peter, Berger, nous rencontrons également la théorie nouvelle dans le manuel de Jors. Pour soutenir l'idée nouvelle on est obligé d'affirmer que Justinien a interpolé tous les textes. Notamment, le texte de Javolenus aurait été un des premiers visés.

Réfutation.

Bien que Mr. Fliniaux soit ordinairement très moderniste, il n'hésite pas à rejeter cette théorie.

Dans le sens de Mr. Fliniaux citons un allemandKrueger qui a consacré un ouvrage entier aux servitudes prétoriennes, et , Girard dans son Manuel élémentaire de droit romain. Sans entrer dans les détails, contentons nous d'indiquer la critique générale qu'on peut adresser à l'opinion nouvelle. Les auteurs récents par exemple Bonfante, Jörs, tandis qu'ils déclarent que la théorie de la quasi-tradition ne date que de Justinien, reconnaissent que la théorie de l'acquisition des servitudes par la possession prolongée existe à l'époque classique. Cela est contradictoire car quel est le point de départ de ces deux théories ? c'est la quasi-possession des servitudes. Il s'agit là de deux modes fondés sur la possession. Si la quasi-possession des servitudes existe comme base de la possession prolongée, pourquoi n'existerait-elle pas pour la quasi-tradition. On ne peut pas sortir de cette contradiction.

Elle dérive de la quasi-possession comme la longa-possessio admise avant Justinien.

Partie des interpolations.

Ce que Mr. Fliniaux reconnaît cependant c'est que Justinien, voulant consacrer de la façon la plus large le système de la quasi-tradition, parce qu'il n'y a plus à son époque ni mancipation, ni in jure cessio a été amené à interpoler pour qu'il y ait unanimité parmi les jurisconsultes classiques, un certain nombre de textes des jurisconsultes classiques qui, nous le savons par ailleurs repoussaient la nouvelle théorie. Par exemple au Digeste, un texte de Gaius admet la théorie nouvelle(Digeste 7.I.3. pr) alors que Gaius nous l'avons vu se prononce contre elle dans ses Institutes (II, 28).

De même Justinien a été aussi amené, avec l'idée de généraliser, à interpoler un certain nombre de textes émanant de jurisconsultes classiques qui admettent la nouvelle théorie, textes qui, dans leur forme originaire ne s'expliquaient pas sur le mode particulier qui avait été employé pour constituer la servitude dont

Source : BIU Cujas

ils parlaient. Une telle interpolation se trouve démontrée par un texte géminé (si un même fragment est reproduit à deux endroits différents avec des rédactions différentes l'interpolation éclate). Nous avons en effet un passage d'Ulpien, jurisconsulte qui consacre la théorie nouvelle qui nous est parvenue par le Digeste 7.4.I. Pr. Si ususfructus traditus, si un usufruit a été livré, entendez a été constitué par quasi-tradition. Et ce même passage nous est parvenu pur dans les fragments du Vatican § 6I, Le mot traditus ne s'y trouve pas. Voilà ce que Mr. Fliniaux consent à admettre pour les interpolations.

C) Possession prolongée. Pour ce qui est du droit de Justinien, il faut indiquer une modification pour l'acquisition des servitudes par la possession prolongée. Pour généraliser, iniformiser Justinien appliqua en notre matière la longi temporis praescriptio avec le délai type de IO à 20 ans. Code de Justinien 7. 33.I2.4.

Justinien étend aux servitudes la longi temporis praescriptio.

3° la tradition, nous ne disons plus la quasi-tradition pour constituer une sertitude 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 de servitudes.

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.

Quant à la constitution par destination du père de famille (art. 692 et s.)on la vit apparaître timidement dans le droit de Justinien. Certains textes interpolés entre autres Dig. 33,2, frag. I5 § I du digeste (voir leur énumération dans Bonfante Instituzioni 8° édition p. 333 note I) nous montrent que , lorsque deux fonds voisins appartenant à un même propriétaire sont légués respectueusement 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.

Source : BIU Cujas

Chapitre III.

EXTINCTION DES SERVITUDES.

Les servitudes peuvent s'éteindre de trois manières:

I° - Par l'absence d'une des conditions essentielles à leur constitution.

2° - Par la renonciation du bénéficiaire de la servitude.

3° - Par le défaut d'exercice.

Section I.

I - Extinction par défaut d'une des conditions de constitution.

La servitude s'éteint I° - pour les servitudes personnelles par la disparition du fonds ou de la personne qui en profite: pour les servitudes prébiales: par la destruction du fonds dominant.

Disparition du fonds.

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.

2° - Disparition de la chose sur laquelle porte cette servitude: démolition matérielle ou juridique; la chose devient une res sacra, et devient ainsi extra patrimonium.

Disparition de la chose.

3° - 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.

1° - Dans l'ancien droit, on emploie l'injure 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 .

Défaut d'exercice de la servitude.

C'est une manière 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 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.

Distinction à faire entre les servitudes.

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.

Le non usage éteint les servitudes personnelles ou prédiales rurales.

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

Pour les servitudes urbaines l'usucapio libertatis est exigée.

Source : BIU Cujas

n'était acquise qu'autant que le nouvel état de chose à partir de cet acte s'était maintenu jusqs'au moment ou 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 renseignement avec précision. Paul Sentences I.I7,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 rurales. Donc le non usage éteint ces servitudes. Puis nous avons un t exte fondamental qui meten opposition pour le défaut d'exercice, les servitudesprédiales 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, 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."

Textes sur cette matière.

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 criterium, 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 de raison, 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

Cette différence est impossible à justifier.

Source : BIU Cujas

que les servitudes prédiales urbaines seraient continues, se heurte aux textes 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 traitement, 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 servitudes continues.

Chapitre IV.

SANCTIONS DES SERVITUDES.

Les servitudes ont pour sanction une action réelle.

Si nous laissons de côté la sanction 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 nous apparaît différente, suivant qu'il s'agit des servitudes du droit civil ou des servitudes protégées par le droit prétorien :

I.- Sanction des servitudes du droit civil.

La sanction est l'action confessoire,

Source : BIU Cujas

L'action confessoire pour les servitudes du droit civil.

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.- SANCTIONS DES SERVITUDES DU DROIT PRETORIEN.

Ce sont les servitudes constituées par quasi-tradition, par possession prolongée, ou par pactes et stipulations. Il faut, avec les textes, distinguer ces différentes servitudes.

1°- Servitudes constituées par quasi-tradition.

Servitudes constituées par quasi-tradition

Un texte du Digeste, qui a donné beaucoup de fil à retordre aux commentateurs, Ulpien 6, 2, II,I, dit que la sanction était 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.

La Publicienne.

Servitudes constituées par la possession prolongée.

2°- Servitudes constituées par la possession prolongée.

Un texte du Digeste, 8, I, IOpr dit que la sanction était une action utile. Mais il ne dit pas quelle était l'action directe à laquelle se réfère cette action utile. La plupart des romanistes disent que c'est l'action confessoire. La sanction de ces servitudes serait donc une action confessoire utile.

L'action confessoire utile.

3°- Servitudes constituées par pactes et stipulations.

Il faut distinguer: a)- Si les servitudes sont constituées sur des fonds provinciaux, (Gaius, 2, 3I), elles sont sanctionnées d'après l'édit provincial.

Servitudes par pactes et stipulations.

b)- s'il s'agit de servitudes constituées sur des fonds italiques, elles sont sanctionnées d'après l'édit prétorien. Mais les sources ne donnent aucune indication sur les actions employées. Les romanistes ont fait des congectures qu'il ne paraît pas nécessaire de rapporter dans un cours élémentaire.

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 (per universitatem) sont étudiés par Gaius 2,97, et suivants. Il s'agit de l'acquisition en bloc d'un ensemble de biens, ce que les Romains appellent une universitas. Gaius indique trois manières d'acquérir per universitatem :

1°- A titre d'héritier : c'est la succession à cause de mort.

2°- A titre d'acheteur des biens (bonorum emptor) lors d'une venditio bonorum.

3°- A titre d'acquéreur des biens d'un capite minutus.

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.

DES SUCCESSIONS A CAUSE DE MORT.

Observation importante.

Faute de temps, M. Fliniaux ne traitera pas toutes les matières; il n'interrogera pas sur les matières qu'il n'aura pas traitées, mais il conseille de les étudier dans les manuels pour le cas où on passerait l'examen avec un autre examinateur.

L'héritier continue la personnalité du défunt.

Le patrimoine, considéré comme une universitas, subsiste à la mort de son titulaire. Il va alors passer aux mains d'une autre personne, qui porte le nom technique d'héritier. Quelle est l'idée qui préside en droit romain à cette transmission du patrimoine? C'est l'idée de la continuation de la personnalité du défunt. L'héritier, en effet, est considéré comme conti-

Source : BIU Cujas

nuateur de la personne du défunt. Le défunt est censé vivre encore après sa mort. Il se survit en quelque sorte à lui-même. Il ne le peut plus physiquement, matériellement; mais intellectuellement, idéalement, il continue à exister dans la personne de son héritier. Conséquences :

Il acquiert l'actif et supporte les dettes et les sacra privata.

1°- Au point de vue des droits actifs du patrimoine; l'héritier va les acquérir.

2°- Au point de vue des dettes, il va supporter le poids de toutes les dettes du défunt.

3°- Il est tenu d'assurer le culte, les sacra privata. Nulla successio sine, sacris, il n'y a pas de succession sans sacra.

Intérêts de cette transmission.

Cette transmission va donner satisfaction à un certain nombre d'intérêts.

Intérêt religieux.

1°- Un intérêt religieux qui joue un grand rôle qui, à l'origine est le seul intérêt pris en considération. Consulter en plus de Fustel de Coulanges. La cité antique, Lescoeur. Des sacra privata chez les Romains, p. 17, Cuq, Inst. jur. des Romains, II, p. 682.

Intérêt des créanciers.

2°- L'intérêt des créanciers du défunt. Ceux-ci, sachant que l'héritier est tenu ultra vires, au-delà des forces de la succession, sur son patrimoine propre, espèrent être payé intégralement.

Intérêt du défunt.

3°- L'intérêt du défunt. On ne procède pas, s'il est insolvable, à la vente de ses biens, qui faisait encourir l'infamie. On n'aime pas être proclamé infâme même après sa mort. Parmi les cas d'envoi en possession, l'édit indique en effet cui heres non exstabit, celui qui ne laisse pas d'héritiers.

L'idée de la continuation de la personnalité du défunt considéré comme étant à la base de la transmission du patrimoine à cause de mort, est admise par la presque unanimité des romanistes, sauf M. Korosès, dans son livre en allemand sur la responsabilité de l'héritier en droit romain 1927, avec un compte rendu par Raymond Monier, Revue historique de droit, 1929, page 345.

Tendance moderne à abandonner cette notion.

Quoi qu'il en soit du droit romain, il faut observer que, du point de vue des législations modernes; l'idée de continuation de la personnalité du défunt se trouve battue en brèche. Les nouvelles législations l'abandonnent et ont une tendance de plus en plus marquée à considérer l'héritier comme un simple successeur aux biens.

Source : BIU Cujas

On veut à toute force supprimer cette obligation ultra vires. Dans cette voie se sont engagés les codes modernes, principalement le code civil allemand.

Saleilles a fait un cours remarquable à la Faculté de droit de Paris sur cette matière. Malgré la diversité des législations du point de vue du droit successoral, il y a un grand intérêt à étudier cette matière même en droit romain. C'est que le droit succesoral 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 un intérêt politique (ex. le droit féodal.)

Intérêt du droit successoral.

Par la force même des choses, le droit successoral est un droit qui présente un caractère particulariste. C'est pour cela que c'est un 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.

Son particularisme.

En quoi consiste ce particularisme du droit successoral romain? Il apparaît aux trois points de vue suivants.

1ère particularité: La qualité reconnue à l'héritier lui appartient, qu'il ait été désigné par la loi ou par un testament, d'ou en droit romain le principe fondamental de l'institution d'héritier. Cela est en harmonie parfaite avec l'idée qui sert de fondement au droit successoral romain.

L'institution de l'héritier.

Au contraire, en droit français, sont seuls héritiers, ceux à qui est dévolue la succession ab intestat réglée par la loi. C'est là une règle d'origine germanique, qui est à l'opposé de la règle romaina, et a été formulée ainsi en latin: Deus solus facit heredes, Dieu seul peut faire des héritiers. Dans le droit coutumier, le principe romain de l'institution d'héritier est repoussé expressément. Loisel nous apprend dans ses Maximes que: Institution d'héritier n'a lieu.

En droit français les héritiers ab intestat sont seuls héritiers.

2° particularité. La succession testamentaire chez les Romains, 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.

Prédominance de la succession ab intestat.

Source : BIU Cujas

Influence du droit germanique sur le droit français.

Là encore le principe romain est contraire à l'esprit du droit germanique. Dans le droit germanique on ne connaît pas le testament , et le Romain qui est tacite ne peut s'empêcher de s'en étonner: Nullum testamentum écrit-il dans ses Moeurs des Germains. Et si on faisait un cours d'histoire du droit français privé on verrait la difficulté qu'a eue le testament à s'implanter dans 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 droit 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.

Avantages de la prédominance de la succession testamentaire à Rome.

Voyons maintenant pourquoi les Romains ont ainsi mis la succession testamentaire avant la succession ab intestat. C'est que, pour eux, cela présentait certains avantages:

I° - la possibilité de désigner les tuteurs: nous avons étudié la tutelle testamentaire.

2° - La faculté d'affranchir les esclaves.

3° - surtout un moyen de réaction contre la rigueur du droit civil en particulier le moyen de s'affranchir des règles de la famille agnatique.

Conséquences.

Voici les conséquences juridiques que les Romains avaient tirées du principe de la prédominance de la succession testamentaire.

La succession ab intestat ne s'ouvre qu'à défaut de la succession testamentaire.

I° - La succession ab intestat ne s'ouvre que si l'on est bien sûr que la succession testamentaire ne peut pas s'ouvrir. Par exemple: en cas de succession testamentaire sous condition, on attendra, espérant toujours que celle-ci s'ouvrira. On n'est pas obligé d'ouvrir immédiatement la succession ab intestat.

2° - L'incompatibilité absolue de l'hérédité ab intestat et de l'hérédité testamentaire. On ne peut disposer d'une partie de ses biens par testament, et laisser à la loi le soin de régler le sort du reste. Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest, personne ne peut décéder laissant à la fois une hérédité testamentaire et une hérédité ab intestat.

Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest.

Source : BIU Cujas

3ème particularité: coexistence de deux procédés 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 d'héritiers: les héritiers du droit civil qui ont seuls la qualité d'heredes, et les héritiers du droit prétorien. Nous assistons, en effet, à la création par le préteur de nouveaux héritiers, aussi bien en matière de succession testamentaire, par ex. en cas de non observation des formes du droit civil, qu'en matière de successions ab intestat. Cela permet de tenir compte de la conception nouvelle de la parenté, de faire pénétrer l'idée de la famille cognatique.

Coexistence des successions civiles et des successions prétoriennes.

Les héritiers du droit civil sont seuls héredes.

Cependant, le préteur ne pouvait pas faire un véritable héritier au sens technique du mot: praetor heredes facere non potest. Il ne pouvait donner à celui qu'il appelait à l'hérédité qu'une bonorum possessio. Aussi appelle-t-on les héritiers du droit prétorien bonorum possessores. Ils n'avaient que l'in bonis; ce sont des propriétaires prétoriens stricto sensu. Ils ne deviennent propriétaires du droit civil que par l'usucapion.

Les successeurs prétoriens sont des bonorum possessores.

Voici le plan que nous suivrons dans l'étude des successions. Les personnes appelées à recueillir l'hérédité, aussi bien l'hérédité civile que l'hérédité prétorienne, sont désignés par le défunt ou par la loi. Mais ces héritiers ne sont pas, du moins en principe, (sauf exception pour certains héritiers les héritiers siens et les héritiers nécessaires) investis, malgré eux du patrimoine de la personne décédée. La désignation émanée du défunt ou de la loi confère seulement la faculté de devenir héritier. La succession est d'abord simplement offerte, déférée, delata disent les textes romains, à l'appelé, et celui-ci n'acquiert l'hérédité que s'il accepte cette offre. Il faut donc considérer deux moments bien distincts, séparés par un intervalle plus ou moins long : la délation de la succession et l'acquisition de la succession

Plan à suivre.

Délation et acquisition de la succession.

Titre I.- Délation de la succession

Titre II.- Acquisition de la succession.

Titre III.- Défaut d'acquisition de la succession.

Titre IV.- Les legs et fidéicommis.

Source : BIU Cujas

Titre I.

DELATION DE LA SUCCESSION.

La succession testamentaire a, chez les Romains, le pas sur la succession ab intestat. Etudions donc en premier lieu, chap.I, la succession testamentaire, puis chap.II, la succession ab intestat.

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: Chapitre III, la succession déférée à l'encontre du testament.

Chapitre I.

LA SUCCESSION TESTAMENTAIRE.

Conditions de validité du testament.

C'est dans un acte solennel que le pater familias 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.

1°- 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'héritiers, et, s'il y a lieu, une exhérédation.

4°- Il ne faut pas que le testament, postérieurement à sa confection, ex post facto, ait été annulé.

D'où quatre sections:

Section I - Formes du testament.

Section II - Capacité de tester.

Section III - Institution d'héritier et exhérédation.

Section IV- Causes et nullité ex post facto d'un testament.

Source : BIU Cujas

Section I - Forme 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.

I° - Le testament calatis comitiis.

2° - Le testament in procinctus. Gaius 2, IOI.

I - Le testament Calatis comitiis.

Les comices calates.

C'est le testament que les citoyens faisaient dans les comices par curies, in comitiis calatis, c'est-à-dire spécialment convoqués à l'effet de recevoir le testament des citoyens romains.

Ils votent d'abord une loi.

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 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.

Puis leur rôle est réduit à celui de témoins.

Il faut reconnaître cependant que si primitivement, les comices délibéraient , un moment est venu où le testament est devenu un acte libre du testateur, et où les commices jouent le simple rôle de témoins. Ce changement a dû être opéré à l'époque de la loi des XII Tables. C'est le sens qu'il convient

Les XII Tables.

de donner au passage 5,3: Uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto; quand un citoyen a exprimé ses dernières volontés (c'est une loi; legassit vient de lex) sur son patrimoine et sur la tutelle; que le droit soit ainsi, c'est-à-dire que cette volonté soit sanctionnée par le droit.

II - 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

Source : BIU Cujas

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 Mr. Fliniaux, ce testament doit être plus récent que le testament Calatis comitiis, car ici certainement, l'armée ne peut jouer le rôle que de témoin .

Inconvénients de ces formes de testament.

Ces deux formes de testaments qui, d'après Gaius sont les plus anciennes , n'étaient pas sans inconvénients. Ce 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 dit, Gaius 2.102,les Romains imaginèrent une autre forme de testament, le testament per aes et libram, lequel est passé par trois phases successives.

III - Le testament per aes et libram.

Lamancipatio 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. Familiae veut dire patrimoine. Le testament mancipe donc sa familia, c'est-à-dire son patrimoine devant un libripens et 5 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.

La familiae emptio.

Avantage de ce testament.

Cette forme de 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 fût inventée pour le cas où une maladie pressante empêcherait d'attendre les prochains comices. Cependant, dit Gaius, elle ne fit pas disparaître les autres formes de 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 dessaisissement immédiat.

I° - au moins dans sa forme originelle, il devait entraîner le dessaisissement immédiat de celui qui le faisait. Il fallait vendre réellement au tiers son patrimoine.

Source : BIU Cujas

Le familiae emptor n'est pas un continuateur de la personne.

2° - Le familiae emptor, qui devient propriétaire des biens n'était pas autre chose qu'un successeur aux biens. Il n'était pas continuateur de la personne du défunt. Or nous avons vu les avantages que les Romains attachaient à cette idée, Gaius 2, 103, le familiae emptor n'était pas héritier, mais exactement heredis locum obtinet, il prend la place d'un héritier.

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.

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 testament, nous voyons que toutes, elles présentaient des inconvénients communs très graves.

Ces testaments sont publics et difficiles à révoquer.

1° - Tous ces testaments étaient publiques. 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, 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 devant les témoins qui ont assisté à la mancipatio familiae et aussitôt après celle-ci le testateur déclarait solennellement que les tablettes qu'il présentait renformaient ses dernières volontés.

Source : BIU Cujas

Gaius, 2, 104, nous a rapporté les termes de cette déclaration solennelle. 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, 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.

Quant à la mancipatio familiae, elle ne subsistait plus que pour la forme, Gaius 2,103. En effet, innovation juridique considérable, cette mancipation, familiae ne transférait plus la propriété des biens qui appartenaient au testateur. Cela résulte des paroles mêmes prononcées par le familiae emptor, ce qui déclare explicitement n'acquérir les biens qu'à la charge de les remettre à autrui, Gaius, 2,104.

La mancipatio familiae ne transfère plus la propriété.

Ce nouveau testament par aes et libram présentait de grands avantages par rapport au premier.

Avantages de ce nouveau testament.

1° - Il produisait tous les effets du testament comitial. Il créait un véritable héritier, un continuateur de la personne du défunt.

2° - Il était secret, car le nom de l'héritier était renfermé dans les tablettes.

3° - Le testateur pouvait facilement le révoquer.

3°- PHASE DE L'HISTOIRE DU TESTAMENT PER AES ET LIBRAM.

On va supprimer les formalités de la mancipatio familiae qui, à l'époque de Gaius, n'existe déjà plus que pour la forme. Il ne reste plus que la simple nuncupatio.

La simple nuncupatio.

§ 2.- Le droit prétorien.

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 le testamentum septem sigillis signatum. Ce testament prétorien date de Cicéron. Le préteur assurait l'efficacité d'un tel testament, en donnant à l'héritier une bonorum possessio, la bonorum possessio secundum

Les testamentum septem sigillis signatum.

Source : BIU Cujas

La bonorum possessio secundum tabulas.

tabulas, conformément aux tablettes, pour la distinguer des autres bonorum possessiones, Gaius, 2, 120.

§ 3.- Le droit Impérial.

Le testament tripartite.

Nous rencontrons au Bas-Empire un nouveau testament, créé par Théodose II et Valentinien en 439, appelé le testament tripartite, parce qu'il est dérivé de trois sources différentes: le droit civil, le droit prétorien et le droit impérial. Le testateur écrivait son testament. Il 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.

Section II.

Capacité de Tester.

La testamenti factio active.

Il faut que le testateur ait la testamenti factio. C'est ce qu'on appelle le testamenti factio active, du côté du testateur par opposition à à la testamenti factio passive, la capacité envisagée du côté de l'héritier.

On peut distinguer deux sortes de capacité : la capacité de droit et la capacité de fait.

I - La Capacité de droit.

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. 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 renvoyons, sans insister, car elles ne sont pas intéressantes pour le droit moderne.

II.- La capacité de Fait.

Justinien, Institutes, 2. 12. § 1. signa-

Source : BIU Cujas

le comme incapables de faire un testament l'impubère sui juris et le fou, et § 2 le prodigue. Nous ne retiendrons que le testament du fond en vue du droit moderne

Incapacités de fait.

D'après les Instituates cette incapacité ne frappe le fou que quand il est en état de folie, le droit romain admet les intervalles lucides.

La solution de Justinien a été consacrée par le Code civil français, ART. 901. pour faire un testament, il faut être sain d'esprit. Un individu qui dans sa propriété tirait des coups de fusil dans toutes les directions et se croyait la victime de décharges électriques avait fait un testament laissant au roi d'Espagne ses titres nobiliaires (lesquels n'existaient que dans son imagination) et 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).

A quel moment droit exister la testamenti factio active ?

A quel moment devait exister chez le testateur la capacité de tester ?

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.

Source : BIU Cujas

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. D'après les Institutes de Justinien 2,I2, le testament est valable ex lege Cornelia, en vertu d'unefiction déduite de la loi Cornelia.

La fiction de la loi Cornelia.

Section III.

L'institution d'héritier et l'exhérédation.

Un testament doit contenir une institution d 'héritier et s'il y a lieu une exhérédation.

§ I L'institution d'héritier.

Nécessité d'une institution d'héritier.

Un testament 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 ce qu'ils appellent 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.

I - 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.

I° - La première règle est relative aux termes dans lesquels devait être conçue l'institution d'héritier Gaius 2, I77. La formule traditionnelle est celle-ci: Titius heres esto, que Titius soit mon héritier, mais on avait admis aussi la formule: Titius heredem 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.

Source : BIU Cujas

Cette exigence du formalisme ne se retrouve plus dans le dernier état du droit romain.

Constantin a supprimé ces formes sacramentelles.

Une constitution de Constantin de 339, Code de Justinien 6, 23, 45, décida qu'une institution d'héritier pourrait être faite en termes quelconques.

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.

L'institution d'héritier doit être en tête du testament.

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.

II. 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'unterme ou d'une condition? Il faut distinguer deux cas :

1° La modalité est une condition résolutoire ou un terme extinctif.

2° L'institution d'héritier est affectée d'une condition suspensive ou d'un terme suspensif.

I° CONDITION RESOLUTOIRE OU TERME EXTINCTIF.

Le terme extinctif en 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 défèrera donc pas la succession aux héritiers ab intestat. Mais on déclarera que l'ins-

Source : BIU Cujas

titution 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 estossi navis ex Asia venierit, que Titius soit mon héritier si tel navire arrive d'Asie. Quelle 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.

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 institution d'héritier pure et simple.

Le dies incertus est considéré comme une condition suspensive.

b) Dies incertus. Par ex.: 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 événements et décider que les héritiers ab intestat ne seront pas appelés . La solution est la même que pour le testament affecté d'une condition suspensive.

Source : BIU Cujas

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.

Sort de la condition suspensive.

I° - Condition annulant le testament. 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.

Annulant le testament la condition potestative.

Il en sera de même pour les conditions appelées captatoire, 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 71.

Les conditions captatoires.

2° 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.

Conditions réputées non écrites.

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, mais étendue aux legs et aux affranchissements testamentaires.

Portée de cette règle

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 la fameux art. 900; qu'on étudiera en 3° année, et 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.

Portée de l'art. 900 du code civil.

Source : BIU Cujas

III.- CAPACITE DE L'HERITIER INSTITUE.

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 jus commercii. Mais, il y a aussi certaines incapacités dpéciales, qui n'ont pas duré toujours. La principale est l'incapacité qui a frappé les femmes. Une loi Voconia de 585, 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 I° classe, dont la fortune dépassait I00.000 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.

La testamenti factio passive.

Incapacité des femmes (loi Voconia).

Autres incapacités.

A quel Moment exige-t-on la testamenti factio de l'héritier institué ?

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'héredité, c'est-à-dire où il déclare accepter la succession.

Moments où la capacité est exigée.

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 compora non nocent, les temps intermédiaires ne nuisent pas. Institutes, 2. I9. 4.

Media tempora non nocent.

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. " 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. Elles exigent:

Les jus capiendi directo

Les lois caducaires.

Conditions exigées pour succéder.

I°- 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.

Source : BIU Cujas

2° - Que les hommes aient au moins un enfant légitime, et les femmes au moins 3 enfants, si elles sont ingénues, et au moins 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.

Nous avons supposé jusqu'ici que, dans le testament, il y avait une seule institution d'héritier. Mais souvent, il y a plusieurs institutions d'héritiers; voir les manuels. Voir aussi les manuels pour la question des substitutions. Dans le droit moderne, il n'y a en effet qu'une seule espèce de substitution qui importe; les substitutions fidei commissaires. Les substitutions qu'on étudie à la suite de l'institution d'héritier n'ont aucune influence sur le droit moderne. M. Fliniaux n'interrogera pas sur ces matières ceux qui ont suivi son cours, mais ceux-ci pourront être interrogés par les autres examinateurs, en ce qui concerne la pluralité d'institutions d'héritier et la théorie des substitutions.

Observation importante, en ce qui concerne la pluralité d'institutions d'héritier et le système des substitutions.

§ 2 - L'exhérédation.

Renvoi.

Si le testateur avait des heredes sui, des héritiers siens, c'est-à-dire des enfants et des petits-enfants, il devait dans son testament ou les instituer héritiers, ou les exhéréder. Nous renvoyons aux successions déférées à l'encontre du testament.

Section IV - Causes de nullité ex post facto d'un testament.

Causes de nullités 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:

Source : BIU Cujas

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. Faute de temps, M. Fliniaux laisse cette question, sans intérêt pour le droit moderne. Voir les manuels.

Le testament irritum.

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 post liminium et de la fiction de la loi Cornelia.

Le prêteur intervint pour annuler 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 redevint capable avant son décès, le préteur donnait à l'héritier institué la bonorum possessio secundum tabulas. Gaius 2, 147.

3° - Le testamentum destitutum ou devertum abandonné. Le testament est "abandonné" dans le cas de répudiation, de prédécès ou d'incapacité de l'héritier institué.

Chapitre II

LA SUCCESSION AB INTESTAT.

Ouverture de la succession ab intestat.

La succession est déférée 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. Ce ne sont 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 est donc des plus intéressant 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 droit [illegible]

Source : BIU Cujas

influences du droit germanique.

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.

Section I système du droit civil pur.
Section II système de l'édit du préteur.
Section III Réformes du droit impérial.
Section IV Système des Novelles de Justinien le plus important pour le droit moderne aboutissement du droit romain.
Section V Le droit moderne.

Section I - Système du droit civil pur.

La loi des XII Tables.

L'ordre de dévolution de la succession ab intestat était fixé par la loi des XII Tables 5. 4.5. 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.

Les trois ordres d'héritiers.

1° - L'ordre des heredes sui, correspondant au cercle de la domus.
2° - L'ordre des agnats, correspondant au cercle de l'agnation.
3° - L'odre des gentiles, correspondant au cercle de la gens.

§ I - L'ordre des sui heredes.

Enumération des heredes sui.

Les heredes sui, ce sont toutes les personnes qui étaient sous la puissance du défunt, du de cujus (sous entendu: successione agitur celui de la succession duquel il s'agit), comme on dit encore aujourd'hui, et qui sont devenus sui juris par son décès; ce sont: les fils nés du mariage ou les fils adoptifs, les filles , la femme in manu, qui est loco filiae; les petits-fils et les petites-filles.

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.

Comment se fait la dévolution aux sui heredes ?

Le partage par souches.

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 ex: 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 va diviser la succession en trois parts; une part au Ier fils vivant, une 2ème part au deuxième fils vivant, une 3ème part que se partageront les 3 enfants du fils prédécédé.

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, II : "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, et 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.

La succession est déférée à l'Agnat le plus proche en degré. S'il y a plusieurs agnats au même degré, l'héritier va aux agnats les plus proches, qui 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, Sentences 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 consanguines.

Source : BIU Cujas

La loi des XII Tables exclut-elle les femmes agnates ?

Mais tout récemment, M. Charles APPLETON, dans son article déjà cité sur les interpolations de Gaius, Revue Historique de Droit 1929, pages 235 et suivantes, a soutenu que la solution ne pouvait être donnée que par Gaius, Institutes, 3.23., et que c'est la loi des XII Tables elle-même 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 conséquence d'une copropriété familiale, appelée le consortium, une communauté entre enfants du même père 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 consanguines que la succession s'ouvre, au profit du plus proche agnat mâle Proximus adgnatus, disent les XII Tables, et non : adgnatave. 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. Récemment, M. MICHON Professeur à la Faculté de Droit de Nancy. La succession ab intestat, Nouvelle Revue historique, 1921, pages 119 et suivantes, s'est prononcé en faveur du caractère collectif du droit successoral de la gens. Page 128 "A défaut de sui, la succession allait à la gens. (D'après cet auteur, à l'origine du droit romain, il n'y avait pas d'ordre des agnats, mais deux ordres seulement :

Source : BIU Cujas

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".

Section II.

Réformes de l'édit du préteur.

Le préteur appela non seulement les héritiers du droit civil , mais encore de nouveaux héritier en accordant aux uns comme aux autres une bonorum possessio.

Les bonorum possessiones.

Voici les origines de cette bonorum possessio accordée par le préteur aux héritiers du droit civil eux-mêmes: c'est l'importance qu'a acquise de plus en plus la notion de possession en matière de succession ab intestat, suivant une évolution analogue à celle à laquelle nous avons assisté pour la possession par rapport à la propriété.

Dans le système définitif nous rencontrons en matière de succession ab intestat les bonorum possessiones suivantes:

I° - La bonorum possessio unde liberi, évoquée déjà dans le droit de famille à propos de l'émancipation.

La bonorum possessio unde liberi.

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 souche, in stirpes; à moins que tous ne fussent au premier degré, Ulpien, Regulae, 28, 8: Gaius 2, I37.

2° - La bonorum possessio unde legitimi.

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.

3° - La bonorum possessio unde cognati.

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 sobri-

Source : BIU Cujas

nave 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 possessiones 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 historiqu mais dans l'ordre hiérarchique. 2° - Les effets de ces bonorum possessiones.

Dates d'apparition des bonorum possessiones.

1° - Ciceron connaît, peu avant la fin de la République, les bonorum possessiones unde legitimi et unde cognati, et il paraît certain qu'il ne connaît pas encore les bonorum possessiones unde liberi ni unde vir et uxor. Au contraire, toutes les bonorum possessiones existent dès le temps de Labéon.

Leurs effets.

2° - Effets des bonorum possessiones.

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.

La 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 émancipées. C'est ce qu'on exprime 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 p une exception leur permettant de paralyser victorieusement la pétition d'hérédité des héritiers du droi civil.

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 Ier siècle après Jésus-Christ.

Section III.

Réformes du droit impérial.

Nouveaux héritiers du droit civil.

Sénatusconsultes.

De nouveaux héritiers du droit civil, furent créés à l'époque impériale, soit par des sénatus-consultes 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 des sénatus-consultes 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.

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.

Section IV.

Système des Novelles.

Les Novelles 118 et 127.

Ce système est l'origine immédiate du Code civil français. Nous donnerons des indications qu'on ne trouve nulle part. Ce système a été consacré par la fameuse Novelle 118, de 543, complétée sur un point particulier par la Novelle 127 de 548. Dans un tel 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, instirpes. 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 un exemple de mauvaise fiction.

Source : BIU Cujas

Malheureusement le Code Civil a adopté ce système que les codes modernes récents ont avec raison rejeté, par exemple le code civil allemand.

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 légale 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.

Source : BIU Cujas

4° classe: Les collatéraux ordinaires.

Collatéraux ordinaires.

C'est le collatéral le plus proche en degré qui l'emporte. Les collatéraux au même degré concourent par têtes.

Section 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. Dans les pays de droit écrit, c'est le système de la novelle II8, qui est appliqué, avec le principe romain de l'unité de patrimoine.

Pays de droit écrit.

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.

Pays de coutumes.

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 II8. 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.

Le code civil.

Les quatre ordres d'héritiers.

I° 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 ancêtre paternels et par moitié de ces ancêtre maternels. D'où l'introduction ici du sytème de la fente. La succession est divisée en deux masses:

Source : BIU Cujas

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 français au système compliqué de l'ancien droit.

Les ascendants.

3° Ordre: Les ascendants. Mais d'après l'article 754; le père et la mère survivant à l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété.

Les collatéraux ordinaires.

4° Ordre: les collatéraux ordinaires, jusqu'au douzième degré, dans le code civil de I804. C'est le collatéral le plus proche qui l'emporte avec la division de la succession entre la ligne paternelle et la ligne maternelle.

Ainsi donc, le code civil français de I804 reproduit en somme à peu de choses près la novelle II8. Cela n'était pas pour étonner l'éminent civiliste, Ambroise Colin.

Motifs de l'exclusion du système coutumier dans le code civil.

Dans le livre du centenaire du Code civil paru en I904, 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.

Simplicité du régime romain.

" 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.

Caractère de droit des successions aux meubles et acquêts.

" 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 II8, devait nécessairement l'emporter dans une législation unitaire.

"Enfin 3° raison fournie par l'histoire, la Novelle II8, était appliquée sans restrictions et sans réserves dans les pays de droit écrit".

La novelle II8 dans les pays de droit écrit

L'histoire de la novelle II8 dans les pays de droit écrit a été faite de façon tout à fait remarquable par Jarriand thèse de doctorat, Paris I889 Mr. 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

Source : BIU Cujas

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 exceptions 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 nouvelles législations germaniques, 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 se trouve consacré aujourd'hui en Autriche, en Allemagne et en Suisse, et ce sera le droit tout à fait prochain de la Hongrie. Ce système avait été consacré en France par le droit révolutionnaire, dans la fameuse loi de nivôse an II.

Ses applications historiques en France.

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 germains; 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.

Source : BIU Cujas

La parentèle la plus proche exc ut la parentèle la plus éloignée.

D'où le principe suivant qui résume tout ce système de dévolution: la parentèle la plus 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 I906. (Voir à la page I5 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, à 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 les successibles, 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".

Source : BIU Cujas

La loi 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 Palmale tend à reconnaître l'Etat comme héritier. On pourra consulter la thèse, remarquable de M. de Jean Chevalier, Professeur à la Faculté de droit de Grenoble, L'évolution des droits de l'Etat dans les successions Grenoble 1925.

L'Etat héritier.

Mr. 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 à labase de la dévolution ab intestat, il y a à la fois un devoir personnel et un devoir social. G. Valier, Le fondement du droit successoral Thèse Paris 1902.

Chapitre III.

LA SUCCESSION DEFERÉE à L'ENCONTRE DU TESTAMENT.

Théories déférant la succession à l'encontre du testament.

La succession est en droit romain, déférée à l'encontre du testament en vertu de deux théories principales:

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 1ère 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 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'ils 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.

Source : BIU Cujas

Section I.

L' Exhérédation.

Origine de l'exhérédation.

Le droit romainn'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, qui avait été consacrée solennellement par la loi des XII Tables. 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 pater familias faisaitd'eux dans son testament. Aussi décida-t-on que le pater-familias 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 pater familias avait pensé à ses enfants, et son intention de les écarter de sa succession apparaissait manifeste.

L'exhérédation présentait un autre avantage. Le pater familias, qui omettrait facilement ses enfants dans son testament, on peut espérer qu'il 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, 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. En vertu de cette idée, la nécessité de soumettre ainsi à l'exhérédation des héritiers le pater familias, remonterait

Source : BIU Cujas

par conséquent, 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 pater familias d'exhéréder ses enfants; ce ne serait donc pas les jurisconsultes qui, après la loi des XII Tables, auraient soumis le pater familias à la nécessité d'une exhérédation; ils se sont seulement occupés de l'exhérédation pour en fixer les règles.

Ce sont des 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.

e pater familias doit nstituer ou xhéréder ses éritiers siens.

Le pater familias 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.

'exhérédation oit être ex- resse; nomi- ation pour le ils de famil- e.

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 ily 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 pater familias 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.

nter coeteros our les filles les petits- fants.

Au contraire, l'exhérédation d'une fille ou d'un petit-fils peut se faire inter coeteros, c'est-à-dire que le pater familias 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.

Quelles étaient les sanctions des règles relatives à l'exhérédation ?

Source : BIU Cujas

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.

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 des héritiers ab intestat. D'après les Proculiens, la nullité existe seulement dans l'intérêt de l'enfant elle est relative. Par suite si l'enfant 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.

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 pater familias, concurrement avec les héritiers institués dans le testament, en vertu de ce qu'on appelait le jus adcrescendi, c'est-à-dire le droit d'accroîssement. Ils étaient réputés héritiers et, par suite, soumis aux charges qui grevaient la succession.

Le jus adcrescendi.

Quelle était leur part héréditaire? Cela dépendait de la qualité des héritiers institués dans le testament du pater familias. A ce point de vue, il convenait de distinguer si c'étaient des heredes sui , ou des heredes extranei.

Distinction à faire.

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'il étaient venus à la succession ab intestat.

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 ou des sui et des extranei ont été institués.

Que fallait-il décider dans le cas où la pater familias 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 attribuées au extranei.

Source : BIU Cujas

La survenance d'héritiers siens posthumes rompt le testament.

Il peut se faire qu'après avoir testé il survienne un paterfamilias des heredes sui par exemple par suite de naissance, d'adoptions, de mariage, comme 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 larupture de son testament, par le moyen d'une exhérédation ou d'une institution d'héritier faite préventivement dans son testament. C'est le théorie des postumi. Faute de temps Mr. Fliniaux ne l'expose pas et il revoie aux manuels.

Théorie des postumi.

§ 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 exhéréder ses héritiers siens encore en puissance , mais encore ceux sortis de sa famille par une capitis deminutio, en l'espèce les émancipés.

Formes de l'exhérédation.

Quand aux formes de l'exhérédation, le préteur adopte une nouvelle réglementation, il éta-

Source : BIU Cujas

blit 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.

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 sanction est la bonorum possessio contra tabulas.

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 dispositions du testament, enfin pendant un certain délai. Ce sont les caractères d'une nullité relative. Reprenons ces caractères.

La nullité est relative.

I° - 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.

La bonorum possessio ne s'ouvre pas si le liber est prédécédé.

2° - Ouverte par l'existence d'un liber, elle est en même temps qu'à son profit, ouverte au profit de tous les liberi institués dans un testament, mais elle ne l'est pas au profit des autres liberi régulièrement exhérédés.

Elle ne profite pas aux liberi exhérédés régulièrement.

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 fideicommis adressés à la femme et à certains parents)

Elle laisse substituer les dispositions non préjudiciables.

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.

Elle doit être intentée dans un court délai.

Source : BIU Cujas

§ 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.

L'exhérédation en droit français.

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 le 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 exhérédaté tous ses parents. Peu 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 ne 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.

Section II.

La Querela Inofficiosi Testamenti.

C'est une matière difficile, que M. Fliniaux a refaite entièrement. C'est une belle question de conclure.

Source : BIU Cujas

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 est apparue à Rome une théorie en vertu de laquelle certains parents rapprochés du défunt, les descendants et les ascendants, furent autorisés à attaquer le testament du pater familias, et à le faire rescinder comme étant inofficiosus, inofficieux, c'est-à-dire contraire à l'officium pietatis, quand ils n'auraient pas reçu une certaine part de l'hérédité.

La querela inofficiosi testamenti.

§ I.- ORIGINES ET DEVELOPPEMENT HISTORIQUE DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI.

§ 2.- THEORIE DE LA QUERELA INOFFICIOSI TESTAMENTI.

§ 3.- L'ACTION EN COMPLEMENT 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. C'est ce tribunal des 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.

Jurisprudence du tribunal des Centumvirs.

Le color insaniae.

Source : BIU Cujas

Cette folie n'est qu'un prétexe. Voici comment les textes appellent ce motif juridique d'annulation du testament: color insaniae, 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.

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'a 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 inofficosi testamenti: Thèse, Paris I906. Voir aussi l'article 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 interrenu le jugement définitif sur le fonds même rendu sur la pétition d'hérédité elle - même. Les centumvirs auraient répondu de qui le sacramentum est justum, de qui le sacramentum est injustum. Cette jurisprudence, qui serait ainsi développée au sein du tribunal des centumvirs aurait été adoptéeplus tard par l'unus judex, en matière de pétition d'hérédité prétorienne et en matière de pétition d'hérédité organisée en province.

Extension de la jurisprudence des centumvirs.

2° opinion la querela est devenue une action autonome.

Pour les autres auteurs, la querela serait devenueà l'époque classique 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 ac-

« Les Cours de Droit »
3, Place de la Sorbonne, 3
Source : BIU Cujas

Nature de cette action.

tion 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. Entre tous les sytèmes, au auteur allemand Eisele a proposé un système intermédiaire; qui

Théorie intermédiaire d'Eisele.

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 querelae, 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 de Eisele.

Eisele part de cette idée que la querela incident de lapétition d'hérédité déférée au tribunal des centumvirs, était soumise à toutes les conditions d'exercice de cette pétition d'hérédité. Conséquences:

Lacunes de la pétition d'hérédité.

1° - La pétition d'hérédité étant la sanction de la succession du droit civil, elle n'était pas applicable aux héritiers prétoriens.

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 quand au fond, une action en rescision contre le testament; une action préjudicielle à la pétition d'hérédité.

Dédoublement de la querela.

Cette transformation de la querela originelle, 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 laprocédure 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.

Source : BIU Cujas

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.

Fusion des deux querela.

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-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 hybide, 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.

I - Conditions d'existence de la querela.

Conditions d'existence de la querela.

Ces conditions d'existence peuvent être groupées autour des trois idées suivantes: pour avoir la querela il faut:

I° - être ce qu'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.

Source : BIU Cujas

2° - Ne pas avoir sa légitime c'est-à-dire avoir été injustement dépouillé d'une partiede 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 légistataireaurait eu comme héritier ab intestat, et on appela alors ce quart quarte légitime, quarta legitimae partis.

La quarte légitime.

Comment procédait-on au calcul de la quarte? Il y avait une série d'opérations, dont nous allons reconstituer le processus.

Calcul de la quarte.

I° - 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.

3° - On déterminait le quart de cette part. Toutefois il y avait imputation des libéralités déjà reçues par le légitimaire, mais des libéralités à cause de mort seulement (legs fidéicommis) et non des donations entre vifs.

Imputation des libéralités à cause de mort.

Une fois fixée ainsi, la quarte légitime 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.

La quarte est individuelle.

3°condition - Il ne faut pas être écarté par certaines fins de non recevoir.

Les fins de non recevoir.

Source : BIU Cujas

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 cognitio 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 tout 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.

Son extinction par la mort de l'héritier. La praeparatio litis.

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. Digeste 5,2,7 nous apprend que la lis, le procès, est dite praeparata, quand on sera allé jusqu'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, ce sont là des actes se rapportant à la citation propre à la cognitio extra ordinem et aujourd'hui, tout le monde reconnait 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'article de M. Fliniaux, dans le prochain numéro de la Revue historique de droit.

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.

La querela fait tomber le testament. Cas où il subsiste pour partie.

En principe, la querela entraîne la chute du testament (par conséquent, l'ouverture de la succession ab intestat,) avec tous les accessoires, legs et fideicommis. Mais parfois on admet (voilà les règles particulières) que le testament pourra être maintenu pour moitié et tomber pour moitié, contrairement au vieux principe du droit romain qui règle les successions: Nemo partim testatus, partim 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.

Source : BIU Cujas

§ 3 - L'action en complément du droit de Justinien.

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'accroissait 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 appliqués: la querela était possible, avec cet effet rigoureux de faire tomber le testament.

Dangers de la querela pour le testateur.

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 de 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 bonus vir était choisi comme arbitre.

Lapratique de l'arbitrage d'un homme de bien.

La constitution de 37I.

Le droit de Justinien fit un pas de plus. La désignation du bonus vir devint une clause tacite 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.

L'action en complément sous Justinien.

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.

Source : BIU Cujas

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:

1° - 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 régime 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 coutumière.

1° - 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.

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. La Planche, Paris 1925.

Fusion des deux institutions dans le

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

Source : BIU Cujas

Code Civil.

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'article 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 le 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.

Source : BIU Cujas

TITRE II.

ACQUISITION DE LA SUCCESSION.

Voici le plan que nous suivrons :
Chapitre I - Modes d'acquisition.
Chapitre II - Effets de l'acquisition.
Chapitre III - Sanctions de l'acquisition.
Chapitre 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.

Chapitre I

MODES D'ACQUISITION.

Nous rencontrons deux variétés de modes d'acquisition:

I) Modes normaux d'acquisition.
2) Modes particuliers d'acquisition.

Section I.

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 des 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 successior n'ont pas besoin de manifester leur volonté.

2° 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?

I° - Les héritiers nécessaires au sens large du mot se subdivisent en deux classes:

Les héritiers siens et nécessaires.

I° 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.

Héritiers nécessaires stricto sensu.

2° 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 et qu'on vend ses biens, vendi/tio bonorum.

Héritiers volontaires ou externes.

2° 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 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. On dit que l'hérédité jacet, git, repose, et une telle hérédité est appelée hereditas jacens.

Inconvénients de l'hérédité jacente.

Elle n'est pas une personne.

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.

Source : BIU Cujas

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, une 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 par Ulpien, Digeste 47, 4,I.I.

Labéon aussi 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.

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

Cassius et Javolenus rattachent l'hérédité à la personne de l'héritier.

Source : BIU Cujas

faisait rétroagir l'acceptation de l'héritier au décès du decujus. Ensuite Javolenus, Digeste 4I.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. Digeste 4I.I.33. 2. Et Ulpien donna la formule générale. Digeste 4I.I.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 suivant: 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, I902, 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 de l'hérédité.

Accepter la succession, pour les héritiers du droit civil, c'est faire adition d'hérédité, adire hereditatem, mot à mot: aller vers l'hérédité. Nous étudierons successivement:

I° - Les formes de l'adition d'hérédité.
2° -L'époque de l'adition d'hérédité.

I - Formes de l'adition d'hérédité.

Ce sont , d'après leur ordre d'apparition:

La cretio.

I°- 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

Source : BIU Cujas

De quels héritiers elle est exigée.

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.I66, nous donne dans ce cas la formule de cretio: Quod me Publius Moevius testamento suo heredem instituit eam hereditatem

Sa formule.

adeo cerno que puisque Publius Moevius m'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 I79 rapportés par Girard. Textes, page 809. Sur la cretio, lire l'article de M. Levy-Brühl, Nouvelle Revue historique I9I4, page I53.

2° - La pro herede gestio. C'est le procédé qui consiste à faire des actes par lesquels on

La pro herede destio.

manifeste sa volonté de se comporter comme le maître de la succession, par exemple, en aliénant des biens héréditaires, en poursuivant des débiteurs héréditaires.

3° - La nuda voluntas, procédé qui résulte d'une manifestation de volonté expresse, mais non plus

La nuda voluntas.

formelle comme dans la cretio. Par exemple, on a pris la qualité d'héritier dans un acte quelconque.

II - Epoque de l'adition d'hérédité.

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

Inconvénients de l'inaction prolongée de l'héritier.

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

Moyens de l'éviter.

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.

A - Moyens du droit civil.

I° - 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.I65: 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

Source : BIU Cujas

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: quodni ita creveris, exheres esto.

L'usucapio pro herede.

2° - La menace de l'usucapion pro herede, Gaius 2.55, que nous étudierons un peu plus loin.

B - Moyens du droit prétorien.

La 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 intervint 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 jours, 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.

§ 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. A cet effet, on devait s'adresser au préteur au moyen d'une requête, appelée 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 possession ne dure-

Source : BIU Cujas

rait 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. Il distingue entre les héritiers et les successeurs irréguliers, par exemple le conjoint survivant. Les premiers, les héritiers ont la saisine, et les seconds ne l'ont pas. Les successeurs irréguliers, qui n'ont pas la saisine, sont obligés de demander l'envoi en possession de la succession.

Les héritiers et les successeurs irréguliers.

Quant aux héritiers, bien qu'ils aient la saisine, c'est-à-dire qu'ils soient, d'après l'article 724 du Code civil " saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt" et que en conséquence, ils n'aient pas besoin de demander l'envoi en possession, ils peuvent, 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.

Seuls les héritiers ont la saisine.

Procédés d'acceptation.

Section II.

Modes particuliers d'acquisition des successions.

Ce sont; l'usucapion 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 entre ces deux institutions. A l'époque primitive, l'héritier est celui qui succède à des sacra privata et accessoirement 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.

Intérêts pratiques de ces deux institutions.

Source : BIU Cujas

§ I - L'usucapion 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'usucapion pro herede, il faut distinguer quatre phases. En effet l'histoire de notre institution est assez compliquée.

1° Phase.

L'usucapion 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 ainsi que la présence d'un héritier sien nécessaire.

Les intérêts de l'usucapion pro herede disparaissent.

Mais bientôt les intérêts pratiques auxquels l'usucapion pro herede était destinée à donner satisfaction disparaissent. Les sacra privata tombent en désuétude. Le préteur permet aux créancier de vendre le patrimoine de leur débiteur mort sans héritiers. Cette usucapion pro herede désormais sans but, et qui mérite le nom d'improba malhonnête, que lui donne Gaius, aurait dû disparaître. Cependant on la conserva, mais en la transformant.

2° Phase.

L'usucapion 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, peut seulement usucaper par an les choses héréditaires corporelles, aussi bien les immeubles que les meubles, avec le mêmedélai d'un an, alors que le délai de l'usucapion 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 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.

Source : BIU Cujas

3° phase.

L'usucapion 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 fictice 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 Mr. Charles Appleton, conservée au Digeste, au titre De hereditatis petitione, où elle est présentée comme étant l'oratio du Sc. Juventien. Revue historique de droit. Le vrai et le faux Sc. Juventien, 1930, pages 1 et suivantes. Mr. Fliniaux ne croit pas possible d'admettre la thèse de Mr. Appleton.

Le Sc. d'Hadrien l'écarte à l'encontre de l'héritier.

4° Phase.

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'usucapion 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, § I.

Réforme de Marc AURELE.

§ 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

Une telle cession ne pouvait être faite que

Source : BIU Cujas

faire cette opération.

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 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, De in jure cessio hereditatis, Revue historique de droit, 1922, pages 141 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 défait 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.

Cas d'application.

Chapitre II.

EFFETS DE L'ADITION D'HEREDITE.

Section I - Héritiers du droit civil.

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 faire acquérir globalement à l'héritier le patrimoine du défunt. Julien, Digeste 50-17.62: Hereditas nihil aliud est quam successio in universum jus quod defunctus habuerit, l'hérédité n'est rien autre chose que la succession dans l'ensemble des droits qu'a eus le défunt. Il en résulte que l'héritier est le continuateur de la personnalité du défunt. Conséquences:

L'héritier est le continuateur de la personnalité du défunt.

1° - L'héritier devient propriétaire des choses corporelles du défunt, comme des siennes propres.

2° - Il devient créancier des créances du défunt, comme des siennes propres.

3° - Il devient débiteur des dettes du défunt, et, plus largement des charges héréditaires, sacra privata, legs, etc,.. comme de ses dettes propres.

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 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 pos-

L'héritier externe ne succède pas à la possession.

Source : BIU Cujas

session 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. Mais une fois en possession, il pourra joindre à sa possession celle du défunt, en vertu de la théorie déjà rencontrée de la jonction des possessions.

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 précité du Code Civil. L'article 724 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".

Par l'acquisition le patrimoine du défunt se confond avec celui de l'héritier.

A partir de l'acquisition de la succession, le patrimoine du défunt se confond donc 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.

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 :

1° - Le jus abstinendi, accordé par le préteur à l'héritier sien.

2° - La separatio bonorum, accordée par l'édit du préteur 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. Gaius 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 lui 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 séparatio bonorum au profit de l'héritier nécessaire.

C'est la protection accordée aux héritiers nécessaires 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.

II - Protection des créanciers héréditaires contre la confusion de l'actif.

La séparatio bonorum des

Le préteur vint au secours des créanciers héréditaires, en leur accordant la separatio bonorum, la séparation des patrimoines, et c'est dans cette fonc

Source : BIU Cujas

créanciers héréditaires.

tion 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.

I° - 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.

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.

Ses effets.

III.- Protection des créanciers personnels de l'héritier contre la confusion de l'actif.

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.

Aucune protection des créanciers personnels de l'héritier.

Source : BIU Cujas

Section II.

Les bonorum possessores.

Le bonorum possesseur est propriétaire jure praetorio.

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. Mais tous ces effets ne se produisent que jure praetorio, et la conséquence se manifeste pour le transfert de la propriété. Le bonorum possessor n'est pas un héritier 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.

Section III.

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 cofndivisaires. 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. On peut avoir 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.

Source : BIU Cujas

Tout héritier peut demander le partage (action familiae erciscundae).

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, 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 partie 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 original.

2° - La collatio dotis, qui en est une imitation.

A - La collatio bonorum ou emancipati.

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 posses-

Inégalité ré-

Source : BIU Cujas

sultant du droit succes soral des émancipés.

sio 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 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 l'année 30 après J.C.

Le préteur les oblige à rapporter à la succession les biens par eux acquis.

I° - Conditions de forme.

La collatio bonorum emancipati, 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.

I°.- La collatio était seulement dûe dans la successiond'un pater-familias, donc d'un ascendant paternel. En effet, il n'y a qu'une telle succession qui soit grossie 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 la bonorum possessio unde liberi ou la bonorum possessio contra tabulas.

Source : BIU Cujas

Par l'émancipé appelé par B.P. unde liberi ou contra tabulas.

S'il invoque la bonorum possessio secundum tabulas, la collatio ne sera pas due, car dans ce cas, 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.

Qu'aux sui.

3° - La collatio était due seulement aux sui et non aux autres émancipés.

B - La collatio dotis.

La collatio dotis sert de trait d'union entre 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 sua 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, des 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.I.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

Condition d'exercice.

Source : BIU Cujas

sus héritier du droit civil peut en effet la réclamer) ou la bonorum possessio contra tabulas.

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 restant propres au fils de famille.

L'extension des pécules rend inutile la collatio emancipati.

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.

La collatio descendentium.

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.

Son origine. La collatio de la dot profectice.

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 de succession à titre d'avances sur sa succession future.

Fondement nouveau du rapport; les libéralités en avancement d'hoirie.

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.

Portée de la collatio.

Source : BIU Cujas

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 de préciput, qui permettaient au défunt d'avantager un de ses successibles en le dispensant du rapport.

Système du Code Civil.

C'est ce dernier système qui est demeuré celui 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.

Chapitre III.

SANCTION DE L'ACQUISITION DE LA SUCCESSION.

C'est une matière très importante, pendant de la sanction de la propriété.

Section I.

Les héritiers du droit civil.

L'héritier ... les actions ...u défunt.

L'héritier devient, par l'acquisition de la succession, propriétaire des choses corporelles du défunt, créancier 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.

...t la peti... ...ion d'hérédi... ...é.

Source : BIU Cujas

Avant de donner le plan, indiquons, parmi les travaux récents un article, qui n'est pas encore connu en France, 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, fascicule 3.

Voici le plan que nous suivrons :

§ I.- Caractères particuliers de la pétition d'hérédité. 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.

La pétition d'hérédité est une action réelle.

Comme l'action en revendication, la pétition d'hérédité est une action réelle, actio in rem, mais une action réelle présentant certaines particularités qu'il convient de mettre en lumière.

Ses particularités.

I° Particularité. Tandis que la revendication porte spécialement, singulariter, disent les textes, sur une chose corporelle, prise isolément, la pétition d'hérédité s'applique à une universitas, c'est-à-dire 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 générale.

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

Source : BIU Cujas

Elle peut être intentée en l'absence d'un droit réel sur les choses corporelles.

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.

2° 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.

§ 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.

Importance du sacramentum.

Toutefois il y a une remarque importante à faire, pour ce qui est de la pétition de l'hérédité. Comme nous l'avons vu à propos de la querelle 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, per sacramentum. Gaius 4.3I., il en résulte donc l'emploi assez rare de la procédure per formulam petitoriam vel arbitrariam.

Source : BIU Cujas

§ 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 sénatusconsulte rendu sous le règne d'Hadrien, en I29 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 Denoyez, Le Sc. Juventien, thèse Strasbourg I926.

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 essayé en vain de le soutenir M. Dénoyez. M. Fliniaux a combattu cette thèse, dans son compte-rendu de la thèse précitée paru dans le dernier fascicule de la Revue Historique de droit, et avant M. Fliniaux, M. Hans Lewold en Allemagne, dans son compte rendu de cette thèse. Revue de la Fondation Savigny, I928, 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.

I°.- 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.

Source : BIU Cujas

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.

I° - Pro herede. Il en est ainsi quand de bonne ou de 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 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 le 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 : post petitam hereditatem fecerint, quominus possiderent, perinde condemnandos 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 est dans son application à la pétition d'hérédité, renvoyons compte rendu par M. Fliniaux de la thèse de Dénoyez. Pour les conditions d'exercice, et en particulier la

Source : BIU Cujas

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.

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 héréditatem, 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.

Source : BIU Cujas

B.- Après l'application du Sc. Juventien aux pétitions d'hérédité civiles.

Le Sc. Juventien améliore la situation des possesseurs de bonne foi.

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):

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.

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,

Source : BIU Cujas

s'il les a encore.

Aux détériorations.

b - Quant aux détériorations, le possesseur de bonne foi n'est comptable de rien, même quand la perte ou la détérioration 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, 25. 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 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 8° 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.

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).

En droit français, le possesseur de bonne foi fait tous les fruits siens.

§ 5 - Sort des aliénations consenties par l'héritier apparent.

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

Source : BIU Cujas

Les actes faits par l'héritier apparent sont-ils valables?

véritable héritier et de l'héritier apparent. Il reste à déterminer le sort des aliénations que l'héritier apparents a pu consentir à des tiers pendants 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 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, à notre T.5,3 De Hereditatis petitione 25, 17. Voici la traduction du passage qui nous intéresse. Si le possesseur de bonne foi a vendu des choses de 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.

Source : BIU Cujas

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 tatonnements, la jurisprudence française valide aujourd'hui depuis 1875, de telles 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 transferre potest quam ipse habet. Voir la note de M. Sabatier, dans le dernier fascicule de la Revue trimestrielle de droit civil, 1930, page 557, sous l'arrêt de Cassation, Requêtes, du 6 Janvier 1930

Merlin de Douai proposait la distinction de Justinien.

Mais cela est intéressant pour les romanistes au lendemain du Code civil, un commentateur du Code, qui avait été auparavant un commentateur de notre ancient droit, Merlin de Douai, s'était efforcé, à propos d'un arrêt de Cassation, de faire triompher la distinction consacrée par la loi romaine, à notre titre 25, 17. Voici, conformément à ce texte, comment Merlin conclut sur le droit moderne "Les actes d'alié-

Source : BIU Cujas

nation 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 2° édition, Tome VI, lequel ne renferme que des Additions. V° Héritier, parg. 3, Pages 324 et suivantes.

Section 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'actions in rem generalis qu'était pour les héritiers du droit civil la pétition 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 pratiquement équivalentes. Ces voies de droit sont, à l'époque classique :

Voies de droit qu'il a à sa disposition.

1° L'interdictum quorum bonorum.

2° les actions fictices de la qualité d'héritier, bel exemple d'actions fictices.

1° - Linterdictum quorum bonorum.

L'interdit 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 herede ou pro possessore. Les conditions d'exercice sont donc les mêmes que pour la pétition d'hérédité.

Contre qui il est donné.

L'interdit quod legatorum

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 posséderaient pro legato. 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

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'intention, si leres esset. En même temps, il permettait aux créanciers du défunt de le poursuivre avec la même fiction. Gaius, 4, 34

Source : BIU Cujas

Chapitre 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 successions déférées 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 propos de l'acquisition des successions.

Section I - Les modes d'acquisition des successions.

Section II - Les effets de l'acquisition des successions.

Section II - La sanction de l'acquisition de la succession.

Section I - Modes d'acquisition de la succession

Mode d'acquisition de la succession prétorienne.

A ce point de vue, l'unification avait déjà commencé avant Justinien. 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. Institutes de Justinien, 3, 9, 10

Source : BIU Cujas

Section 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 le 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 cui 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 mpyen 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.

Le bénéfice d'inventaire

Le délai de trois mois.

Ce bénéfice fut créé par Justinien en 539. En voici le mécanisme. Un délai de trois mois est accordé à 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. Cet acte, destiné à évaluer la consistance de l'actif héréditaire, devait être dressé en présence d'un tabularius, ancêtre des notaires. 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 masse 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 l'article 793 du code civil, et il est même passé dans le langage figuré. On dit accepter une théorie sous bénéfice d'inventaire.

Section 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

La possessoria hereditatis petitio.

Source : BIU Cujas

Elle date de Justinien.

là d'une création complète de Justinien qui a imaginé cette rubrique et à interpoler 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, 1913, p. 133 et suivantes. Avant lui, un Allemand 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. 180 et suivantes cf. Longo, article précité, p. 147, note I.

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.

Source : BIU Cujas

TITRE III

DEFAUT D'ACQUISITION DE LA SUCCESSION

Nous suivrons le plan suivant :

Chapitre I - Causes du défaut d'acquisition dela succession.

Chapitre II - Effets du défaut d'acquisition de la succession.

Chapitre II - Attribution de la succession vacante.

Chapitre 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'adition, 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.

Source : BIU Cujas

Formes de la répudiation.

Formes de la répudiation

Sauf pour les héritiers institués cum cretione, la répudiation peut avoir lieu, par une 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 praetorio, à l'expiration de ce délai.

Chapitre 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.

Section I - Effets communs à la succession ab intestat et à la succession testamentaire. Théorie du droit d'accroissement.

Section II - Effets spéciaux à l'une et à l'autre espèces de successions.

Section 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 fait défaut. Par exemple, supposons 3 héritiers institutés 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.

Source : BIU Cujas

1° - L'ancien droit civil
2° - Les lois caducaires;
3° - le droit de Justinien.

1° - 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.

L'accroissement.

Applications 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.

Règles du droit d'accroissement.

L'accroissement a lieu portioni

1° - 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 devenu 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.

il est forcé

2° - Règle - l'accroissement est forcé, il se produit non seulement à l'insu du bénéficiaire, mais encore malgré lui.

Il est sine onere.

3° 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...

2° 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 avaient édité 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 orbi. 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.

1° - Les dispositions dites pro non scriptis.

Source : BIU Cujas

Les dispositions 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 disposition restées valables jusqu'à la mort du testateur qui tombent parce que le gratifié n'a pas le jus capeindi 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 vindanci. Et dans cette attribution aux patres, il fallait suivant l'ordre suivant.

Ordre d'attribution

1° - D'abord les heredes patres, c'est-à-dire les patres institués héritiers dansle testament.

2° - Les legatorii 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 toute différente de l'ancien droit d'accroissement .

1° - L'accroissement a lieu personae, et non plus portioni.

2° - Il est volontaire.

3° - Il est cum onere.

Portée du régime ancien.

Les lois caducaires avaient donc restreint d'une 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 caducie, il ne s'appliquait pas en principe. Cependant il faut tenir compte de ce que

Le jus antiquum

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'ou le nom de Jus antiquum pour désigner leur privilège.

Source : BIU Cujas

3° 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.

Section II - Effets spéciaux à chaque espèce de succession.

§ 1 - Effets spéciaux à la succession testamentaire.

Ouverture de la substitution

1er 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.

2° 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

Quant 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

1° 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. C'est la fameuse règle rapportée par Paul, Sentences, 4, 8 , 21(23): In legitimis hereditatibus successioni locus non est, dans les successions légitimes, il n'y a pas place pour une dévolution.

Appliquons cette règle.

1° - 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, agnat ou gentiles. A défaut d'agnats, qui ont renoncé

Source : BIU Cujas

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.

Le droit prétorien a introduit la dévolution de classe à classe et la dévolution de degré à degré.

L'edictum successorium

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.

1° - 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 possession unde vir et 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.

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 possession unde legitimi, il pouvait encore invoquer la bonorum possession 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,

Source : BIU Cujas

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.

Chapitre 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 succession 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 Pappia Poppaea, attribuent la succession vacante à l'aerarium. C'est l'origine du droit de

Le droit de déshérence.

déshérence, c'est-à-dire de l'attribution à l'Etat des successions vacantes.

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 pétititon d'héritier. Il peut répudier la succession; il est tenu des charges, dettes, legs, fideicommis. Il n'est tenu toutefois que intra vires hereditatis jusqu'à concurrence des forces de la succession.

TITRE IV

LES LEGS ET LES FIDEICOMMIS

Les Romain ont connu d'autres dispositions à

Source : BIU Cujas

cause de mort, que les institutions d'héritiers, dispositions servant à gratifier certaines personnes, mais ne rendant pas le bénéficiaire continuateur de la personnalité du défunt. Ces dispositions, ce sont les legs et les fideicommis.

Les legs.

Les legs ont appru 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 jurisconsults Florentinus, Digeste 30, de Legatis (il n'y a pas de titre dans ce livre)116 pr

Les fideicommis.

Depuis Auguste, on trouve, à côté du legs, une autre sorte de libéralité faite par le défunt, les fideicommis. 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 tout autre personne gratifiée mortis causa, par exemple à un légataire. Un légataire peut être grevé d'un fideicommis.

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. Faute de temps, M. Fliniaux n'étudiera, en ce qui concerne les legs et les fideicommis que les trois points suivants les plus importants. Pour les autres points, il renvoie aux manuels.

1° - La forme des legs et des fideicommis, et les actions qui les sanctionnent.

2° - Les restrictions apportées à la liberté de léguer.

3° - Les legs partiaires et les fideicommis d'hérédité.

Chapitre I

FORMES ET SANCTIONS DES LEGS ET DES FIDEICOMMIS.

Section I - Les 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 (Renvoyons aux manuels pour la définition du codicille) pourvu que ce codicille soit confirmé dans le testament.

Source : BIU Cujas

Après l'institution d'héritier.

2° - Au point de vue de la place que le legs devait occuper dans le testatment. 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 s'était servi le testateur. A ce point de vue, le droit romain a connu 4 sortes de legs, dont nous avons déjà évoqué certaines.

Les quatre formes du testament.

1° - Le legs per vindicationem.
2° - Le legs per damnationem.
3° - Le legs sinendi modo
4° - Le legs par praeceptionem.

Reprenons les dans cet ordre en les étudiant en détail.

§ 1 - Les 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.

Formules du lets per vindicationem.

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.

La chose passe directement sur la tête du légataire.

Sanction.

Si au lieu du transfert de la propriété, le légataire a obtenu une servitude le legs aura comme sanction l'action confessoire.

L'action en revendication ou l'action confessoire.

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 ?

Moment de l'acquisition du legs par le légataire

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 cho-

se léguée que quand il avait connu le legs et l'avait accepté. Dans ce système, qu'elle 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 logique, à l'époque où les choses héréditaires étaient encore considérées comme res nullius, mais elle ne pouvait plus s'harmonier 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.

mpossibilité
› léguer une
hose apparte-
ant soit à
'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 directment 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 périodes 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 personne, l'action 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 actio abstraite, n'indiquant pas la cause en vertu de laquelle on réclame la chose. Or ici la cause est indiquée: ex testamento.

L'action 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 qui in inficientem crescunt in duplum, qui croissent au double contre le

Source : BIU Cujas

défendeur qui nie.

Toute espèce de chose pouvait être léguées per damnationem.

Le legs per damnationem avait un champ d'application plus étendu que le legs per vindications Par ce legs, on pouvait léguer une chose appartena à l'héritier, ou une chose appartenant à autrui.

1° - Legs d'une chose appartenant à l'hér L'héritier sera alors obligé de transférer la prop té de cette chose au légataire.

2° - Legs d'une chose appartenant à autr faudra qu'l'héritier achète la chose d'autrui pour voir exécuter le legs. Si le propriétaire ne veut vendre sa chose à l'héritier, ce dernier devra tra férer au légataire la valeur de la chose (Gaius 2.

On pouvait aussi par le legs per damnatio léguer des choses futures, par exemples, des fruit à venir, la part d'une esclave à nâître.

Aussi étant donné son champ d'application néral, le legs per damnationem était appelé par le jurisconsultes romains l'optimum jus legati. Règle Ulpien, 24, 11 a.

§ 3 - Le legs sinendi modo.

Formule du legs sinendi modo

Ce legs est ainsi conçu, d'après Gaius, 2 Heres meus damnas esto sinere Lucium Titium homine Stichm sumere sibique habere, que mon héritier soi obligé de laisser Lucius Titius prendre l'esclave Stichus et l'avoir pour soi. Ce legs imposait à l'h tier l'obligation de laisser le légataire s'empare de la chose léguée sans être tenu de lui en transf

Sa sanction

la propriété.

Dans la suite, ce legs fut interprété pl largement. On admit que le légataire pourrait agi l'action es testamento, pour obtenir de l'héritie transfert de la propriété de la chose léguée.

Son champ d'application

La sphère d'application de ce testament moins large que celle du legs per damnationem. On pouvait 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'opé un prélèvement sur la masse héréditaire. Gaius 2.2 en donne la formule : Lucius Titus hominen Stichum praecipito, que Lucius Titius prélève l'esclave Sti chus.

Théorie des Sabiniens.

Il y avait une controverse entre les Sabin et les Proculiens au sujet de l'effet et de la sanction d'un tel legs.

Les Sabiniens, s'attachant au sens littéral

Source : BIU Cujas

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'hypothèse 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 fallait que l'héritier gratifié s'adressât aux autres héritiers, qui devront alors lui transférer la propriété de la chose. S'ils ne le veulent pas, il intentera contre eux l'action familiae erciscundae. Ce sera alors le juge qui fera, par le moyen d'une adjudicatio, attribution de la chose léguée au légataire.

Il ne peut être fait qu'à un héritier institué.

Sanction

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 héritier extraneus Ils admettaient en effet que l'héritier institue 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'action familiae erciscundae Gaius 2. 229.

Telles sont les quatre formesde 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. Flinïaux 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 imagi-

Source : BIU Cujas

na-t-elle un moyen pour remédier à cet inconvénient : c'est comme les notaires le font aujourd'hui, comme nous l'avons vu déja en droit romain avec les papyri 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 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 Sénatusconsulte 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 conlut 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 temps 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.

L'action personnelle.

En donnant une action personnelle, Justinien ne faisait que consacrer la conséquence que la jurisprudence avait déduite du Sénatusconsulte Néronien. Ce n'est pas une innovation.

Source : BIU Cujas

La revendication.

2° L'action en revendication n'est pas non plus une innovation. Mais elle ne sera pas toujours 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

Elle est donnée dans tous les cas.

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.

Alors se pose la question: dans quelle limite le légataire peut-il intenter l'action hypothécaire, dans le cas de pluralité d'héritiers? Soient plusieurs héritiers. Supposons qu'il y ait deux héritiers. Primus et Secundus, et la totalité du legs est de 50. L'

L'action hypothécaire se divise, en cas de pluralité d'héritiers.

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 24 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.

Si cette décision de Justinien, se comprend facilement, dans la période antérieure au partage, elle

Difficultés après le partage.

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

L'effet attributif du partage et l'indivisibilité de l'hypothèque.

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.

Reprenons le même exemple. Soient 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:

Source : BIU Cujas

il est impossible d'expliquer ici la décision 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.

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 manières 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 réglementation, 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 fideicommis, 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 personne interposée. Comparer les libéralités faites par des personnes interposées à des congrégations non autorisées. Il n'y a rien de changé.

Les formes du fidéicommis.

Simplicité de 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 codicile 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. Fidei comitto, je m'en rapporte à ta bonne foi pour que tu fasses etc.... D'où le nom de fidéicommis.

Voici les noms techniques des deux personnes qu'intéresse un fidéicommis. La personne gratifiée

Source : BIU Cujas

Le fidéicommissaire et le fiduciaire

s'appelle le fideicommissaire . 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 fidéi-commissaire.

Le fidéicommis a été sanctionné à partir d'Auguste.

A 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,

Les consuls.

l'inexécution de certains fidéicommis ayant très vivement frossé l'opinion publique, l'empereur se décida à faire exécuter les fidéicommis. Mais alors, il

Le préteur fidéicommissaire

ne s'adressa pas aux magistrats de l'ordre judiciaire; il s'adressa aux chefs de l'administration; d'abord les consuls, plus tard un préteur spécial, appelé le praetor fideicommissarius, d'abord au nombre de deux sous Claude, puis un seul depuis Titus; dans les provinces les gouverneurs de province.

Ils statuent par cognitio extra ordinem.

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.

Histoire du fidéicommis.

Sur l'histoire du fidéicommis, renvoyons aux Institutes de Justinien 2, 23, 1 Justinien a donné une petite introduction historique à la matière des fidéicommis, il donne des détails intéressants sur les nécessités qui ont amené l'apparition des fidéicommis et la nécessité de les sanctionner.

En voici la traduction:

"Int. Justinien II, 23, 11

"Il faut donc savoir que tous les fidéicommis étaient inéfficaces 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 de l'exécuter par la santé du privée, ou à

Source : BIU Cujas

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 justie en la matière des fidéicommis, lequel on appela "praetor fidéicommissarius".

Chapitre II

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 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 romaines 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 lets 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 supérieure 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, de 585 entra dans une voie nouvelle,

Source : BIU

La loi Voconia (585)

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.

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.

Calcul de la quarte.

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.

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 le chose léguée. Autre conséquence, le légataire qui réclame la totalité du legs perd son droit par plus petitio re.

La réduction se produit de plein droit.

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.

en principe, en nature

3° - Tous les legs étaient réduits proportionnellement à leur valuer, à l'exception des legs d'affranchissement, et des legs que le testateur déclarait ne devoir être réduits qu'à la dernière extrémité

et proportionnellement.

Il pouvait se faire qu'un héritier institué exécute un legs intégralement, croyant qu'il n'y avait pas lieu à réduction. Plus tard il s'aperçoit qu'il n'a pas 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

Source : BIU Cujas

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 étant 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 919, 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.

Chapitre III

LES LEGS PARTIAIRES ET LES FIDEICOMMIS D'HEREDITE.

Section I - Lets partiaires.

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 une universitas, c'est-à-dire un ensemble de choses corporelles et incorporelles. C'est, par exemple, 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 à la personne du défunt: ce n'est pas un successeur in universum jus. 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 personne, l'actio ex testamento.

2° - L'héritier est le seul qui succède aux

Source : BIU Cujas

il ne succède pas aux dettes ni aux créances.

dettes de la succession, comme au créances de la succession. Le légataire partiaire ne peut succéder ni aux dettes ni au créances de la portion d'hérédité qui lui a été léguée. Cependant il était équitable que le légataire partiaire prit 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 lesquels 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.

Section II - Le fidéicommis d'hérédité.

Les fidéicommis pouvaient avoir comme les legs pour objet soit des choses isolées, soit une universitas. 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 étaient 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 tel

Les substitutions fidéicommissaires.

les substitutions existent encore aujourd'hui en Angleterre. L'article 896 du code civil français les a supprimées en principe, ne les laissant substituer que dans certains cas, ainsi au profit des descendants. Voir les art. 1048 et suivants.

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 le for-

Formule du fidéicommis d'hérédité.

Source : BIU Cujas

mule : Rogo te petoque a te, ut com primum possis héréditatem 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 fidéicommis d'hérédité est une matière très difficile, embrouillée dans les libres. Par l'effet de ce fidéicommis, 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 créances héréditaires. Le fidéicommissaire n'a donc qu'un seul droit, celui de demander à l'héritier institué la restitution du fideicommis.

Le fidéicommissaire est un acquéreur à titre particulier

Restitution du fidéicommis.

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'universitas, l'héritier institué en fera la restitution en transférant la propriété de ces choses au fidéicommissaire. Le plus souvent l'héritier institué se contentera de laisser le fidéicommissaire se mettre lui-même en possession. Mais pour ce qui est des créances et des dettes faisant partie de cette universitas, on ne conçoit pas une restitution de ce genre. La pratique imagina alors des procédés, et il faut avec soin distinguer suivant que le fidéicommis porte sur une quote-part de la succession, ou sur la totalité de la succession

Fidéicommis d'une quote-part

1° - le fidéicommis porte sur une quote-part de la succession. Nous rencontrons alors de 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 fidéicommissaire en droit? Il est loco legatarii, considéré comme un légataire.

Le fidéicommissaire est loco legatarii

Fidéicommis de la totalité.

2° - Le fidéicommis 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 fidéicommissaire, appelées stipulationes emptae et

Source : BIU Cujas

Le fidéicommissaire est loco emptoris

venditae hereditatis stipulations relatives à l'hérédité vendue. L'héritier institué permettait au fidéicommissaire de lui rembourser les créances qui auraient été payées entre ses mains ou même de lui céder ses créances. Le fidéicommissaire de son côté permettait 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 fidéicommissaire ? 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 fidéicommissaire, qui restait créancier pour le surplus et pouvoir 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 fidéicommis. 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 fidéicommis, celle-ci étant faite par une simple déclaration orale ou écrite du fiduciaire, le fidéicommissaire serait en droit considéré comme héritier, loco heredis. De telle sorte que le fidéicommissaire 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 fidéicommissaire pouvait intenter les actions héréditaires, ou être poursuivi par les créanciers de la succession. En effet c'était le préteur qui était charge d'appliquer le sénatus-consulte Trébelline. Le Sénat agissait par voie d'injonction au préteur (voir première partie du cours. Théorie du sénatus-consulte).

Le fidéicommissaire est loco heredis à titre utile

A partir du sénatus-consulte Trébelline, l'héritier institué n'avait plus à redouter l'insolvabilité du fidéicommissaire, 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 fidéicommis.

3ème phase le Sc.Pégasien

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 :

Source : BIU Cujas

1° Règle, il étendit la loi Flacidie, aux fidéicommis, en déclarant que le fiduciaire pourrait toujours conserver le quart de la succession, lorsque le fidéicommis excéderait les trois quarts de l'hérédité. C'est la quarte pégasienne. Il en résulta que, dans l'hypothèse où le fiduciaire acceptait la succession et réclamait la quarte, le fidéicommissaire était considéré en droit loco légatarii comme un légataire. De telle sorte que les inconvénients auxquels le Sc. Trébellinn 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.

La quarte pégasienne

Le fidéicommissaire est loco legatarii

2ème règle : dans l'hypothèse où l'héritier institué ne voulait pas accepter la succession, le Sc. Pégasien permit du fidéicommissaire 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 de manifester dans les quatre hypothèses suivants, qu'il faut avoir bien soin de distinguer les unes des autres.

Hypothèses à distinguer

1ère hypothèses. Le fidéicommis n'excède pas les trois quarts de l'hérédité et le fiduciaire accepte . La restitution se fera en vertu du S.C. Trébellien. Donc le fidéicommissaire est loco heredis.

2ème hypothèse : le fidéicommis 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 fidéicommis excédant les trois quarts de la succession, le fiduciaire fait adition d'hérédité, sans réclamer sa quarte. En vertu de quel Sénatus-consulte va se faire la restitution? La doctrine décida que la restitution se ferait en vertu du sénatus-consulte Pégasien. Le fidéicommissaire 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

Source : BIU Cujas

Justinien fusionne les deux Sénatus-consultes.

réformes Institutes 2, 23, 7 , Justinien fusionna les deux S.C., qu'il réunit en un seul, sous le nom de S.C. Trébelline. 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 relativement simples qui président désormais à la restitution du fidéicommis d'hérédité.

1° - L'héritier qui fait adition d'hérédité volontairement a toujours droit à la quarte.

2° S'il fait adition d'hérétité contraint et force, il n'a pas droit à la quarte.

3° - Dans tous les cas le fidéicommissaire sera considéré comme un héritier. Notre fidéicommis d'hérédité est donc devenu un mode d'acquisition à titre universel.

2° - Mode d'acquisition à titre universel : l'acquisition à titre universel résultant d'une 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 connaît 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 Ière année. Les développement de M. Fliniaux sur la théorie de la capitis deminutio sont en grande partie personnelle. C'est une belle question de concours.

Le 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, Eisele, ont pensé qu'il fallait l'entendre ainsi.

2ème acception pour les autres auteurs Deminutio voudrait dire anéantissement destruction de la personnalité juridique.

Qui a raison? Il est impossible de le dire,

Source : BIU Cujas

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 :

Section I - Théorie de la capitis deminutio à l'époque classique.

§ 1 - Causes de capitis deminutio

§ 2 - Effets de la capitis deminutio

§ 3 - Nature juridique de la capitis deminutio.

Section II - Origine et histoire de la capitis deminutio que nous pousserons jusqu'au droit moderne.

Section I - Théorie de la Capitis deminutio à l'époque classique.

§ 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, 1, 159, voici quels sont les causes de capitis deminutio Au texte précité Gaius commence par définir la capitis 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 connaître la théorie du status. Or, il y avait trois sortes de status. Ce sont celles que Paul indique Digeste 5,4 De capite minutis, 11, 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 poursuite ainsi: eaque tribus modis accidit, et cette capitis deminutio arrive de trois façons différentes: namaut maxima est capitis deminution, aut minor, quam quidam mediam vocant, aut minima, car la capitis deminution est ou maxima, ou minor, que certains appellent médi ou minima.

I - la capitis deminutio maxima

C'est celle qui résulte de tous les événement

Source : BIU Cujas

Causes de capitis deminutio maxima.

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 capitivité, le répute mort avant d'être tombé en esclavage, avant d'avoir subi la capitis deminutio. En conséquence, Gaius, l. 160 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, l. 161, quand un citoyen est condamné à la peine de l'interdiction et 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.

Source : BIU Cujas

certains cas où un alieni juris devient sui juris

3° - Dans certains cas où un alieni juris 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, 1. 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 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'affranchissement.

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.

§ 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'événement 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.

Quelles sont donc 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, 1. 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 charté par ce moyen parce que la raison ayant sa base dans le droit civil, peut détruire à la vérité s

Source : BIU Cujas

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 déminutio éteint les droits découlant de l'agnation

1° - la capitis deminutio éteint tous les droits de parenté civile découlant de l'agnation. Par ex. 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 appelé à la tutelle ou à la succession d'un agnat ou de gentiles 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 ex. la bonorum possessio unde cognati.

II - Droit du matrimoine.

Il faut distinguer entre les deux sortes d'éléments qui composent le patrimoine l'actif et le passif.

A - L'actif.

Certains droits du patrimoine s'éteignent par la capitis deminutio

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, contestation dans un judicium legitimum, Gaius, même passage

4° - Les droits dans une société, la société étant constituée intuitu personae, 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

B - Le passif.

Les dettes du capite minutus s'éteignent.

Les dettes du capite minutis s'éteignent. C'est ce que nous apprend expressément Gaius 3, 84, Quia per capitis, deminutionem, leberetur. 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 vengence sur la personne physique du délinquant. Par conséquence, la capitis deminutio n'a aucun effet sur une dette de ce genre.

et celles d'une succession an-

2° - Aux dettes faisant partie d'une succession antérieurement acquise par le capite minutus

Source : BIU Cujas

rieurement acquise.

(Gaius, 3, 84). D'autre part, il faut savoir que le capite minutus, s'il n'est plus obligé civilement reste tenu naturellement, naturaliteru. 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? S'il s'agit d'une capitis deminutio minima, Gaius 2, 82, 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. Par exemple, ce seront les créanciers qui profiteront du patrimoine, quand le débiteur insolvable qui vendu trans tiberim; ce sera l'Etat, s'il s'agit d'un débiteur de l'Etat, ou quand se produira la perte de la cité à titre de peine. Mais ce patrimoine va-t-il passer entièrement à la personne qui profite de la capitis deminutio? Il faut ici distinguer l'actif et le passif.

Le patrimoine est dévolu à la personne qui profite de la capitis deminutio.

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.

Comment le préteur a-t-il donné satisfaction à ce principe,en ce qui concerne la capitis deminutio Il faut faire une distinction d'une part :la capitis deminutio minima et d'autre part la capitis deminutio maxima ou media.

En cas de capitis deminutio minima: Le préteur donne une in integrum restitutio

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 capi-

Source : BIU Cujas

tis 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 fictice, comme si la capitis deminutio n'avait pas eu lieu.

Celui qui profite des biens doit défendre aux actions, sinon le préteur accorde les moyens prétoriens de contrainte.

Celui qui ppofite 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 accordé contre lui la missio in possessionem, et s'il résiste, il ira jusqu'à la venditio bonorum Le préteur a le dernier mot (Gaius 3, 84, 4, 38).

2° - La capitis deminutio maxima ou media.

Capitis deminutio maxima ou media. Le préteur accorde une action directe.

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.

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.

§ 3 - Nature juridique de la capitis deminutio.

La capitis deminutio est une destruction de la personnalité

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 Eisel? 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

Source : BIU Cujas

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 anéantissement de 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, 1, 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, 1, 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

C'est une fiction au point de vue du droit civil.

2° Idée - Cette fiction de mort n'a d'effet qu'au point de vue de droit civil. C'est donc une mort civile. Gaius dit 3, 153, civili ratione, et il est encore plus explicite dans le passage précité, l. 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, pages 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 suivan

Source : BIU Cujas

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 dettes, mais l'adrogé est libéré de ses propres dettes. Il est impossible d'éviter Gaius, 3, 84, qui a 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 II° et du III° 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.-

Section 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 intérprètes du droit romain. On s'est demandé principalement s'il n'est pas possible de réduire à l'unité la division tri partite de Gaius quant aux causes de capitis deminutio. Voici un petit tableau succinct des opinions diverses. Sont très rares ceux qui admettent à 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 ex. Mommsen et Pernice, pour qui les trois causes de capitis deminutio de l'époque

Théories diverses

Source : BIU Cujas

classique se ramènent à deux degrés, la capitis deminutio majore 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.

Théorie de Desserteaux

Enfin, récimment 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 Fliniaux se déclare séduit par la méthode de Desserteaux, méthode historique sous la forme de la méthode dite de régression, 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.

La division tripartite de Gaius.

Le point de départ de Desserteaux c'est la capitis deminutio ressuscitée avec Gaius. C'est, 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. D'après Gaius, 159, il 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, 1 162.

La capitis deminutio minima résulte de toute mutation familiae.

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: Ciceron, Aube Gille.

A l'époque de Cicéron, elle ne résulte que de l'entrée dans le mancipium

On s'aperçoit qu'à l'époque de Ciceron, la capitis deminutio tout court, on ne dit pas encore minima; n'est pas attachée à toute mutation familiae. Au temps de Ciceron 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 Ciceron.

2° - Point admirablement indiqué par M. Desserteaux. Cette idée est la seule façon d'expliquer un passage d'Aulu, Gell, Nuits,attiques 20, 9, 18, Nous apprenant que Labéon disait formellement que la Vestale sortaient 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

Cas de la vestale.

Source : BIU Cujas

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. Quant 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 deminution 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 l'entrée en servitude.

Quant à la capitis deminutio maxima, elle existe à l'époque de Cicéron, mais pour un cas seulement celui de la vente transtiberim (voleur manifeste prisonnier pour dettes) et ici encore sans aucune dénomination spéciale.

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, et 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. Quand 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, 1923, compte rendu de Michon Revue hist, de droit 1928, p. 696 et suiv.

Source : BIU Cujas

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 perpétuelle. 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 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